

LA FAVORABILIDAD NORMATIVA Y EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE  
SOBREVIVIENTE POR MUERTE DE SOLDADOS REGULARES ANTES DE LA LEY  
447 DE 1998.

ANGELA MAYERLY CAÑIZALES CÁCERES  
BRAYAN ANDRES CORREA GRAJALES

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ, D.C.  
2018

\* TUTOR ABOGADO REINALDO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

**TABLA DE CONTENIDO**

<b>Introducción</b> .....	3
<b>Título I</b> .....	5
<b>Capítulo I:</b> Marco Normativo de las Prestaciones Sociales para las Fuerzas Militares de Colombia .....	7
<b>Capítulo II:</b> Inobservancia del principio de favorabilidad para el reconocimiento de pensión a beneficiarios de soldados regulares fallecidos antes de la Ley 447 de 1998 .....	20
<b>Capítulo III:</b> Ausencia de unidad jurisprudencial respecto al reconocimiento prestacional ...	31
<b>Título II</b> .....	41
<b>Capítulo I:</b> Contexto Histórico .....	43
<b>Capítulo II:</b> Análisis Jurisprudencial .....	60
<b>Capítulo III:</b> Sentencia de Unificación .....	92
<b>Conclusiones</b> .....	104
<b>Bibliografía</b> .....	108

## Introducción

Dentro del Régimen Prestacional Especial de las Fuerzas Militares encontramos diferentes prestaciones sociales como lo son la asignación de retiro, la pensión de invalidez y de sobreviviente, las cuales varían respecto del Sistema General de Seguridad Social de las F.F.M.M. en cuanto a los requisitos para acceder a estas, puesto que el riesgo al que se ven sometidos en desarrollo del servicio en cumplimiento de su deber legal y constitucional es más alto que el del común de los trabajadores, por tanto no es posible establecer los mismos parámetros para los oficiales, suboficiales y soldados profesionales en materia de seguridad social.

Con el fin de entender dicho régimen especial identificaremos cual es el actual marco normativo en cuanto a cobertura de salud, vejez, invalidez y muerte para los miembros de las fuerzas militares haciendo énfasis en esta última, para establecer cuáles son las normas aplicables para el caso de los soldados fallecidos en combate antes y después de 1998 y si estas constituyen o no garantías en materia de seguridad social para los beneficiarios que dependían económicamente de estos.

Conforme a lo anterior, y una vez identificadas las normas aplicables para las prestaciones sociales que se generan como consecuencia de la muerte de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, entraremos a determinar las principales diferencias que existen en materia de reconocimiento prestacional y si se da o no discriminación entre una y otra con el fin de analizar el alcance del principio de la condición más beneficiosa, respecto de la aplicación de este en materia de pensión de sobreviviente para los causahabientes de los soldados regulares muertos en las condiciones ya señaladas.

Ahora bien, respecto de las normas que no contemplen la pensión de sobreviviente se indagará si se ha establecido unidad jurisprudencial en cuanto al reconocimiento de dicha prestación,

tomando como base la fuerza vinculante que ejercen las jurisprudencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre las autoridades judiciales y administrativas, identificando qué mecanismo permite utilizar las sentencias de unificación para un mismo supuesto fáctico.

Para comprender el desarrollo y evolución de la pensión de sobreviviente se realizará un contexto histórico de las prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares, por medio del cual se determinará en primer lugar las razones por las cuales en la actualidad se maneja un régimen prestacional especial y en segundo lugar se indagará sobre la protección que se ha brindado a lo largo de la historia en materia de seguridad social para los soldados regulares fallecidos en combate.

Realizaremos un análisis jurisprudencial con los diferentes fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, para establecer cuál es la postura desarrollada por las altas cortes en reconocimiento de pensión de sobreviviente y cómo se da aplicación de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e igualdad material en garantía del derecho a la seguridad social y el mínimo vital.

Finalmente, con los fallos analizados se establecerán los criterios para el desarrollo de una sentencia de unificación por parte del Consejo Estado con el fin que genere una respecto del tema materia de investigación.

## Título I

Las Fuerzas Militares de Colombia en cumplimiento de su deber constitucional consagrado en el artículo 217 de la Constitución Política “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, Inciso 2), cuentan con un régimen especial en materia prestacional diseñado para cubrir y atender los riesgos que asumen los oficiales, suboficiales y soldados como consecuencia de los actos desarrollados en servicio.

Dicho régimen prestacional especial se encuentra inicialmente establecido en el artículo 150 de la Constitución que establece las funciones que ejerce el Congreso en su facultad de crear las Leyes y que en su numeral 19 literal e regla “e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), dentro del cual encontramos la pensión de sobreviviente, prestación económica motivo de esta investigación, toda vez que, no es otorgada a los familiares de los soldados regulares fallecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998<sup>1</sup>, esto como consecuencia en primer lugar de la inobservancia del principio de la condición más beneficiosa, ello toda vez que se da aplicación al Decreto 2728 de 1968<sup>2</sup> y no el Decreto 1211 de 1990<sup>3</sup> normas que contemplan el ascenso póstumo pero disienten en el otorgamiento de la pensión de

---

1 Diario Oficial No. 43.345 del 23 de julio de 1998 “Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.”

2 Diario Oficial No. 32.721 de 26 de febrero de 1969 “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”

3 Diario Oficial No. 39.406, de 8 de junio de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”

sobreviviente ya que el primer Decreto solo contempla como prestación económica una indemnización por muerte y en segundo lugar por la falta de unidad jurisprudencial en ese tema.

Teniendo en cuenta el problema jurídico anteriormente planteado se realizará un análisis a las normas que reconocen las prestaciones sociales por causa de la muerte de los soldados regulares como lo son el Decreto 2728 de 1968, el Decreto 1211 de 1990 y la Ley 447 de 1998, con el fin de identificar las principales diferencias en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que tendrían derecho los beneficiarios de los soldados regulares muertos en combate o por acción directa del enemigo, el cual se desarrollará a lo largo del marco normativo.

Así las cosas, las Leyes que reglamentan lo pertinente al régimen de prestaciones sociales para los Militares en Colombia, tienen el deber de especificar el contenido especial del régimen pensional y de asignación de retiro para estos, indicando las exigencias mínimas para su reconocimiento tales como edad, tiempo de servicio prestado, cuantías, partidas computables, medidas sustitutivas y demás requisitos.

Teniendo en cuenta lo anterior se desarrollará el marco normativo de las prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares, con el fin de examinar su contenido específico y aplicación del derecho a la seguridad social, seguidamente se analizará la inobservancia del principio de favorabilidad y su derivado de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los herederos de los soldados fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

## Capítulo I

### **Marco Normativo de las Prestaciones Sociales para las Fuerzas Militares de Colombia**

El conjunto de normas, criterios y lineamientos que componen el actual marco normativo de las prestaciones sociales para las Fuerzas Militares de Colombia, donde se determinará la forma en cómo se desarrolla el objetivo trazado en artículo 150 numeral 19 literal “e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), de la Constitución Política respecto de la Seguridad Social para los militares en cuanto a la cobertura de sus necesidades en salud, vejez e invalidez por el desarrollo de su deber constitucional y legal, enfatizado en las normas aplicables en materia de pensión de sobreviviente para los adjudicatarios de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, realizando un comparativo de la aplicación del Decreto 2728 de 1968 y del Decreto 1211 de 1990 en cuanto al principio de la condición más beneficiosa, identificando la aplicación del derecho y principio a la igualdad en garantía del mínimo vital y la vida digna de los familiares de los soldados fallecidos en combate, dando aplicación a los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

La Fuerza Pública cuenta con un régimen prestacional especial por el cual el legislador determina que es necesaria su creación debido al cumplimiento de sus funciones excluyéndolos así del Sistema de Seguridad Social Integral, dicho trato diferenciado va encaminado a cobijar a los funcionarios conforme a la labor que desarrolla siendo garantista y no discriminatorio, por lo que el régimen se encuentra elevado a rango constitucional a través del artículo 217 de la Constitución Política, que indica:

“ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Los miembros de la Fuerza Pública se encuentran cobijados por dicho régimen prestacional especial contemplado en la Ley 923 de 2004<sup>4</sup>, el Decreto 4433 de 2004<sup>5</sup> y el Decreto 991 de 2015<sup>6</sup>, por medio de las cuales se regula la asignación de retiro, la pensión de invalidez y de sobreviviente, establecido conforme a los riesgos inherentes de su actividad y la naturaleza de sus funciones el cual le es propio como bien lo señala el artículo 217 de la Constitución Política y por tanto se encuentra taxativa la excepción en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyéndolos del Sistema Integral de Seguridad Social.

“ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.” (Diario Oficial 41.148 )

---

4 Diario Oficial 45777 de diciembre 30 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.”

5 Diario Oficial 45778 de diciembre 31 de 2004 “en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004”

6 Diario Oficial No. 49512 de mayo 15 de 2015 “Por el cual se fija régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”



Si bien es cierto que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se encuentran excluidos del Sistema de Seguridad Social, también lo es que se contemplan para ellos prestaciones sociales tales como la pensión de sobreviviente e invalidez, que sin embargo cuentan con condiciones disímiles a las señaladas en la Ley 100 de 1993 para su reconocimiento, por lo que a diferencia de dicho sistema la Ley 923 de 2004 establece una asignación de retiro la cual es exclusiva para los miembros de la fuerza pública haciendo efectivos los principios de igualdad y equidad, con unas mejores condiciones con el fin de que puedan acceder a dicha prestación con beneficios en cuanto a los requisitos de tiempo y porcentaje, ello para así compensar los diferentes perjuicios ocasionados por las actividades desarrolladas durante el cumplimiento de su deber constitucional.

Ahora bien, para la asignación de retiro los miembros de la Fuerza Pública a diferencia de los particulares, deben cumplir con unos requisitos mínimos para poder acceder al derecho, en el caso de los militares con un tiempo mínimo de servicio de 18 años<sup>7</sup> y para quienes hayan cumplido con 20 años o más y no causaren el derecho a la asignación de retiro podrán acceder a la misma por medio del requisito de edad, 50 años para el caso de las mujeres y 55 para los hombres<sup>8</sup>, edades inferiores a las establecidas en la Ley 100 de 1993 que a partir del primero de enero de 2014 se añadieron dos años quedando a la fecha en 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres, dicha garantía es en contraprestación a la actividad desarrollada durante el servicio, enfocada en

---

7 Decreto Reglamentario 4433 de 2004 ARTICULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro

8 Artículo 15 Decreto Reglamentario 4433 de 2004 PARAGRAFO: - También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

la defensa de la soberanía y el territorio Colombiano con sus extensiones aéreas, terrestres y marítimas, donde les es aplicado el principio de equidad ya que se pondera la distribución de las labores desempeñadas y de los beneficios otorgados, generando un equilibrio respecto de lo que es justo y no solo por la proporcionalidad de la actividad.

Dentro de los elementos mínimos contemplados en el régimen prestacional actual de las Fuerzas Militares encontramos que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 19 establece los criterios para el otorgamiento de la pensión de sobreviviente, uno de ellos contempla que para la fecha de la muerte ya sea del oficial, suboficial o soldado profesional el deceso debió ocurrir en las siguientes condiciones “(...) en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, (...)” (Diario Oficial 45.778, 2004), una vez establecido estos criterios sus herederos podrán reclamar dicha prestación económica, lo que garantiza el mínimo vital y el derecho a la seguridad social de quienes dependían económicamente del fallecido en combate.

Sin embargo dicho artículo solo contempla en caso de que el militar llegase a fallecer en combate, por lo que surge la duda en los casos en que estos fallecen en ocasión del servicio o simplemente en actividad, para estos casos el Decreto 4433 de 2004 ha establecido de igual forma una pensión con el fin de garantizar la protección de las familias de los militares, el primero contemplado en el artículo 20 de citado Decreto que al igual que la anterior el oficial, suboficial o soldado profesional debe fallecer “(...) por actos del servicio o por causas inherentes al mismo (...)” (Diario Oficial 45.778, 2004), en cuyo casos sus beneficiarios podrán acceder a una pensión mensual, y el segundo se encuentra regulado en el artículo 21 del mismo, el cual contempla que la muerte no solo debe ocurrir en actividad sino además “(...) con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las

enumeradas en los dos artículos anteriores,(...)” (Diario Oficial 45.778, 2004), sin embargo que ocurre en el caso de los militares que fallecen sin lograr acceder a la asignación de retiro, ello teniendo en cuenta que las familias con la contingencia de la muerte no solo deben soportar la pérdida de su familiar sino también la ausencia del sustento económico, para estos casos el Estado no desprotege a los que dependan económicamente del causante que no logró acceder a la asignación, puesto que el legislador dispuso en el mismo artículo que tendrían derecho a una pensión correspondiente a “(...) equivalente al cuarenta por ciento (40%) de las partidas computables.” (Diario Oficial 45.778, 2004) si bien cierto las partidas computables son inferiores al mínimo vital, también lo es que en garantía de los derechos fundamentales a la dignidad humana y la seguridad social se debe invocar el salario mínimo.

Ahora bien, para acceder y tasar el monto de la pensión de sobreviviente como se indicó en el párrafo anterior se evalúan las circunstancias en las que se originó la muerte del miembro de la Fuerza Pública, la cual como lo establece el Decreto 4433 de 2004 en su artículo diecinueve, deberá ocurrir “(...) en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público (...)” (Diario Oficial No. 45.778, 2004) y el valor de la pensión no puede ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables; para el caso de la muerte ocurrida simplemente en actividad se tendrán en cuenta los años de servicio, que para el caso de los miembros de la Fuerza Pública que alcanzaren a quince años (15) el monto de la pensión no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) y para aquellos que tuvieran menos años de servicio el valor de la prestación no será menor al cuarenta por ciento (40%).

A diferencia de la pensión de sobrevivientes, el monto fijado para acceder a la pensión de invalidez se tasa teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de capacidad laboral de los

miembros de la Fuerza Pública, al igual que el Sistema de Seguridad Social dicho porcentaje es determinado por las Entidades Médico-Laborales para los militares y policías, en este caso en particular son la Junta Medico Laboral en primera instancia y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en segunda instancia encargados de evaluar las circunstancias que dieron origen a la disminución laboral y determinar su porcentaje de incapacidad el cual se encuentra establecido en el artículo 30 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004 “(...) una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro (...)” (Diario Oficial 45.778, 2004), porcentaje el cual es más elevado que el establecido que el establecido en el Sistema General de Pensiones correspondiente al 50% o más de disminución laboral por lo que en principio estaría en violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución y el derecho a la seguridad social, al respecto la Corte ha manifestado:

“(...) esta diferencia no constituía un trato discriminatorio, porque i) el régimen especial de la fuerza pública contempla una indemnización no prevista en el sistema general, “que compensan las diferencia porcentual a partir de la cual se reconoce la pensión de invalidez.”, ii) los estándares de liquidación superan ampliamente aquellos contenidos en el Sistema General de la Ley 100 de 1993, iii) en el sistema especial no se exige un tiempo de cotización mínimo para acceder a la prestación (mayor facilidad en el acceso), y, iv) la invalidez del régimen especial se establece a partir de las incapacidades que afectan de manera directa la prestación del servicio militar (...)” (MP. María Victoria Calle Correa, 2012)

Conforme a lo anterior, vemos que los miembros de las fuerzas militares al encontrarse bajo un régimen especial debido a las actividades que desarrollan generan un riesgo mayor que el del común de las personas generando así una incompatibilidad con el Sistema General de Pensiones puesto que los criterios de valoración y liquidación se hacen conforme al deber castrense que ejercen por lo que no resulta vulnerado el derecho a la igualdad de los beneficiarios de dicho régimen.

Es por que se manejan diferentes patrones para el cálculo y liquidación de la prestación ya que fue diseñado para regular contingencias inherentes a las actividades desarrolladas durante el servicio y por tanto la invalidez de estos no puede ser comparada con la de origen profesional contemplado en el Sistema General de Riesgos Laborales que cubre a los particulares, ello toda vez que, la naturaleza de las funciones de los miembros de la Fuerza Pública obedecen a un riesgo mayor y permanente no solo de la integridad personal sino de sus vidas, por tanto, el Estado debe garantizar la seguridad social de estos.

El Decreto 4433 de 2004 entra a desarrollar en el capítulo I, artículo 13, cuáles son las partidas computables sobre las cuales se tasan los porcentajes para acceder a la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobreviviente.

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de Estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-Ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente Decreto.” (Diario Oficial 45.778, 2004)

Como bien se señala en el artículo 13, son taxativas las partidas computables sobre las cuales se tasan las asignaciones de retiro, pensión de invalidez y de sobreviviente, por lo que todas aquellas bonificaciones, subsidios, primas, compensaciones y auxilios adicionales no se tendrán en cuenta al momento de liquidar dichas prestaciones económicas.

Para los miembros de los Fuerza Pública que se retiren de forma voluntaria o sean retirados del servicio activo sin derecho a las asignación de retiro y deseen cotizar como particulares en el Sistema General de Pensiones, la Ley 923 de 2004 contempla el reconocimiento de un bono pensional por el tiempo de servicio, de conformidad con lo contemplado que el Sistema de Seguridad Social el cual constituye una parte del capital con el que se llegará a financiar la pensión ya sea de vejez, invalidez o sobreviviente, el legislador lo desarrolla con el fin de garantizar a los militares un amparo contras las contingencias derivadas del tiempo prestación de servicio y la protección del núcleo familiar en caso de fallecimiento con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, permitiéndoles acceder ya sea al régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida o al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Dentro de este análisis del conjunto de normas, criterios y lineamientos que componen el marco normativo de las prestaciones sociales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional en la actualidad, vemos que el régimen aplicable difiere sustancialmente con la generalidad, esto es la población civil, fundamentado ello en que la naturaleza de los servicios prestados; es el propio constituyente quien lo eleva a rango constitucional en el artículo 217, creando así no solo un régimen prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública sino también de carrera y disciplinario, por lo que no son comparables los porcentajes, tiempo, edad y calificación para acceder a la asignación de

retiro, pensión de invalidez o sobreviviente con el Sistema de Seguridad Social Integral, ya que su estructura y composición contienen métodos de liquidación que obedecen a patrones distintos que no permiten compatibilidad de un régimen a otro, ya que se diseñó conforme a las funciones desarrolladas por este grupo social.

Analizando el Decreto 2728 de 1968 frente al Decreto 1211 de 1990, en lo referente a la pensión de sobreviviente de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, podemos ver que:

En primer lugar diremos que el Decreto 2728 de 1968 contempla unas prestaciones sociales en favor de los beneficiarios de los soldados que como lo regula el artículo 8 de la citada norma son los 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 (...)” (Diario Oficial No. 32.721 , 1968), la muerte como lo previene el articulado trae consigo el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior que para 1968 era el grado de cabo segundo conforme al Decreto 501 de 1955<sup>9</sup> y a su vez para los derechohabientes del causante el 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. (...)” (Diario Oficial No. 32.721 , 1968), por lo que en principio diríamos que dicho Decreto no sería violatorio del derecho fundamental a la seguridad social puesto que reconoce algunas prestaciones económicas.

Sin embargo, el Decreto 1211 de 1990 contempla unas prestaciones sociales por muerte a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales las cuales no les son otorgadas a los familiares que dependían económicamente de los soldados regulares fallecidos en combate y ascendidos

---

<sup>9</sup> Diario Oficial No. 29989. 4, julio, 1959 “Por medio del cual se reorganiza la carrera profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional”

póstumamente al grado de cabos segundos adquiriendo la calidad de suboficial, dejando por fuera los beneficiarios de estos que no les es aplicado el artículo 185 de dicho Decreto el cual establece:

“Orden de beneficiarios. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de Ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de Ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponderá a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.” (Diario Oficial No. 39.406 , 1990)

Dicho artículo, trae el amparo del núcleo familiar en caso del deceso del militar que respondía económicamente por este y con ello se garantiza la no desprotección de las personas que dependían



del causante por lo que no se vería desmejorada su seguridad social y estaría amparando el derecho al mínimo vital de estas.

Sin embargo, no es aplicado a los soldados regulares fallecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 puesto que dicha norma aplica a partir de su entrada en vigencia como se establece en el artículo primero “A partir de la vigencia de la presente Ley<sup>10</sup>, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio” (Diario Oficial No. 43.345, 1998), el mencionado artículo no cobija a los soldados fallecidos antes del 23 de julio de 1998, lo que estaría en contravía del derecho a la igualdad toda vez que los soldados que fallecen antes de dicha fecha en las mismas condiciones que los que mueren en vigencia de la norma se verían desprotegidos, ya que no le sería otorgado a sus herederos la prestación económica de la pensión de sobreviviente.

Lo que no resulta coherente puesto que tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 conceden el ascenso póstumo pero discrepan respecto del otorgamiento de la pensión de sobreviviente, ya que el primero solo ordena el reconocimiento y pago de una indemnización prestacional y el pago doble se cesantías, mientras que el segundo concede la pensión de sobreviviente, dicho vacío legal fue subsanado con la expedición de la Ley 447 de 1998 que otorga la pensión vitalicia para los causahabientes de los soldados regulares fallecidos en combate, sin embargo no contempla el ascenso póstumo puesto que ya no es necesario para acceder a dicha prestación y suprime la compensación por muerte, respecto de este punto vemos que dicha Ley es menos favorable para los soldados regulares, puesto que al no contener el ascenso póstumo no pueden acceder a las prestaciones establecidas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales a las cuales por principio de la condición más beneficiosa podrían acceder aquellos

---

<sup>10</sup> Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-03 de 27 de mayo de 2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

soldados regulares a los que les es aplicado el Decreto 2728 de 1968 por haber fallecido en vigencia de este.

Así las cosas, vemos desmejorados a los soldados regulares fallecidos en vigencia de la Ley 447 de 1998, puesto que los factores prestacionales son diferentes a los establecidos en el Decreto 2728 de 1968 ya que con el ascenso póstumo al grado de cabo segundo se obtenía el derecho a las prestaciones por muerte que refiere el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, como lo es, “(...)una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.(...)” (Diario Oficial No. 39.406 , 1990), compensación a la que no tendrían derecho los familiares de soldados regulares fallecidos en vigencia de la Ley 447 de 1998, toda vez que, el citado artículo solo es aplicado para oficiales y suboficiales más no para los soldados regulares, de igual forma se estaría desconociendo el pago doble de las cesantías por tiempo de prestación del servicio militar, puesto que esta Ley solo otorga el derecho a “(...)una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.” (Diario Oficial No. 43.345, 1998).

Por tanto, la Ley 447 de 1998 resulta ser violatoria del derecho a la igualdad y a la seguridad social y al mínimo vital, toda vez que los beneficiarios del causante quedan en una situación de desamparo ya que dependían económicamente de este, por lo que estaría en contravía de los principios esenciales del Estado Social de Derecho contemplados en el artículo 2 de la Constitución Política.

“Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para

proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Por lo que la aplicación de la Ley 447 de 1998 concibe una violación directa al artículo 2 superior puesto que no promueve los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, generando una desprotección a las personas ya que si bien es cierto contempla una pensión de sobreviviente no tienen derecho a las prestaciones reguladas en el Decreto 1211 de 1990, desmejorando las condiciones de vida de los causahabientes.

## Capítulo II

### **Inobservancia del Principio de Favorabilidad y la Condición más Beneficiosa para el Reconocimiento de Pensión a Beneficiarios de Soldados Regulares Fallecidos antes de la Ley 447 de 1998**

Se desarrollará el concepto y alcance del principio de favorabilidad, respecto de la aplicación de la normatividad que regla la pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los soldados fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, evaluando la aplicación de este antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, teniendo en cuenta la condición más beneficiosa como derivado directo de la favorabilidad, de igual forma se analizará como la falta de aplicación de dichos principios ha vulnerado el derecho fundamental por conexidad a la seguridad social afectando la estabilidad del núcleo familiar y el mínimo vital al aplicarse el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990, el cual si contempla el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Las normas que se expiden en nuestro país, tienen un carácter intrínseco de irretroactividad, esto es que su contenido surtirá efectos desde su entrada en vigencia y para los hechos que tengan su ocurrencia luego de la misma, sin embargo desde la Constitución Política de 1991 en sus artículos 29<sup>11</sup> y 53<sup>12</sup> se ha establecido como derecho y principio la favorabilidad legal para el

---

11 ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a Leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

12 ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la

derecho penal y laboral, es decir que para lograr la garantía de sus derechos los ciudadanos podrán acogerse a normas, inclusive posteriores a las que le serían aplicables, siempre que estas les sean más beneficiosas y se apliquen en su totalidad.

Si bien en principio la favorabilidad es aplicada en materia penal y laboral, también lo es que la Corte Constitucional, en ejercicio de su labor extendió el contenido fundante de este privilegio a otras áreas del derecho, por lo que no se puede encauzar a que el operador judicial realice un análisis restrictivo de esta garantía, que tiene absoluto sentido y especial importancia en un Estado Social de Derecho, este principio debe entenderse como una extensión del proteccionismo estatal que incorpora la Constitución Política de 1991 dado su carácter favorable frente a situaciones similares, pero con supuestos normativos distintos bien sean de carácter sustantivo o procesal.

Si bien es cierto, tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990 fueron expedidos en vigencia de la Constitución Política de 1886, la cual no contemplaba las garantías sociales y proteccionistas que incorpora en su texto la Constitución Política de 1991, también lo es que la nueva carta constitucional cubre retrospectivamente y de forma automática, toda la legalidad precedente, impregnándola con sus postulados directores, de suerte que, en cuanto se encuentren visos de discordancia entre la premisa constitucional y la norma inferior, la segunda queda reformada o debe desvanecerse en todo o en parte según el caso, tal como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 85 de 1991.

Desarrollando el concepto de retrospectividad de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional en sentencia T-110 de 2011 del Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva afirmó:

---

capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

“(…) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que las disposiciones de la Constitución Política de 1991 se aplican retrospectivamente a aquellas situaciones jurídicas que estaban en curso al momento de entrada en vigencia de la nueva Carta. En estos casos se debe tener en cuenta que (i) la norma fundamental de 1991 tiene efecto general e inmediato; (ii) se presume la subsistencia de la legislación preexistente, con excepción de aquellas disposiciones que no armonizan con las nuevas reglas constitucionales ya que; (iii) el contenido normativo de la Constitución de 1991 se proyecta a las normas jurídicas de inferior jerarquía que nacieron a la vida jurídica bajo el imperio de la Carta de 1886. (...)”  
(Sentencia T-110 de 2011, 2011)

Se entiende que la Constitución Política de 1991 se emplea con efecto inmediato y hacia el futuro, no solamente a los hechos que tengan su ocurrencia desde el instante de su promulgación, sino también a las circunstancias jurídicas que estuvieren en tránsito de realización y que no se hubieren afianzado bajo la validez de la Constitución de 1886.

Aunque la Carta Política le ha otorgado al principio de favorabilidad el carácter constitucional para las áreas del derecho penal y laboral y lo ha mantenido con el estatus de un derecho constitucional, los operadores judiciales en Colombia lo han usado de forma acertada como un criterio para resolver conflictos entre interpretaciones en los marcos de enfrentamiento, ya sea este de carácter normativo o jurisprudencial, volviéndose una pauta de guía para los jueces y un antecedente que corresponde ser aplicado cuando se presentan los requisitos necesarios para su uso, llegando inclusive a elevar de manera tácita su carácter al de un principio de jerarquía constitucional.

Dentro del régimen especial de prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares, más específicamente para los soldados regulares y sus beneficiarios se presentan dos escenarios posibles, aquellos fallecidos en combate o por acción directa del enemigo en vigencia del Decreto 2728 de 1968 y los que murieron en las mismas condiciones bajo la Ley 447 de 1998.

En el primer escenario encontramos que el Decreto 2728 de 1968 establece un ascenso póstumo de los soldados fallecidos en combate o por acción directa del enemigo al grado inmediatamente superior, con el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus causahabientes, sin embargo, no contempla el derecho a la pensión de sobreviviente, como lo establece el artículo 8 de la citada norma.

“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.” (Diario Oficial No. 32.721 , 1968)

Para la época de vigencia de esta normatividad, existía en materia de prestaciones sociales para los suboficiales de las Fuerzas Militares el Decreto 501 de 1955, que disponía para estos, prestaciones económicas como el pago doble de cesantías, el desembolso de 48 meses de haberes salariales y si tenían más de 10 años de servicio, una pensión mensual; reconocimientos a los que tendrían derecho los soldados regulares ascendidos póstumamente por el Decreto 2728 de 1968, pero de los cuales se veían apartados incluso desde su concepción, puesto que a pesar de cumplirse el hecho de la muerte en las condiciones establecidas y generador del ascenso póstumo, no eran otorgados los beneficios que se encuentran establecidas en el artículo 114 del mencionado Decreto.

“Artículo 114. El Suboficial o Marinero que falleciere por causas de heridas o accidente aéreo en combate, o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento del orden público |será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus herederos en el orden preferencial establecido en este estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a) A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una indemnización equivalente a cuarenta y ocho (48) meses del último sueldo correspondiente al grado conferido al causante.
- b) Al pago doble de la cesantía a que tuviere derecho el causante.
- c) Si el Suboficial o Marinero fallecido hubiere cumplido diez (10) años de servicio, tendrá derecho a que por el Tesoro Público, se les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y pagada en la misma forma de las asignaciones de retiro, de acuerdo con el tiempo de servicio del causante. (Decreto 501 de 1955, 1955)

Como se puede observar el artículo 8 desconoce la prestación económica de la pensión de sobreviviente y en su lugar otorga el pago de 48 meses de los haberes correspondientes al grado de Cabo Segundo o Marinero al cual es ascendido póstumamente el soldado fallecido en combate, desconociendo así el derecho fundamental de la seguridad social y al mínimo vital de los familiares que dependían económicamente de este; contrario sensu en el segundo escenario para los soldados regulares que fallecieron en combate o por acción directa del enemigo con la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, ordena el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios como lo establece el artículo primero de la citada Ley, así:

“ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente Ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta Ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.” (Diario Oficial No. 43.345, 1998)

A su vez la Ley 447 de 1998 deja sin efecto la compensación por muerte de qué trata el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 al señalar en el párrafo del artículo 1 “Suprímese la indemnización por muerte, que actualmente se causa, de conformidad al Estatuto Militar, cuando se apliquen estos



casos de pensiones.” (Diario Oficial No. 43.345, 1998), sin embargo, si bien es cierto se entra a reconocer la prestación económica de la pensión de sobreviviente, la cual garantiza la protección de los familiares del soldado que fallece, frente a las eventualidades económicas generadas como consecuencia de su muerte; también lo es que continua desprotegido un sector de los soldados y son los fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, ya que como lo contempla el artículo primero de la norma, el reconocimiento de dicha prestación social se da a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley, por lo que al momento de solicitar dicha prestación ante la autoridad administrativa competente esto es el Ministerio de Defensa Nacional, les es aplicado el Decreto 2728 de 1968 , toda vez que el deceso ocurrió en vigencia de dicha norma.

Igualmente, la Ley 447 de 1998 en el párrafo primero de su artículo 5°, contiene una disposición que contraría las garantías de la seguridad social y el mínimo vital y móvil, al señalar para el acceso a sus beneficios, la condición de que los padres de los soldados regulares deban tener cincuenta años de edad para poder empezar a recibir la prestación, requisito que afecta directa e injustificadamente los derechos de los causahabientes de estos, toda vez que no tienen a su disposición las condiciones que les permitan sobrellevar la vida luego de la tragedia ocurrida.

Ahora bien, se observa un desconocimiento del principio de la condición más beneficiosa, puesto que si bien es cierto el Ministerio de Defensa Nacional da aplicación al Decreto 2728 de 1968 que concede el ascenso póstumo a los soldados fallecidos en combate al grado de cabo segundo no contempla las prestaciones sociales por muerte establecidas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales, a los cuales como consecuencia del fallecimiento en las circunstancias que en las dos normas se contemplan para el ascenso otorgado en el primer Decreto tendrían derecho, no así, los beneficiarios de los soldados regulares no son amparados frente a las

contingencias derivadas de la muerte ya que solo tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización, siendo esto violatorio del derecho a la igualdad puesto que estos no solo deben asumir la carga emocional por la pérdida y además la falta del apoyo económico brindado por este.

Si bien es cierto, los oficiales, suboficiales y los soldados cumplen con la misma misión constitucional y legal, consistente en la defensa de la soberanía, el orden constitucional y la integridad del territorio nacional, no se entiende, porque si se encuentran bajo el cumplimiento del mismo deber y perecen en las mismas circunstancias respecto del mismo, no se reconoce el pago de la pensión de sobreviviente a los soldados fallecidos en combate y ascendidos póstumamente al grado de cabos segundos antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, puesto que al morir bajo las circunstancias que son requisito para que los beneficiarios del oficial o suboficial adquieran el derecho a una pensión, en principio sus derechohabientes tendrían derecho a las prestaciones sociales y económicas contempladas en el Decreto 1211 de 1990 bajo el principio de la condición más beneficiosa ya que dicha norma contempla la prestación económica en discusión.

Una de las principales causas de la negativa de dicha prestación es la inaplicación del principio de la condición más beneficiosa como derivado directo de la favorabilidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, como lo establece la norma, la favorabilidad se debe aplicar para resolver conflictos entre disposiciones normativas, siempre y cuando estas regulen una misma situación jurídica como en el caso del Decreto 2728 de 1968 y el Decreto 1211 de 1990, que establecen el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares de Colombia, frente a las cuales es necesario realizar un estudio juicioso con el fin de determinar cuál es la más favorable para los soldados regulares fallecidos en combate.

En este sentido entraremos a analizar cuando es procedente la aplicación del principio de favorabilidad, y decimos que este se emplea cuando existe un conflicto entre dos normas ya sea de

la misma fuente formal o diferente, o cuando una sola norma admite varias interpretaciones, frente a esta última la Corte Constitucional mediante sentencia T-559 de 2011 ha manifestado que para la aplicación de este principio se deben presentar dos elementos:

“(i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.” (Sentencia T-559, 2011)

Frente al primer elemento establecido por la Corte Constitucional, consistente en esa obligación de optar por la situación más favorable cuando exista duda en la interpretación de una norma, vemos que esta debe darse de tal forma que el juez realice un estudio bajo el supuesto de la razonabilidad y objetividad, es decir que se debe analizar la condición más beneficiosa, convirtiéndose este en un criterio orientador con el fin de garantizar derechos fundamentales como el de la seguridad social y los principios contemplados en el artículo 2<sup>13</sup> de la Constitución Política para dar aplicación a los fines esenciales del Estado Social de Derecho para el caso de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 a los cuales le aplican el Decreto 2728 de 1968.

En cuanto al segundo elemento, cuando una sola norma admite varias interpretaciones esta debe ser aplicada en su integridad, ya que como lo establece la Corte Constitucional debe haber una efectiva concurrencia en la interpretación ya que el juez no puede elegir de cada norma y tomar

---

13 ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

aportes para aplicarlos a un caso concreto ya que esto ocasionaría la creación de una nueva, por lo que en este punto es necesario analizar dicho principio en conjunto con el de integridad de la norma, permitiendo así que no se tome únicamente la parte que más convenga con miras a la aplicación del principio de favorabilidad.

Es así como el principio de favorabilidad también regulado en la Constitución Política en su artículo 53 reza:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...); situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.”-(Constitución Política 1 de 1991 Asamblea Nacional Constituyente, 1991 artículo 53)

Este principio fundamental siendo de rango constitucional, garantiza la situación más beneficiosa apuntando no solo a dirimir conflictos respecto de la aplicación de dos normas sino también cuando se dan dos o más interpretaciones respecto de una sola, evitando un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado respecto de otro al que si le es reconocido un derecho, ya que dicho trato diferenciado es totalmente discriminatorio y contrario a lo establecido el artículo 13<sup>14</sup> de la Constitución Política, ya que no es lógico que no se reconozca un derecho al que si pueden acceder la generalidad de las personas en las mismas condiciones, como lo es el caso del Decreto 2728 de 1968 que reconoce el ascenso póstumo y una compensación por muerte a los causahabientes de los soldados regulares fallecidos en combate y le sean negadas

---

14 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

las prestaciones económicas contempladas en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales, que si contempla la pensión de sobreviviente y a la que tendrían derecho por haber ocurrido el deceso en las condiciones establecidas en este último para ser sujeto de la prestación y haber adquirido la calidad de suboficial.

Ahora bien tanto el Decreto 2728 de 1968 como el Decreto 1211 de 1990, ordenan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas derivadas de la muerte en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en participación de operaciones para la conservación y el restablecimiento del orden público, sin embargo la primera se abstiene de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados regulares a quienes se les estaría quitando el sustento y apoyo económico que percibían del militar, generando un tratamiento menos beneficioso e inequitativo ya que al fallecer bajo las circunstancias que para oficiales y suboficiales motivan el acceso de sus causahabientes a una pensión de sobreviviente y al ser ascendidos de forma póstuma adquieren la calidad de suboficial y por tanto en aplicación del principio de favorabilidad se debe otorgar las prestaciones establecidas en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

La inaplicación del principio de la condición más beneficiosa por parte del Ministerio de Defensa Nacional al negar el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, está siendo desaprobada por los Jueces y Tribunales Administrativos, puesto que este principio va encaminado en la garantía del cumplimiento del fin último del Estado y sus Instituciones, que es la protección de las personas y sus derechos; la situación de los herederos de los soldados regulares obedece a que les sea reconocido la pensión

de sobreviviente como medio de protección de la familia con el fin de tener una sostenibilidad económica no menor a la brindada por el causante.

Es por lo anterior, que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y con el fin de garantizar no solo el derecho a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, sino también la vida digna de las personas que dependían económicamente del causante y aras de no generar un desgaste en la administración de justicia, puesto que ante la negativa de la pensión de sobreviviente los derechohabientes de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo se ven en la necesidad de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante acciones de nulidad y restablecimiento de derecho con el fin de que les sea otorgada la prestación, es por ello que siendo el Ministerio de Defensa Nacional, más específicamente la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el primer ente administrativo encargado de resolver dichas solicitudes, debe dar aplicación a la Ley más favorable para los beneficiarios de los soldados fallecidos en las condiciones que establece el artículo primero de la Ley 447 de 1998, dando así inaplicación al Decreto 2728 de 1968 y en su lugar aplicar el Decreto 1211 de 1990 que contiene dicha prestación en favor de los oficiales y suboficiales, ya que al morir cumpliendo su deber en similares circunstancias que permiten aplicar el principio de igualdad respecto de la pensión de sobreviviente, sería discriminatorio otorgar a unos el derecho y negarlo a otros, puesto que el fin último de la pensión de sobreviviente es la protección de los familiares que dependían económicamente del causante y que verían no solo desmejorada su seguridad social sino también su calidad de vida.

### Capítulo III

#### Ausencia de Unidad Jurisprudencial Frente al Reconocimiento Prestacional

Teniendo en cuenta la inobservancia del principio de la condición más beneficiosa al aplicar por parte del Ministerio de Defensa Nacional el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, conlleva a un desgaste de la administración de justicia, puesto que al no ser de fácil acceso esta función pública en cabeza del Estado estas personas se encuentran en la necesidad de acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el reconocimiento y pago de su derecho, ello teniendo en cuenta que no existe unidad jurisprudencial respecto al reconocimiento de dicha prestación económica, así las cosas tomando como base la fuerza vinculante que ejerce la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre las autoridades judiciales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, competencias y en garantía de los fines esenciales del Estado Social de Derecho contemplados en la Constitución Política la cual se erige como norma de normas en su artículo 4<sup>15</sup>, en el presente capítulo se analizará la jurisprudencia dentro del marco de las fuentes del derecho con el fin de desarrollar una de sus funciones principales como lo es la unificación de criterios de interpretación normativa.

Para los Romanos la jurisprudencia era entendida como una “fuente del derecho que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica” (Pieri, 2000), lo que permitía a los estudiosos del derecho unificar

---

15 ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.  
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

criterios frente a las diferencias surgidas entre los hombres, que en la práctica implicaba que el derecho en cierto modo no estaba en los jueces o la misma Ley, sino en los criterios jurídicos como resultado del análisis de los problemas sociales.

La jurisprudencia se ha posicionado como un criterio importante a tener en cuenta al momento de toma de decisiones en los casos en los cuales existe un precedente, o se analizan casos con una identidad en las circunstancias de hecho que se resolvieron con similares componentes jurídicos, logrando agilizar, facilitar y concretar lo que será el objeto de estudio por parte del operador judicial en la solución de los casos que se encuentran en su competencia, por lo que la jurisprudencia más allá de considerarse una fuente de derecho es el conjunto de decisiones que garantiza la aplicación de los derechos y los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

La interpretación judicial de las altas cortes no puede estar sujeta exclusivamente a la aplicación de la legislación en sentido formal, puesto que sus decisiones obedecen al análisis y aplicación de las normas constitucionales y legales, los principios y valores conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución política que señala: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), por lo que al aplicar dentro del análisis de un caso no solo la norma si no también los criterios auxiliares permite la unificación de jurisprudencia, armonizando así el derecho y generando seguridad jurídica y a su vez dirime los conflictos sometidos en las autoridades administrativas y judiciales, ya que las sentencias generadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado son de carácter vinculante, por lo que en primer lugar son las autoridades administrativas las cuales deben analizar no solo la normatividad sino también los diferentes pronunciamientos de las altas cortes cuando estos tengan la fuerza vinculante de una sentencia de



unificación, con el fin de despachar las peticiones elevadas antes estas bajo el principio de favorabilidad.

Conforme a lo anterior encontramos que dentro de la fuentes formales del derecho esta la jurisprudencia generada por las altas cortes investidas de facultades constitucionales, que contemplan unas reglas mínimas de argumentación que permiten la unificación de criterios, generando seguridad jurídica y obligatoriedad en los precedentes, sin embargo para el caso del reconocimiento de la pensión de sobreviviente para los sucesores del soldado regular fallecido en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 la cual es de carácter ordinario, los precedentes dados por la Corte Constitucional, como lo son las sentencias T-1043 de 2012 del Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla y T-393 de 2013 del Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y por otra parte las emitidas por el Consejo de Estado en sentencias (i) radicado interno No 1020-2010 del 2 de agosto de 2012 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, (ii) radicado interno No 2161-2009 del 7 de julio de 2011 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda y (iii) radicado interno No. 4826-2014 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, no son tenidas en cuenta por las autoridades administrativas, esto es por el Ministerio de Defensa Nacional, negando dicho derecho y generando un desgaste en la administración de justicia, puesto que es necesario interponer acciones de nulidad contra los actos administrativo que niegan la prestación social y el restablecimiento del derecho, sin embargo por medio de una sentencia de unificación que contemple una análisis interpretativo dirigido a establecer pautas para el reconocimiento de dicha prestación, generaría el reconocimiento inmediato por parte de dicha autoridad administrativa evitando que los beneficiarios acudan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en búsqueda del reconocimiento de sus derechos.

Lo anterior tiene como objetivo que el derecho no sea aplicado de forma mecánica, toda vez que la Ley 447 de 1998 en su artículo primero contempla “A partir de la vigencia de la presente Ley” (Diario Oficial No. 43.345, 1998), lo que ha generado que las autoridades administrativas se rijan por preceptos generales desconociendo derechos fundamentales tales como el de la seguridad social por su conexidad e íntima relación con otros derechos fundamentales como el de la vida, al no reconocer la garantía constitucional de una pensión de sobreviviente puesto que sería discriminatorio el hecho de que para los particulares sea reconocido como derecho fundamental en el artículo 48<sup>16</sup> constitucional y no así para miembros de la Fuerza Pública, lo que contraría el artículo 13<sup>17</sup> superior respecto a la igualdad ante la Ley, el mínimo vital puesto que los que dependían económicamente del causante pierden el apoyo económico proporcionado por este enfrentándose a condiciones que no aseguran una vida digna y los principios como el de la condición más beneficiosa, favorabilidad e igualdad material, ya que si bien es cierto el Decreto 2728 de 1968 que aún es aplicado por la época de ocurrencia de los hechos y que fue derogado con la expedición de la Ley 447 de 1998, no consagra los beneficios contemplados en el Decreto 1211 de 1990 que es más favorable y el cual se encuentra vigente.

Para el caso la pensión de sobreviviente que busca el amparo de la familia que es el núcleo fundamental de la sociedad, se puede observar que se encuentran desprotegidos los familiares de

---

16 ARTICULO 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

17 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

aquellos soldados regulares fallecidos en vigencia del Decreto 2728 de 1968 quienes murieron bajo las mismas condiciones de aquellos servidores fenecidos en vigencia del Decreto 1211 de 1990 y de la Ley 447 de 1998, esta controversia de que Ley se debe aplicar para el reconocimiento de dicha prestación económica obedece a una análisis no solo de derechos si no de principios como el de la condición más beneficiosa y la favorabilidad, ya que el juez debe velar por el amparo de los derechos fundamentales y los fines esenciales del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución política, por lo que al estar dentro de sus funciones la de administrar justicia y en pro del principio de supremacía constitucional debe dar aplicación a las normas conforme al bloque de constitucionalidad, ello con el fin de crear armonización a través de su razonamiento jurídico frente a las diferentes fuentes del derecho que permita desarrollar una regla de derecho aplicable para el reconocimiento de dicha prestación.

La ausencia de unidad jurisprudencial frente al reconocimiento de la pensión de sobreviviente en el caso particular de los soldados regulares fallecidos antes de la Ley 447 de 1998, genera desigualdad y falta de seguridad jurídica, por lo que es necesario a través del carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado hacer valer estos principios básicos de la Constitución Política, ya que teniendo un precepto que puede ser aplicado a casos análogos permite que el juez falle en condiciones similares, porque no basta con la aplicación taxativa de la norma ya que puede generar decisiones arbitrarias, respecto de ello la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 ha manifestado que tal apreciación se puede lograr a través de dos vías principales:

“(i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas

fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.” (Magistrado Ponente Luis Ernesto Silva Vargas, 2011)

Como bien lo señala la Corte el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas generadas por los altos tribunales permite que dichos criterios sean aplicados a casos similares, sin desconocer así derechos fundamentales, con este nivel de importancia que se le ha otorgado a la jurisprudencia se tiene gran repercusión en lo referente a las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, pronunciamientos que son la materialización de la unidad jurisprudencial como herramienta para brindar seguridad más allá de la misma normatividad, llegando con su alcance hasta la misma aplicación de esta.

Respecto al problema jurídico objeto de estudio encontramos que los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos antes de la Ley 447 de 1998 frente a la negativa por parte del Ministerio de Defensa Nacional a sus solicitudes del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y ante la inaplicación del Decreto 1211 de 1990 en concordancia con el principio de la condición más beneficiosa como derivado directo de la favorabilidad, se han generado diversas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho las cuales han sido falladas por los operadores judiciales correspondientes de manera que reconocen la existencia del derecho a la pensión de sobreviviente por la consistente aplicación de derechos y principios constitucionales a la seguridad social y a la igualdad material e imperativos como bien lo señala la Corte, ya que las decisiones no solamente han sido fundadas en los criterios unificados de sub-reglas emitidas por las altas cortes, sino también obedecen a unas reglas mínimas de argumentación, incorporando los

diferentes principios y fuentes formales de derecho como lo son la Ley, los principios generales del derecho, la doctrina constitucional y la costumbre.

Así como muchos beneficiarios han logrado obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, muchos otros aún están a la espera de que el Tribunal Administrativo correspondiente despache de forma favorables sus pretensiones y otros tantos se encuentran en trámite de instaurar la correspondiente acción, por lo que su derecho aún es incierto; limbo que podría evitarse si existiera en materia de pensión de sobreviviente claridad sobre la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y su extensión a la función administrativa o unidad jurisprudencial, a través de una sentencia de unificación con la cual se pueda acudir directamente ante el Ministerio de Defensa Nacional y solicitar el mecanismo de extensión de la jurisprudencia, para obtener el reconocimiento prestacional deseado, como lo contempla la Ley 1437 de 2011<sup>18</sup>, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 102, así:

“Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.”<sup>19</sup> (Diario Oficial No. 47956 , 2011).

Dicho recurso creado con el fin de que las personas acudan a través de peticiones que no se encuentren caducadas ante la respectiva autoridad administrativa competente permite

---

18 Diario Oficial No. 47956 del 18 de enero de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

19 NOTA 1: Los incisos 1° y 7° fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

descongestionar el aparato jurisdiccional, ya que se puede acceder al reconocimiento del derecho puesto que con la existencia de un precedente jurisprudencial por parte del Consejo de Estado el peticionario podrá demostrar que se encuentra bajo la misma situación no solo de hecho sino también de derecho que la reconocida en la sentencia de unificación, ahora bien para solicitar dicho recurso se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

“(…)

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor. (…)”

(Diario Oficial No. 47956 , 2011)

Sin embargo surge la duda en caso tal de que una vez invocado el recurso de extensión de jurisprudencia no se llegase a reconocer el derecho o no se llegase a pronunciar la autoridad correspondiente respecto de la petición, el legislador dispuso que en caso de que la solicitud fuese negada total o parcialmente o la autoridad legalmente competente guardase silencio, el accionante podrá acudir por medio de un escrito dentro de los 30 días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, así:

“(…)

Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

(...)” (Diario Oficial No. 47956 , 2011)

En tal sentido, el legislador no desamparó a los peticionarios que acceden a dicho recurso que garantiza mayor celeridad en las solicitudes que elevan con el fin de hacer valer sus garantías sin necesidad de iniciar acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, así las cosas, el Consejo de Estado una vez evaluado los argumentos presentados por las partes ordenará o no el mecanismo de extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento o no del beneficio solicitado.

Por lo que vemos que dicho recurso garantiza el derecho de igualdad el cual le es desconocido a los dependientes de los soldados regulares fallecidos antes de la Ley 447 de 1998, puesto que no les es otorgada la pensión de sobreviviente establecida en el Decreto 1211 de 1990 aun cuando cumplen con las circunstancias de muerte establecidas en dicha norma, por lo que el legislador busca que se aplique de manera uniforme las normas y jurisprudencias para resolver las solicitudes elevadas ante las autoridades administrativas, en este caso el Ministerio de Defensa Nacional que al encontrarse en presencia de un mismo supuesto factico niega las peticiones de los causahabientes de los soldados regulares fallecidos en combate, otorgando como lo establece el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 una compensación por muerte“ (...) cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.” (Diario Oficial No. 32.721 , 1968), lo que genera un desgaste en la administración de justicia puesto que es necesario acudir a otras vías como la tutela o acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, para su reconocimiento.

Sin embargo no existe una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado que permita invocar dicho recurso ante las autoridades administrativas, por lo que en este caso la petición no es despachada de forma favorable por parte del Ministerio de Defensa Nacional, ya que su interpretación de la norma al ser taxativa genera el desconocimiento del principio de la condición más beneficiosa como derivado directo de la favorabilidad y de derechos fundamentales como el de la igualdad, seguridad social y el mínimo vital, generando un desgaste en la administración de justicia ya que no son tenidas en cuentas las diferentes sentencias que han analizado casos análogos y han reconocido el derecho a la pensión de sobreviviente, por lo que el solicitante tiene que acudir ante las autoridades judiciales para que determine si tiene o no derecho al reconocimiento de la prestación económica.

Con un análisis profundo de estas consecuencias se puede aseverar que estas van más allá de la aplicación del derecho y el no reconocimiento prestacional puede incluir como secuelas los sobre costos en los que incurren los demandantes al iniciar por las vías jurisdiccionales las respectivas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho soportando el pago de los honorarios profesionales a los abogados y los gastos generados por el desarrollo normal del proceso, igualmente se presentan los costos que dispone el Estado para su defensa jurídica respecto de la cual podría ser innecesaria la activación de los mecanismos judiciales, en el entendido que con la existencia de una sentencia de unificación se podría hacer uso del recurso de extensión de jurisprudencia, lo que evitaría mayor sobrecarga en el aparato judicial, desviando el esfuerzo de los jueces y tribunales llamados a resolver.



## Título II

Las instituciones de Fuerzas Militares y Policía Nacional cuentan con un régimen prestacional especial contemplado en el artículo 150 numeral 19 literal e de la Constitución, dentro del cual se estudia la pensión de sobrevivientes, más específicamente para los casos en que no es otorgada a los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, esto como consecuencia de la inobservancia del principio de favorabilidad y la ausencia de unidad jurisprudencial que en primer lugar, no permite aplicar la Ley más favorable para el reconocimiento de un derecho fundamental como lo es el derecho a la seguridad social tal y como lo señala la sentencia T-164-2013, así:

“(…) la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad.” (Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, 2013)

En segundo lugar, la ausencia de unidad jurisprudencial ha imposibilitado a los beneficiarios de los soldados el mecanismo de extensión de la jurisprudencia que permitiría la protección de dicho derecho fundamental, por lo que es necesario indagar que evolución histórica ha tenido el derecho a la seguridad social con el fin de determinar qué protección se ha brindado a todos aquellos militares al servicio de la Nación.

De igual forma se estudiará la importancia del procedimiento y procedencia que tiene la jurisprudencia como fuerza vinculante en la toma de decisiones y pronunciamientos de la administración en Colombia, para ello desarrollaremos un análisis jurisprudencial con los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y los Tribunales

Administrativos en materia de pensión de sobreviviente por muerte de soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo y ascendidos póstumamente al grado de cabos segundos.

Finalmente se estudiarán los requisitos establecido para el desarrollo de una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, como una posible solución para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los supérstites de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, sin que sea necesario acceder a la administración de justicia, derecho contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política, así: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), ya que las personas acudan ante las autoridades judiciales con el fin de que sean estas las que resuelvan sus conflictos jurídicos a través de solicitudes de restablecimientos de derechos, lo que genera un desgaste de la administración de justicia.

## Capítulo I

### Contexto histórico

Las prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional de Colombia, donde se hará un recorrido a su evolución con el fin de determinar las razones por las cuales en la actualidad se maneja un régimen prestacional especial para los oficiales, suboficiales y soldados al servicio de la Nación, de igual forma se indagará cuál ha sido el tratamiento que se ha dado en materia de pensión sustitutiva y de sobrevivientes para los militares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo.

Fue Simón Bolívar<sup>20</sup> una de las primeras personas en Latinoamérica en referirse al concepto de seguridad social en el Discurso de Angostura: “(...) El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política. (...)” (Bolívar, 1819), creando con esto un ejemplo a seguir sobre la atención a las necesidades producto de las contingencias generadas con ocasión del servicio como lo serían la incapacidad y la muerte, buscando mejorar las condiciones de vida y salud de los militares, modelando sus primigenias instituciones en el naciente Estado.

Si bien es cierto que en Colombia las Fuerzas Militares han existido desde la guerra de independencia, también lo es que no existía para ese entonces una institución jurídica que otorgara y respaldara los derechos de los militares oficiales, suboficiales y soldados al servicio de la Nación; en nuestro país.

---

20 Simón José Antonio de la Santísima Trinidad Bolívar de la Concepción Palacios Ponte y Blanco; nacido en Caracas el 24 de julio de 1783, muerto en Santa Marta el 17 de diciembre de 1830; militar y político venezolano, Presidente de la Gran Colombia desde el 17 de diciembre de 1819 hasta el 4 de mayo de 1830; fundador de las repúblicas de la Gran Colombia y Bolivia.

La historia de las prestaciones sociales para los oficiales y suboficiales miembros de la Fuerza Pública comienza con la Ley Ordinaria 153 de 1896<sup>21</sup>, la cual reglamentaba los Montepíos Militares originarios del gobierno Español, siendo estos los primeros fondos o depósitos creados con el fin de beneficiar a los familiares de aquellos militares fallecidos en servicio, los cual establecía un descuento de la asignación integral al mes que devengaban únicamente los Generales, Jefes, Oficiales y Sargentos Mayores del Ejército y la Marina, dejando por fuera a los soldados al servicio de la República, sin embargo los Montepíos también estaban conformados por los bienes de los militares que fallecían abintestato y no tenían herederos, todas aquellas donaciones voluntarias, los haberes de los desertores y los sobresueldos de los empleados de obras públicas en los días que no concurrieran a trabajar.

La Ley Ordinaria 153 de 1896 trajo consigo la pensión del Montepío la cual se asimila a lo que conocemos hoy como la prestación económica de la pensión de sobreviviente, creada con el fin de dar protección a los familiares de los militares fallecidos en acto del servicio en aras de suplir las necesidades económicas generadas por el deceso del militar, quien para la fecha de la creación de la Ley era el que proporcionaba el sustento a su familia, es por ello que la norma establecía para el caso de las mujeres que, tendría derecho al reconocimiento de la asignación correspondiente al grado de su difunto esposo siempre y cuando permaneciera en viudez y observaran buena conducta.

Es importe destacar que al igual que en la actualidad, para la fecha en que entro a regir la Ley Ordinaria 153 de 1896 esto es el 11 de enero de 1897 se manejaba un monto mínimo de cotización para el reconocimiento del derecho a la pensión, esto eran que el militar fallecido hubiera

---

21 Diario oficial. No. 10232. 11 de enero 1897, Sobre Montepío Militar

contribuido como mínimo dos años al Montepío, caso en el cual sus familiares podrías reclamar la asignación según el grado conforme a lo establecido en artículo 7 de dicha norma, así:

“Artículo 7°. Las viudas, hijos ó padres de los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército y de la Marina de Guerra de la República que fallecieren en servicio activo y que hubieren contribuido por lo menos dos años para el Montepío, tendrán derecho, según el caso, á las asignaciones mensuales siguientes que pagará el Montepío militar: \$100 por un General, \$80 por un Coronel; \$60 por un Teniente Coronel; \$50 por un Sargento Mayor; \$40 por un Capitán; \$35 por un Teniente; y \$30 por un Subteniente.

Respecto a los Oficiales de Marina autorizase al Poder Ejecutivo para que os asimile, de acuerdo con su categoría, á los grados de que trata este artículo y para los efectos de él.” (Diario oficial No. 10232, 1897)

Como se puede observar y si bien es cierto dicha norma proporcionaba seguridad social para los causahabientes de los militares fallecidos, también lo es que el beneficio solo era otorgado a los militares de alto rango excluyendo a los de menor categoría, viéndose desprotegidas las familias de estos últimos que no contaban con un fondo para tales fines.

Ahora bien encontramos que la Ley Ordinaria 153 de 1896 contemplaba una pensión en caso de fallecimiento del militar en actos del servicio, sin embargo no establecía una pensión para estos en caso de retiro del Ejército, por lo que con la Ley 75 de 1925<sup>22</sup>, 29 años después se crea la Comisión de Sueldos de Retiro hoy Caja de Sueldos de Retiro y con ello la creación de la figura de la asignación de retiro equivalente a una pensión ya sea por razones de edad o invalidez, únicamente para lo oficiales excluyendo así a los suboficiales y soldados.

Con la Caja de Sueldos de Retiro para Oficiales del Ejército se dio origen a un órgano de carácter público, dotado con personería jurídica, autónomo y diferente de la Nación, el Departamento y el Municipio, productiva en el subsiguiente desarrollo del derecho público,

---

22 Diario Oficial número 20053 de 20 de noviembre de 1925 "sobre sueldo de retiro para Oficiales del Ejército, y por la cual se dictan algunas disposiciones sobre pensiones militares."

principalmente del derecho social. Si bien es cierto el reconocimiento de su personería solamente se produjo hasta 1933, desde su creación quedó estructurado un patrimonio exclusivo, distinto del tesoro público, por cuanto se encontraba conformado con los aportes de los oficiales en uso de buen retiro, pero al mismo tiempo correspondiente a una entidad fundada y regentada por las Leyes.

Es así como la Ley 75 de 1925 contemplaba un tiempo de servicio mínimo de 25 años para los oficiales que decidieran retirarse voluntariamente del Ejército en cuyo caso recibirían la mitad del sueldo correspondiente a su grado, y un retiro forzoso por edad según el grado que ostentara el militar, en similares condiciones del Sistema de Seguridad Social Ley 100 de 1993<sup>23</sup> el cual contempla una edad mínima y un monto de semanas cotizadas para tener derecho a la pensión de vejez según el régimen en el que la persona se encuentren, ahora bien, para en el caso de los militares oficiales que se retiren o sean retirados por circunstancias de invalidez como consecuencia del servicio antes de cumplidos 15 años de servicio, solo tenían derecho a dos años del sueldo del grado que estuviere ostentando.

Si bien la Ley 75 de 1925 establecía una pensión al momento de cumplir 15 de años de servicio y tener la edad forzosa de retiro, no contemplaba una pensión por invalidez para el caso de los oficiales que se encontraban en condición de discapacidad y no completaban el tiempo para el sueldo de retiro, viéndose vulnerados los derechos de estos que por razón del servicio quedaban en condiciones de salud que no les permitía continuar en el ejercicio de sus funciones, ya que lo único a lo cual tenían derecho era a una especie de indemnización consistentes en el pago de dos años de sueldo y para el caso de los militares que tenían una incapacidad absoluta la suma de cuatro años de sueldo, asignación que no garantizaba que la persona que había sufrido un accidente en

---

23 Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

actos del servicio o una enfermedad que le disminuyera o anulara su capacidad laboral le permitiera solventar sus necesidades básicas y tener una vida digna.

Inclusive con todos los beneficios otorgados por la Ley 75 de 1925, esta albergaba una gran iniquidad heredada de las anteriores épocas de las militares, sus beneficios eran exclusivos para los oficiales, por lo cual quedaban desprotegidos los suboficiales y los soldados, que no contaban con un sistema de seguridad social que les permitiera la protección de estos y sus familiar ya que no podían acceder a una asignación de retiro por el tiempo de servicio prestado así como tampoco a una pensión de invalidez o de sobreviviente para sus beneficiarios.

Sin embargo dos años después en 1927 con la expedición de la Ley 104 de 1927<sup>24</sup> se crea la Caja de Sueldos de Retiro de Suboficiales, financiada con 30.000 pesos anuales por cinco años, para los pagos iniciales, conforme se estableció en el artículo 19 de la citada Ley.

**“Artículo 19.** Para el pago de sueldo de retiro de que trata el Artículo anterior destinase anualmente, durante cinco años consecutivos, la cantidad de treinta mil pesos (\$30.000.) que serán pagados al Tesoro Nacional, con ingreso a la caja de sueldos de retiro de los Suboficiales del Ejército.” (Diario Oficial No 20656 , 1927)

Siendo esto el reconocimiento de un derecho adquirido por parte de los suboficiales que habían prestado sus servicios por quince años o más, tiempo contemplado para acceder al sueldo de retiro al igual que los oficiales, es así como la Ley dispone también un porcentaje del sueldo cuando se esté en servicio activo en favor de la Caja de Retiro de los Suboficiales equivalente al 2%, sistema que se asemeja al montepío militar en el cual se establecía un porcentaje en favor de este, sin embargo no se contemplaba una asignación de retiro o pensión de vejez al momento del retiro.

---

24 Diario Oficial No. 20656 del 29 de noviembre de 1927 “Por la cual se determina la jerarquía y condiciones de reclutamiento, ascenso y retiro de los Suboficiales del Ejército”

Como se observa tanto en la Ley 75 de 1925 como en la Ley 104 de 1927 no son contemplados los soldados, por lo que no estarían gozando de una protección respecto de la labor que desarrollan de la cual se ven inmersos en riesgos derivados del cumplimiento de su deber constitucional y legal, de igual forma se ven desprotegidas sus familias las cuales cuentan con el sustento de este para el sostenimiento del hogar.

Con la Ley 55 de 1938<sup>25</sup> se creó la prima de alojamiento contemplada en el artículo 4 de la citada norma:

“ARTICULO 4° Los Oficiales y suboficiales de guerra de las fuerzas militares en servicio activo, que sean casados, gozarán de una prima de alojamiento mensual, así:

Del ocho por ciento 8% del sueldo, los casados sin hijos,

De quince por ciento (15%) del sueldo los casados y viudos con hijos.” (Diario Oficial No. 23765, 1938)

Dicha prima permitía, tanto a los Oficiales como a Suboficiales en actividad el acceso a un porcentaje de ingresos mayor sobre sus haberes, dependiendo su valor de si estos se encontraban casados o tenían hijos, dejando por fuera de este beneficio a los soldados.

Particularmente para el caso de prestaciones sociales y derechos derivados correspondientes a los soldados de las Fuerzas militares, su evolución legislativa ha sido bastante tardía, pero si ha tenido gran impacto, como se evidencia de los cambios sustanciales que las normas posteriores adicionaron al régimen iniciado con el Decreto 1822 de 1945<sup>26</sup>, la Ley 2 de 1945<sup>27</sup> con la cual se

---

25 Diario Oficial No 23765 del 30 de abril de 1938 “Por la cual se fijan las asignaciones para los Oficiales de las fuerzas militares y se concede una autorización al Gobierno”

26 Diario Oficial No. 25902 del 3 de agosto de 1945 “Por el cual se aprueba y adopta un Reglamento sobre Invalideces”

27 Diario Oficial No. 25772 del 21 de febrero de 1945 “Por la cual se organiza la carrera de Oficiales del Ejército, se señalan prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobre prestaciones sociales a los individuos de tropa”



establecen disposiciones prestacionales para la tropa y la Ley 137 de 1948<sup>28</sup> que adicionó artículos a la Ley 2 de 1945, el cual contempla:

“ARTÍCULO 2° Los soldados y grumetes de las Fuerzas Militares que en los términos del artículo anterior adquieran en el servicio inhabilidad relativa y sean retirados de la actividad por esta causa, tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia pagadera por el Tesoro Público hasta de cincuenta pesos (\$ 50.00), según el grado de invalidez, y de acuerdo con la reglamentación que expida el Ministerio de Guerra.” (Diario Oficial No. 26904, 1948)

Este contemplaba una pensión de invalidez para los soldados y grumetes que en desarrollo del servicio llegase adquirir una inhabilidad, generando una protección no solo a los soldados sino también a sus beneficiarios quienes cuentan con el sustento del militar para el sostenimiento de su núcleo familiar, otorgándoles así un derecho fundamental como lo es el de la seguridad social.

Entretanto nacieron y crecieron otras Fuerzas distintas del Ejército y con problemas análogos, para lo cual se crea en 1936 con la Ley 105 de 1936<sup>29</sup> la Caja de Sueldos de Retiro de la Armada Nacional, en 1942 son incorporados los oficiales y suboficiales de la Fuerza Aérea Nacional en uso de buen retiro y esta institución paralela se conservó hasta el Decreto Legislativo 240 de 1952<sup>30</sup> que la fusionó con la antigua institución.

---

28 Diario Oficial No. 26904 del 28 de diciembre de 1948 “Por la cual se adicionan algunos artículos de la Ley 2° de 1945 y se dictan otras disposiciones”

29 Diario Oficial No 23216 el 25 de junio de 1936 “Orgánica de la Armada Nacional”

30 Diario Oficial No 27839 del 26 de febrero de 1952 “Por el cual se dictan algunas normas sobre la Caja de Retiro de la Armada Nacional”

Respecto a aquellos miembros de la Fuerza pública que se encuentran en cumplimiento de su servicio militar, el cual desde el artículo 165<sup>31</sup> de la Constitución de 1886 tenía la atribución de obligatorio, postulado desarrollado por la Ley 1 de 1945<sup>32</sup>, la cual establecía la obligación de todos los hombres colombianos a inscribirse para prestar su servicio militar obligatorio.

Como se denoto anteriormente, las prestaciones sociales existentes en Colombia de manera primigenia eran los sueldos de retiro militar, sin embargo el Congreso de la Republica expide la Ley 90 de 1946<sup>33</sup> por medio de la cual se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que trajo consigo un seguro social obligatorio para todos los trabajadores nacionales o extranjeros, creada con el fin de cubrir las necesidades surgidas por el riesgo de la labor desarrollada por el trabajador, cubriendo así las contingencias como la enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo y muerte, dicha norma no era aplicable a los militares puesto que el régimen con el que ya contaban no era compatible debido a la labor que desarrollan.

Respecto a la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas militares, así como su organización en materia administrativa, se expidieron sucesivos Decretos por los presidentes de Colombia, estableciendo, reglamentando y modificando las estructuras prestacionales establecidas para los miembros de las Fuerzas, de los cuales se destaca el Decreto 1768 de 1942<sup>34</sup>, por medio

---

31 Artículo 165.- Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.  
La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.

32 Diario Oficial No. 25772 del 21 de febrero de 1945. Sobre servicio Militar Obligatorio.

33 Diario Oficial No 26322 del 7 de enero de 1947 “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

34 Diario Oficial No 25016 del 27 de julio de 1942 “Por el cual se modifican los Decretos 1205 y 1123 de 1942, y se ordenan nuevas liquidaciones de los sueldos de retiro de Oficiales y Suboficiales retirados”

del cual se unificó la Caja de Sueldos de Retiro de los oficiales y suboficiales quedando excluida la armada, ello conforme a lo establecido en el artículo primero del citado Decreto.

“Artículo 1° Autorízase a la Caja de Sueldos de Retiro de Oficiales y a la de Suboficiales para que a partir del mes de agosto del presente año cubra los sueldos de retiro de Oficiales que han sido decretados por sentencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia desde la vigencia, de la Ley 75 de 1925, y los sueldos de retiro para Suboficiales que han sido decretados por la Comisión de Sueldos de Retiro, desde la vigencia de la Ley 104 de 1927, y que en la actualidad, sufragan las Cajas de Sueldos de Retiro de Oficiales y Suboficiales, de conformidad con los porcentajes determinados en los artículos 32 y su parágrafo del Decreto-Ley 1123 de 1942 y 19 del Decreto-Ley 1025 del mismo año.” (Diario Oficial No. 25016, 1942)

Lo anterior se dispuso en razón a que las cajas tanto de los oficiales como suboficiales cuentan con una estructura similar como se ha desarrollado en los párrafos anteriores manejando el mismo tiempo de servicio para alcanzar la asignación de retiro, sin embargo, se continúa excluyendo a los soldados.

Con el Decreto 701 de 1949<sup>35</sup>, el presidente Mariano Ospina Pérez<sup>36</sup> reglamentó la Ley 137 de 1948, estableciendo tablas de porcentajes y valores correspondientes para las pensiones de invalidez de soldados y grumetes.

---

35 Diario Oficial No. 26981 31 de marzo de 1949 “Por el cual se reglamenta la Ley 137 de 1948, en sus artículos 1° a 4°.”

36 Luis Mariano Ospina Pérez; nacido en Medellín el 24 de noviembre de 1891, muerto en Bogotá el 14 de abril de 1976; ingeniero y político colombiano, ostentó la Presidencia entre 1946 y 1950.

En 1955 bajo el mando del Teniente General Gustavo Rojas Pinilla<sup>37</sup> se expide el Decreto 501<sup>38</sup>, el cual designaba los valores de las asignaciones prestacionales a los suboficiales de las Fuerzas Militares, fijando valores y reconocimiento en los eventos de retiro, tanto voluntario como por invalidez o muerte, fijando los parámetros a analizar para asignar tales beneficios.

El Decreto 2565 de 1968<sup>39</sup>, por el cual el presidente Carlos Lleras Restrepo<sup>40</sup> reorganizó el Ministerio de Defensa Nacional y estableció sus funciones, dirección y organización; en este mismo año se expide el Decreto 3071 de 1968<sup>41</sup>, el cual contenía disposiciones para reestructurar la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, fijando porcentajes de beneficios conforme al tiempo de servicio, prestaciones generadas por los diferentes tipos de separación del servicio y las circunstancias que debían cumplirse para acceder a estas.

En materia prestacional para los soldados con el Decreto 2728 de 1968, debido al riesgo inherente de la actividad que desarrollan en cumplimiento de su deber constitucional y legal el legislador dispone una indemnización prestacional para los familiares de estos que fallecen en combate, así como la figura del ascenso póstumo al grado de suboficial más cercano a estos, que para la época era el de cabo segundo.

---

37 Gustavo Rojas Pinilla; nacido en Tunja el 12 de marzo de 1900, muerto en Melgar el 17 de enero de 1975; militar, ingeniero civil y político colombiano que, ocupó la presidencia de Colombia del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957.

38 Diario Oficial No. 29989 del 4 de julio de 1959. “Por medio del cual se reorganiza la carrera profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional”

39 Diario Oficial No. 32721 del 26 de febrero de 1969 “Por el cual se reorganiza el Ministerio de Defensa Nacional y se determinan sus funciones”

40 Carlos Alberto Lleras Restrepo; nacido en Bogotá el 12 de abril de 1908, muerto en Bogotá el 27 de septiembre de 1994; abogado y político, Presidente de Colombia durante el período 1966 a 1970 por el Partido Liberal; abuelo materno del político Germán Vargas Lleras.

41 Diario Oficial No. 32724 del 1 de marzo de 1969. “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

Ahora bien, durante el gobierno del presidente Misael Pastrana Borrero<sup>42</sup> se expide el Decreto 2337 de 1971<sup>43</sup> el cual reorganiza las carreras de los oficiales, suboficiales de las Fuerzas militares y se regula las prestaciones a que estos tienen derecho en actividad, las causadas por retiro voluntario, aquellas derivadas de la separación del servicio, las producidas como consecuencia de incapacidades psicofísicas, las originadas por la desaparición o captura y las otorgadas al momento de la muerte del militar, bien sea en actividad o en retiro.

Posteriormente durante el mandato del presidente Alfonso López Michelsen<sup>44</sup> se expidió el Decreto 612 de 1977<sup>45</sup>, norma que derogó expresamente el Decreto 2337 de 1971, pero que en materia prestacional, mantuvo todos los aspectos generales de las prestaciones ya conocidas.

Esta línea de trabajo se mantuvo aún incólume durante la presidencia de Belisario Betancur Cuartas<sup>46</sup>, quien mediante el Decreto 89 de 1984<sup>47</sup> reorganizó nuevamente la carrera militar, pero mantuvo el régimen con sus aspectos generales preexistentes.

---

42 Misael Eduardo Pastrana Borrero; nacido en Neiva el 14 de noviembre de 1923, muerto en Bogotá el 21 de agosto de 1997; abogado y político, Presidente de la República de Colombia durante el periodo de 1970 a 1974 por el Partido Conservador; último mandatario elegido dentro del acuerdo del Frente Nacional.

43 Diario Oficial No. 33506 del 31 de enero de 1972 “Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

44 Alfonso Antonio Lázaro López Michelsen; nacido en Bogotá el 30 de junio de 1913, muerto en Bogotá el 11 de julio de 2007; político, abogado, catedrático y columnista, Presidente de Colombia durante el período 1974 a 1978 por el Partido Liberal.

45 Diario Oficial No 34769 del 15 de abril de 1977 “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

46 Belisario Antonio Betancur Cuartas; nacido en Amagá, Antioquia el 4 de febrero de 1923; abogado, literato y político conservador, Presidente de la República de Colombia durante el periodo de 1982 a 1986.

47 Diario Oficial No. 36475 del 3 de febrero de 1984 “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

De igual manera se expide la Ley 131 de 1985<sup>48</sup> que reglamenta lo concerniente al servicio militar voluntario y crea con esto una nueva casta, distinta desde su concepción de los tradicionales oficiales y suboficiales.

Durante el periodo presidencial de Virgilio Barco<sup>49</sup>, el Decreto 89 de 1984 fue derogado y reemplazado con el Decreto 95 de 1989<sup>50</sup>, modificando como sus predecesores, aspectos técnicos y específicos en materia prestacional, dando continuidad a los aspectos generales previamente establecidos. Seguidamente mediante el Decreto 1211 de 1990<sup>51</sup> y con el mismo presidente al mando, se reformó el estatuto del personal militar, fijando parámetros, lineamientos y requisitos para los reconocimientos prestacionales.

Las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio se mantuvieron vigentes e intactas hasta que en 1991 con la expedición de la nueva Constitución Política se establecieron nuevos parámetros para el cumplimiento de este deber en el artículo 216 de la carta que establece:

“(…) ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

---

48 Diario Oficial No. 37295 del 31 de diciembre de 1985 “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”

49 Virgilio Barco Vargas; nacido en Cúcuta el 17 de septiembre de 1921 muerto en Bogotá el 20 de mayo de 1997; político colombiano e ingeniero civil, Presidente de la República de Colombia durante el período 1986 a 1990 por el partido liberal.

50 Diario Oficial No 38651 del 11 de enero de 1989 “Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

51 Diario Oficial No. 39.406 del 8 de junio de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo. (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Mediante la Ley 4 de 1992<sup>52</sup> el Congreso de Colombia, fijó las normas, objetivos y criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública.

La obligación respecto al servicio militar fue desarrollada en la Ley 48 de 1993<sup>53</sup> que estableció lo referente al servicio de reclutamiento y movilización, así como lo relacionado a las exenciones para la prestación del servicio militar obligatorio, las cuales se establecen en su artículo 28 y cobija a i) clérigos y religiosos dedicados permanentemente a su culto, ii) condenados a penas que incluyan pérdida de derechos políticos si no están rehabilitados, iii) hijo único de hombre o mujer, iv) huérfano de padre o madre que sostenga a sus hermanos incapaces de sustentarse, v) hijo de padres incapacitados o mayores de 60 que vele por ellos, vi) hermano o hijo de muerto o inhabilitado durante la prestación del servicio militar obligatorio, vii) casados con vida conyugal, viii) inhábiles relativos o permanentes y ix) hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública fallecidos o inhabilitados. Exenciones que son en su análisis, las razones por las cuales el Estado no reconocía pensiones de sobrevivencia por la muerte de los soldados regulares, toda vez que no tenían una carga por la cual velar y por esto no era necesario incorporarlos. Esta Ley fue reglamentada a su vez por el Decreto 2048 de 1993<sup>54</sup>.

---

52 Diario Oficial No. 40451 del 18 de mayo de 1992

53 Diario Oficial No. 40777 de marzo 4 de 2003 "Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".

54 Diario Oficial No. 41071 de octubre 11 de 1993 "Por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1993 sobre el servicio de reclutamiento y movilización".

En 1998 se crea la Ley 447 de 1998, bajo el gobierno del Presidente Andrés Pastrana<sup>55</sup>, legislación que establece de forma novedosa, el otorgamiento de una pensión de sobreviviente a los beneficiarios de aquellos soldados regulares, que se encontraban en cumplimiento de su deber legal y constitucional.

Ya con el Decreto 1793 de 2000<sup>56</sup> se reglamenta el régimen de pensión para los soldados profesionales, sin embargo el mismo no es contemplado bajo los mismos parámetros del Régimen de Prestaciones Sociales establecido para los oficiales y suboficiales del Ejército, puesto que el artículo 39 del citado Decreto establece que el sistema contemplado para los soldados es el establecido en la Ley 100 de 1993<sup>57</sup> así “La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente Decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.” (Diario oficial No 44161, 2000), por consiguiente el porcentaje establecido para el aporte en pensión es del 4% y el 12% restante le corresponde a la Nación, los mismos porcentajes establecidos para los ciudadanos que no pertenecen a la Fuerzas Militares.

Si bien es cierto, y como se ha señalado a lo largo del presente capítulo las Fuerzas Militares cuentan con un régimen especial puesto que el desarrollo de su actividad no es compatible con el régimen establecido para el personal civil, por lo que no es razonable que tanto la Ley 131 de 1985 la cual reglamenta el servicio militar para los soldados voluntarios y el Decreto 1793 de 2000 que expide el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales, contemplen un

---

55 Andrés Pastrana Arango; nacido en Bogotá el 17 de agosto de 1954; un abogado y político, Presidente de la República entre 1998 y 2002.

56 Diario oficial No 44161 del 14 de septiembre de 2000 “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

57 Diario Oficial No. 41148 del 23 de diciembre de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”



régimen diferente al de los oficiales y suboficiales puesto que los soldados profesionales cumplen el mismo deber constitucional para con la Nación, siendo este compatible con la actividad desarrollada por estos.

Ahora bien, el mismo Decreto 1793 de 2000 establece que en caso de que el soldado profesional ascienda a suboficial continuará bajo el régimen prestacional contemplado en la Ley 100 de 1993, lo que está en contra del principio de la igualdad, puesto que dicha estipulación es discriminatoria en tanto que el soldado profesional que es ascendido al rango de suboficial entraría a cumplir las labores propias del rango asumiendo los riesgos contemplado durante el servicio.

Sin embargo no se contempla una asignación de retiro lo que se asemeja a una pensión de vejez, hasta el año 2000 con el Decreto 1793 de 2000 se reglamenta la pensión para los soldados profesionales sin embargo resulta violatoria del derecho a la igualdad puesto que se disponen las condiciones establecidas en el Régimen Común de la Ley 100 de 1993, es por ello que con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 se derogan dichas disposiciones y se reconoce finalmente un régimen prestacional para los miembros de las Fuerzas Militares incluyendo a los soldados.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley Marco 923 de 2004 por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, la cual es desarrollada y ejecutada por el Decreto Reglamentario 4433 de 2004<sup>58</sup> en el que son incluidos los soldados profesionales en el régimen especial de los miembros de la Fuerza Pública quedando derogado el Decreto 1793 de 2000,

---

58 Diario Oficial No. 45778 del 31 de diciembre de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

respondiendo así con el principio de igualdad, puesto que el deber desarrollado por estos es ejercido bajo la misma labor constitucional de los oficiales y suboficiales.

En el Decreto 4433 de 2004 se contempla en el artículo 16 la asignación de retiro para los soldados profesionales, los cuales para acceder a dicha prestación deberá cumplir con 20 años de servicio al igual que los oficiales y suboficiales “Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio (...)” (Diario Oficial 45.778, 2004), requisito que no es contemplado en la Ley 100 de 1993 régimen anteriormente aplicable a los soldados y que como se señaló anteriormente no es compatible con la actividad desarrollada en servicio activo.

Como se puede observar a lo largo del presente capítulo, las prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares han tenido una evolución tardía respecto de los soldados ya sean voluntarios, regulares o profesionales, puesto que desde la creación de los Montepíos Militares dicho sector del ejército no era incluido en tal sistema.

Aún y con los mencionados desarrollos normativos en materia de cumplimiento del deber constitucional de la prestación del servicio militar obligatorio, no fue sino hasta la expedición de la Ley 447 de 1998 cuando se establecieron prestaciones a favor de los familiares de los soldados regulares que habían fallecido en combate o por acción directa del enemigo, postulados que se mantienen vigentes y establecen el pago de una pensión de sobreviviente equivalente a un salario y medio mínimo mensual legal vigente, cuando la muerte ocurra bajo las causas descritas.

Las disposiciones sobre el servicio militar obligatorio vigentes hasta el momento, fueron derogadas por la actual Ley 1861 de 2017<sup>59</sup> que se encarga de regular todo en esta materia, la cual

---

59 Diario Oficial No. 50315 del 4 de agosto de 2017. Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización

prevé, amnistía para remisos, reducción del tiempo de servicio de 24 a 18 meses y limite a la cuota de compensación militar, de igual forma la norma contempla al término de la prestación del servicio militar el derecho al cómputo del tiempo de servicio para efectos de cotización de una pensión de vejez o de invalidez y de cesantías, dichos beneficios amplían las garantías prestacionales para aquellos ciudadanos colombianos que alcanzaron su mayoría de edad y tienen el deber legal y constitucional de definir su situación militar.

## Capítulo II

### Análisis Jurisprudencial

Las prestaciones sociales para los miembros de las Fuerzas Militares han tenido una evolución bastante larga más específicamente para los soldados quienes en un principio no eran incluidos en el régimen prestacional especial como se observó en el capítulo, partiendo de ello analizaremos la importancia del procedimiento y procedencia que tiene la jurisprudencia como fuerza vinculante en la toma de decisiones y pronunciamientos de la administración en Colombia, mostrando el desarrollo que ha tenido la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, frente al problema jurídico que se plantea, sobre si es necesario una sentencia de unificación respecto del reconocimiento de pensión por muerte de los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

Para desarrollar el problema jurídico y con fundamento en los diferentes pronunciamientos sobre el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente para los beneficiarios de los soldados regulares que mueren en combate conforme al artículo 1<sup>60</sup> de la Ley 447 de 1998 y el tratamiento que se le ha dado respecto de la vulneración del principio de igualdad y el derecho a las seguridad social, determinaremos cuáles han sido las reglas jurídicas aplicables a los diferentes casos en los que es negada dicha prestación social en primer lugar por la oficina de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional.

---

60 ARTICULO 1o. MUERTE EN COMBATE. A partir de la vigencia de la presente Ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta Ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (11/2) mínimo mensuales y vigentes.

Conforme a lo anterior veremos cómo se da la aplicación del principio de favorabilidad respecto de los soldados regulares fallecidos antes de la Ley 447 de 1998, toda vez que la principal causa de la negativa de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de estos, es que dicha Ley no los acoge ya que esta ópera a partir de su promulgación<sup>61</sup> esto es el 23 de julio de 1998, por tanto la norma que se ha venido aplicando para dichos casos es el Decreto 2728 de 1968<sup>62</sup>, el cual si bien es cierto consagra el ascenso póstumo al grado de cabo segundo no establece una pensión de sobreviviente si no una compensación por muerte equivalente a 48 meses de los haberes de dicho grado conforme al artículo 8 el cual establece:

“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.” (Diario Oficial No. 32.721 , 1968)

Por tanto, lo que genera dicho artículo es una desigualdad respecto de los soldados regulares que fallecen después de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, se hace necesario ver como la jurisprudencia ha analizado la aplicabilidad de estas dos normas para un mismo supuesto fáctico y cuando estas son susceptibles de dos o más interpretaciones para un mismo caso.

---

61 ARTICULO 11. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

62 Diario Oficial No. 32.721 de 26 de febrero de 1969 “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”

**En primer lugar**, analizaremos la **Sentencia: T-1043 de 2012** del Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla del 30 de diciembre de 2012 de la Corte Constitucional, la cual tiene su origen en la acción de tutela interpuesta por la señora Luz Edilia Penagos Hoyos quien actúa en nombre propio y representación de su hijo menor de edad Brayner Estrada Penagos, en contra del Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Los hechos se originan ante la negativa del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente el soldado regular Juan Camilo Estrada Carmona, a favor de la actora y de su hijo menor de edad por parte del Ministerio de Defensa Nacional, la cual no fue otorgada porque el occiso falleció el 16 de octubre de 1997, antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998.

Juan Camilo Estrada Carmona ostentaba la calidad de soldado Regular de la Fuerzas Militares para la fecha de los hechos y quien fue ascendido póstumamente al grado de cabo segundo, razón por la cual no tendría en principio derecho a las prestaciones consagradas en el Decreto 1211 de 1990<sup>63</sup>, sino únicamente a las relacionadas en el Decreto 2728 de 1968, sustento jurídico utilizado tanto por Tribunal Administrativo Sala Segunda de Decisión de Antioquia como por Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín, este último el cual argumento lo siguiente:

“(…) tenemos que para adoptar la decisión impugnada, el despacho consideró que por haber ocurrido el fallecimiento del señor Juan Camilo Estrada Carmona, compañero permanente de la demandante, en vigencia

---

63 Diario Oficial No. 39.406, de 8 de junio de 1990 MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

del Decreto 2728 de 1968, ésta última y su menor hijo no tenían derecho a la pensión de sobrevivientes.<sup>64</sup>

(M.P Nilson Pinilla Pinilla , 2012)

Teniendo en cuenta lo anterior vemos que el problema jurídico que se deriva de los hechos de la Sentencia: T-1043 de 2012, es si se vulneró el derecho al debido proceso de la señora Luz Edilia Penagos Hoyos y de su hijo menor, al no dar aplicación al principio de favorabilidad tanto por el Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín como por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, quienes negaron la pensión de sobrevivientes debido a que el soldado regular Juan Camilo Estrada Carmona falleció antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998; estando vigente el Decreto 1211 de 1990, que otorga la pensión de sobreviviente a los oficiales y suboficiales fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, siendo esta la condición que permite aplicar el principio de igualdad respecto de los soldados regulares muertos bajo las mismas circunstancias y ascendidos a suboficial.

En el presente caso la pensión de sobreviviente no solo busca garantizar el derecho a la seguridad social de la accionante y su hijo menor de edad, sino que además dicha prestación busca la protección del núcleo familiar para los beneficiarios que compartían su vida con el causante, ello con el fin de que tengan los recursos necesarios para vivir en condiciones dignas, al respecto la Corte ha dicho

“La sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado, que al desconocerse puede significar en una evidente desprotección y posiblemente a la miseria.” (M. P. Antonio Barrera Carbonell., 1999)

---

64 En abril 10 de 2012, el juzgado anteriormente referido solicitó que se declare improcedente la acción de tutela al considerar (fs. 37 y 38 ib.). Sentencia T-1043-12 Magistrado sustanciador: NILSON PINILLA PINILLA, del 03 de diciembre de 2012.

Por tanto, dicha prestación económica no solo garantiza una subsistencia digna de los beneficiarios sino que también el derecho al mínimo vital, ello cuando no se cuenta con la capacidad económica para el sostenimiento del núcleo familiar, por tanto es necesario analizar si el Decreto 2728 de 1968, el cual fue el aplicado para el caso del soldado regular Juan Camilo Estrada Carmona tanto en primera como en segunda instancia, es violatorio del derecho a la igualdad y al principio de la condición más beneficiosa respecto del Decreto 1211 de 1990, el cual contempla el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Al respecto, encontramos que el Decreto 2728 de 1968 contempla un pago de cuarenta y ocho meses de los haberes correspondientes al grado de cabo segundo, el cual le es otorgado a los soldados que fallecen por accidente causado en misión del servicio, y al pago doble de la cesantía<sup>65</sup>, contrario sensu el Decreto 1211 de 1990 sí reconoce la pensión de sobrevivientes a favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública<sup>66</sup>, respecto a este último la Corte Constitucional en la sentencia analizada T-1043 de 2012 y en aplicación de los derechos a la seguridad social a la dignidad humana y al principio de igualdad se dispuso el reconocimiento dicha prestación a favor de los beneficiarios del soldado regular que es ascendido póstumamente al grado inmediatamente superior por haber fallecido en combate o por acción directa del enemigo.

Ahora bien, si es cierto las dos normas contemplan el ascenso póstumo, discrepan respecto de las prestaciones sociales a las que tendrían derecho los beneficiarios del causante, lo que no resulta coherente toda vez que así como los soldados regulares cumplen con su deber constitucional y procuran el sostenimiento de la soberanía e integridad del territorio nacional al igual que los oficiales y suboficiales, estos no tienen derecho a la pensión de sobrevivientes si no a una

---

65 Artículo 8° del Decreto Ordinario 2728 de 1968

66 Artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990



compensación por muerte, lo que termina siendo una violación al derecho a la igualdad y un vacío legal respecto del Decreto 2728 de 1968.

Al respecto, en el presente caso la Corte entra a analizar en concreto si le asiste o no el derecho a la pensión de sobreviviente a la señora Luz Edilia Penagos Hoyos y de su hijo menor y para ello cita al Consejo de Estado respecto de la aplicación del Decreto 2728 de 1968 y el Decreto 1211 de 1990.

“(…) de conformidad con el artículo 4<sup>67</sup> de la Constitución Política, el Consejo inaplicó el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados regulares muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicó el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 (…)” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011)

Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 185 si reconoce el derecho a la pensión de para los oficiales y suboficiales, es precisamente la inobservancia del principio de favorabilidad la que llevo a que Juzgado 18 Administrativo del Circuito de Medellín así como la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia a negar la pensión de sobreviviente, al respecto la Corte ha manifestado: “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones (…)” ( M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra., 2005).

---

67 *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

Teniendo en cuenta lo anterior la Corte decide sobre el caso en concreto en Sala de Revisión, aduciendo que

“(…) la finalidad de la norma aludida es proteger la familiar del soldado fallecido cuando se encontraba prestando el servicio militar oficial, con el objetivo que los integrantes no queden desamparados, por lo que se debe aplicar el beneficio pensional dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados regulares que prestando el servicio militar y fallecen en actividad de tal servicio.”

(Magistrado NILSON PINILLA, 2012)

Conforme a lo anteriormente expuesto por la Corte vemos que en aplicación del principio de favorabilidad, no existe razón por la cual la familia del soldado regular fallecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 no tenga el mismo derecho que los oficiales y suboficiales que cumplen el mismo deber constitucional, por lo que el no reconocimiento de dicha prestación estaría en violación directa del derecho a la igualdad, es por ello que la Sala para el caso analizado aplica el artículo 185, literal a) del Decreto 1211 de 1990, como consecuencia ordena el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente para la señora Luz Edilia Penagos Hoyos e hijo menor, en virtud a una interpretación teleológica de la legislación en cuanto al fin último de la norma el cual es la protección de la familia concordante con un estudio del principio de favorabilidad y en aras de reconocer la condición más beneficiosa.

**En segundo lugar,** analizaremos la Sentencia con radicado interno **No 1020 - 2010** del 2 de agosto de 2012 del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Señora Alicia Òsuga Valderrama, quien actúa en representación de su hijo menor Alejandro Gaviria Usuga, contra la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia del 20 de enero de 2010, por

medio de la cual “(...)se declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte accionada y negó las súplicas de la demanda (...)” (C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Como antecedente tenemos que la accionante interpuso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que el Tribunal Administrativo de Antioquia declarara la nulidad del siguiente acto:

“Oficio No. 378825 JEDEH-DIPSOF-PET-177-E de 22 de octubre de 2001, suscrito por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada como consecuencia de la muerte del Cabo Segundo (póstumo) León de Jesús Gaviria Varela.” (C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Conforme a lo anterior, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a título de restablecimiento del derecho en favor de su hijo menor, ello como consecuencia del fallecimiento en combate del soldado voluntario León de Jesús Gaviria Varela quien fuera ascendido póstumamente al grado de Cabo Segundo, teniendo en cuenta que el Ministerio de Defensa Nacional no les reconoció dicha prestación.

En este caso se analiza el evento de muerte de un soldado voluntario, toda vez que del estudio del proceso se puede evidenciar que se busca proteger el derecho de todos los soldados fallecidos bajo lo establecido en el Decreto 2728 de 1968, ya que el mismo no hacía una diferenciación en su contenido sobre la calidad que debía tener el occiso para acceder a sus beneficios; consecuentemente a esto se encuentra el derecho adquirido por el acenso póstumo obteniendo la calidad suboficial y bajo el principio de la condición más beneficiosas tendrían acceso a las prestaciones contempladas en el Decreto 1211 de 1990.

Es preciso observar los argumentos utilizados en la sentencia de primera instancia por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, con los cuales desestimo las excepciones de la accionante y negó las suplicas de la demandan que buscaban el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, por lo que argumenta que los soldados voluntarios no tienen derecho a las mismas prestaciones sociales que los soldados profesionales, suboficiales u oficiales, manifestando que:

“El soldado voluntario no ejerce una prestación exigible coerciblemente, sino por su propia iniciativa, con el fin de obtener un lucro o ingresar, posteriormente, a las fuerzas regulares profesionales, suboficiales u oficiales, ni puede exigírsele al Estado las mismas garantías ofrecidas a aquéllos, toda vez que son cargos remunerados, con prestaciones sociales y no es el Estado quien les exige su servicio”. (C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Por lo que, en razón a lo anterior el Tribunal no reconoce las prestaciones sociales del soldado voluntario León de Jesús Gaviria Varela quien falleció en combate y fue ascendido póstumamente al grado de cabo segundo, puesto que ya se dio aplicación al régimen establecido para estos, concluyendo así “(...) no es posible reconocer “prestaciones sociales correspondientes a otros tipos de vinculación con las Fuerzas Militares”.” (C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Dicha decisión tomada por el Tribunal en primera instancia sería violatorio del principio a la igualdad y al derecho fundamental por conexidad a la seguridad social del beneficiario del soldado voluntario, puesto que falleció bajo las mismas condiciones establecidas en el Decreto 1211 de 1990 para oficiales y suboficiales, esto es en combate y como consecuencia del deceso bajo dichas circunstancias es ascendido póstumamente al grado de cabo segundo por principio de igualdad y de unidad de materia, no se le debería aplicar la misma de un soldado voluntario sino la correspondiente a un suboficial, ahora bien la prestación social de la pensión de sobreviviente

como se analizó en la sentencia anterior busca la protección del núcleo familiar, puesto que se busca el amparo de los familiares que dependían económicamente del causante, análisis que no estuvo en consideración por parte del fallador de primera instancia que se limitó a la aplicación taxativa de la norma.

Es por lo anterior, y en aras de garantizar por su íntima relación con otros derechos fundamentales que pueden verse afectados con su desprotección, el derecho fundamental a la seguridad social, del beneficiario del soldado voluntario, que por principio la condición más beneficiosa se le debió aplicar por parte del Tribunal el Decreto 1211 de 1990 teniendo en cuenta, que dicha norma contempla la pensión de sobreviviente para los oficiales y suboficiales, toda vez que con el ascenso póstumo otorgado por el Decreto 2728 de 1968 adquiere la calidad de suboficial.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado entra analizar la postura tomada por parte del Tribunal y con ello plantea el problema jurídico en el sentido de si se debe reconocer la pensión de sobreviviente al beneficiario del fallecido puesto que como manifestó el fallador de primera instancia al momento del deceso el causante ostentaba la calidad de soldado voluntario quien murió en acción directa del enemigo.

El caso en cuestión difiere de la sentencia anteriormente analizada puesto que, si bien es cierto el soldado voluntario falleció en vigencia de la Ley Ordinaria 447 de 1998, también lo es que dicha norma solo aplica para los soldados regulares quienes prestan el servicio militar obligatorio y fallecen en combate o por acción directa del enemigo, por lo que dentro de esta sentencia miraremos la aplicación del Decreto 2728 de 1968 frente al Decreto 1211 de 1990 bajo el principio de la condición más beneficiosa.

Es así como la Sala entra a analizar las normas aplicables para el caso del reconocimiento de la pensión de sobreviviente teniendo en cuenta el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, partiendo por señalar el fin último de dicha prestación.

“(…) la pensión de sobrevivientes se encamina a proteger el núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, en razón a las especiales relaciones de afecto, convivencia y dependencia económica existentes entre ellos, las cuales ameritan una previsión especial con el objetivo de impedir el futuro desamparo de dichas personas (…)”

Como ya se indicó en la sentencia anterior y así lo confirma el Consejo de Estado en el presente caso la pensión de sobreviviente busca la protección del núcleo fundamental de la sociedad que es la familia con el fin de que no quede desprotegida puesto que en el caso el menor dependía económicamente del soldado voluntario, y es quien vería desmejorada tanto su económica como su seguridad social con el deceso de su padre ya que se le reconoció las prestaciones sociales establecidas en el Decreto 2728 de 1968 el cual contempla una compensación por muerte a los beneficiarios de los soldados fallecidos en combate o por acción directa del enemigo, más no la pensión de sobreviviente, desconociendo el estatus adquirido de suboficial.

Por lo que encuentra el Consejo de Estado una violación al derecho a la igualdad en la aplicación del Decreto 2728 de 1968 respecto del Decreto 1211 de 1990 al manifestar que:

“(…) resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones 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.” (C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Es así como, en aras de garantizar el derecho a la igualdad, a la seguridad social y la protección del núcleo familiar del soldado y por principio de favorabilidad se debe dar aplicación al Decreto 1211 de 1990, en el sentido que dicha norma no solo contempla el ascenso póstumo para el caso de los militares que fallecen en combate sino también el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

Es por lo anterior, y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado es que la Sala conforme a lo establecido en el artículo 4<sup>68</sup> de la Constitución Política la cual es norma de normas y en la que podemos encontrar los principios fundamentales del Estado social de derecho como lo es el de favorabilidad, es que decide para el caso:

“(…) la Sala en el caso concreto inaplicará el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y, en su lugar, aplicará el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990(…)”  
(C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

En aplicación de los principios fundamentales de un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, no resulta lógico que no se otorgue la pensión vitalicia a los causahabientes del soldado voluntario ascendido póstumamente a cabo segundo y quien falleció en combate ya que vulnera los derechos a la igualdad y a una vida digna, puesto que la muerte ocurrió en actos propios del servicio y por tanto el Consejo de Estado resuelve dar aplicación al artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 a favor de los familiares del soldado.

---

68 ARTICULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.  
Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

**En tercer lugar,** analizaremos la Sentencia con radicado interno **No 2161-2009** del 7 de julio de 2011 del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, contra la sentencia del 16 de julio de 2009 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al accionante Evadías Pérez Villalba.

Como antecedentes del caso tenemos que el señor Evadías Pérez Villalba padre de soldado regular Alfredo Evadías Pérez Villalba interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo emitido por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército el cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, acción que fue despachada de forma favorable por el Tribunal Administrativo de Sucre el cual mediante sentencia del 16 de julio de 2009 concede las pretensiones del accionante al señalar en principio “ (...) que la muerte del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar no da lugar al reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia (...)” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011) puesto que la disposición normativa aplicable es el Decreto 2728 de 1968 el cual indica que se tiene derecho al ascenso póstumo y al pago de 48 meses de los haberes correspondientes en este caso al del grado de cabo segundo.

Sin embargo, el Tribunal no da aplicación al Decreto 2728 de 1968, puesto que la aplicación taxativa de dicha norma únicamente le otorgaría el ascenso póstumo al grado de cabo segundo pero no el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios del causante y como se ha indicado en los pronunciamientos anteriores dicho Decreto es violatorio del derecho a la igualdad y a la seguridad social puesto que desampara a los supérstites soldados regulares que fallecen con anterioridad a la Ley 447 de 1998.



Es por lo anterior que el a quo considera que se debe reconocer la pensión de sobreviviente en el sentido de que:

“(…) el Decreto 1211 de 1990 reconoce a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y sus familias, además del ascenso póstumo y las prestaciones sociales, una pensión de sobreviviente teniendo en cuenta la totalidad del tiempo que hubieran permanecido vinculados a la respectiva fuerza.” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011)

La negativa de dicha prestación por parte de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional como se ha visto a lo largo de este análisis jurisprudencias, genera un desgaste en la administración de justicia puesto que no se entiende justificado que existe discrepancia entre el Decreto 2728 de 1968 y el Decreto 1211 de 1990, puesto que en razón al derecho fundamental a la igualdad y en aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral se debe dar aplicación a este último que cumple con la garantía de protección del núcleo familiar.

Ahora bien, el problema jurídico que se plantea en el presente caso es si el accionante padre del Soldado Alfredo Evadías Pérez Tovar quien falleció en combate<sup>69</sup>, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente.

Acude la Sala a manifestar que “La muerte constituye una contingencia del sistema de seguridad social, en cuanto la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo.” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011), y como se ha señalado anteriormente el legislador con el fin de atender a dicha

---

69 1 **Hecho 2 de la demanda.** “El soldado Alfredo Pérez Tovar, se desempeñó durante todo el tiempo como soldado, esto es, como servidor del Estado Colombiano, hasta el día de su fallecimiento en acto especial del servicio, como fue haber ocurrido su muerte en combate con la guerrilla, (...)” (fl. 2)

**Respuesta de la entidad demandada:** “Es cierto que el Soldado Alfredo Pérez Tovar, falleció por razones propias del servicio; cuando se encontraba librando fuertes combates con miembros de la guerrilla (...)”. (fl. 36).

contingencia y en procura de la protección y el no desamparo de la familia que dependía económicamente del causante dispuso la pensión de sobreviviente con el fin de que los beneficiarios tengan una vida digna.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala al igual que lo hizo el Tribunal indica que Decreto 1211 de 1990 en su artículo 189 contempla el ascenso póstumo y el pago de una pensión de sobreviviente en favor de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, así:

“(…) 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:

- a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.
- b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.
- c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.
- 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.”. (Diario Oficial No. 39.406 , 1990)

Como se observa en el artículo citado del Decreto 1211 de 1990, las prestaciones otorgadas a los beneficiarios de los oficiales y suboficiales discrepan de las reconocidas por el Decreto 2728 de 1968 a pesar de que los militares fallecen bajo las mismas circunstancias, generándose un trato discriminatorio respecto de los sobrevivientes de los soldados regulares muertos en actos del servicio, por lo que la Sala analiza que tal trato diferenciado es dado como consecuencia de 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 reivindican como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente.(...) (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011).

En tal sentido, es necesario realizar una interpretación integral del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de que cada persona goza de los mismos derechos sin distinción alguna y por tanto se debe dar aplicación en conjunto con el artículo 48 el cual garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y de los principios de universalidad con el fin de que tanto las autoridades administrativas como judiciales promuevan y respeten los derechos fundamentales de las personas, de igual forma el principio de solidaridad en cabeza del Estado con el fin de que se dé cumplimiento a los fines esenciales del Estado Social de Derecho y se logre una interpretación de la norma en conjunto que en desarrollo del principio de favorabilidad se busque la situación favorable para el trabajador logrando las condiciones de vida dignas y la protección del núcleo de la sociedad.

Es así, que la Sala en un análisis de los criterios anteriormente descritos estima que: “(...) no existe justificación válida para que a los beneficiarios de los soldados regulares que vienen prestando sus servicios a la Fuerza Pública, y fallezcan en desarrollo de actos propios del servicio, no les sea reconocida una pensión de sobreviviente (...)” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011),

por lo que en aplicación de los principios de condición más beneficiosa, favorabilidad e igualdad material y a los derechos a una vida digna y la seguridad social, la Sala en el caso concreto no aplica el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 que como ya se ha mencionado en los fallos anteriores no contempla una pensión de sobreviviente en favor de los beneficiarios de los soldados fallecidos en combate y como consecuencia aplica lo dispuesto en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 toda vez que la norma establece dicha prestación social, en tal sentido concluye la Sala que:

“(…) resulta acertada la decisión del Tribunal de inaplicar en el caso concreto el Decreto 2728 de 1968 toda vez que cómo quedó visto, el artículo 8 ibídem vulneró abiertamente los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del señor Evadías Pérez Villalba, en su condición de padre del soldado regular Alfredo Evadías Pérez Tovar, en tanto no contemplaba la posibilidad de reconocerle a su favor una pensión de sobreviviente.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de 16 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.” (C.P Gerardo Arenas Monsalve, 2011)

**En cuarto lugar,** analizaremos la **Sentencia T-393 de 2013** de la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, por medio de la cual se escogió la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Carlos Miranda Muñoz en contra del Ministerio de Defensa Nacional, el cual negó la pensión de sobreviviente a la que tendría lugar por el fallecimiento de su hijo Luis Carlos Miranda Ibáñez quien para la fecha del deceso era soldado voluntario.

La Ley 131 de 1985 contempla el régimen aplicable para los soldados voluntarios, condición que ostentaba el hijo del accionante, así las cosas, en principio no tendría derecho a las prestaciones de un soldado regular, profesional, suboficial u oficial puesto que su vinculación difiere de los

anteriores, sin embargo, con el Decreto 1793 de 2000 se profesionalizó a los soldados voluntarios permitiendo el acceso a la seguridad social por medio de la Ley 100 de 1993, por lo que se analizará bajo el principio de la condición más beneficiosa cual norma se debe aplicar, si el Decreto 1211 de 1990 o la Ley 100 de 1993.

Como antecedente del caso tenemos que el señor Luis Carlos Miranda Muñoz mediante Resolución No. 01879 del 11 de mayo de 2000 del Ejército Nacional recibió una compensación por la muerte de su hijo en combate el 14 de agosto de 1998, fecha en la cual se debió dar aplicación al Decreto 1211 de 1990 el cual como lo hemos manifestado en los casos anteriores contempla la prestación económica de sobreviviente para los miembros de las Fuerzas Militares, con el fin de garantizar unas condiciones mínimas de vida y sostenibilidad para aquellas personas que dependían económicamente del causante y no ver afectado su mínimo vital y la seguridad social de estas, toda vez que al momento de los hechos y al aplicarse lo dispuesto en el Decreto 2728 de 1968 respecto al ascenso póstumo, adquiriría el estatus de suboficial y con esto las garantías contempladas en el Decreto 1211 de 1990.

En este caso particular, el demandante solicita le sea reconocida la pensión de sobreviviente en razón a que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por lo que nos detendremos a analizar dicha pretensión y decimos que la razón principal por la que el solicitante afirma tener derecho en razón del citado artículo es porque “(...)el causante había cotizado más de 26 semanas en el último año laborado.” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013).

Al respecto encontramos que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 contempla los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, el cual señala:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento” (Diario Oficial 41.148 , 1993)

Respecto de los requisitos anteriormente referidos debemos aclarar que para la actualidad la cantidad de semanas cotizadas se encuentra en veintiséis (26); en el caso hallamos que el accionante cuenta con 90 años edad, lo que lo hace un sujeto de especial protección por parte de Estado requisito que como bien lo señala el numeral primero del citado artículo cumple el padre del causante, ahora bien se observa que de igual forma cumple con el tiempo de cotización ya que el causante presto el servicio durante 7 años aproximadamente, por lo que en principio tendría derecho a dicha prestación social solicitada, sin embargo teniendo en cuenta la calidad de soldado voluntario que ostentaba su hijo al momento del decesos dicha norma si bien le puede ser aplicable ya que cumple con los establecido, también lo es pertenece a un régimen especial, en este caso el establecido en el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004<sup>70</sup>, por lo que la Corte tendría que entrar a determinar cuál es la normatividad aplicable más beneficiosa para el caso.

Ahora bien, al respecto se pronunció la Procuraduría 164 Judicial Delegada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba entidad vinculada al proceso y manifestó:

---

70 Diario Oficial No. 45778 del 31 de diciembre de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”

“En cuanto a los derechos pensionales que se reclaman, señala que se debe negar la tutela ya que el régimen aplicable en este caso no es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sino las normas especiales consagradas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013)

Argumento de la Procuraduría con el cual discrepamos puesto que la petición no está mal fundamentada al solicitar lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 ya que si bien en principio el sistema alegado es incompatible con el régimen prestacional especial determinado para las Fuerzas Militares que cumplen con un deber constitucional y legal específico que conlleva a un riesgo mayor que el del común de los ciudadanos, también lo es que por principio de favorabilidad se podría aplicar un régimen deferente al establecido para los miembros de las fuerzas militares, al respecto en un caso similar el Consejo de Estado ha dicho:

“Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 1213 de 1990, pues sin duda alguna, si el causante cumplía los requisitos para ser acreedor a la pensión de sobrevivientes contemplada en el régimen general y no las previstas en el régimen especial, resulta forzoso concluir que, en aras al principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, sus beneficiarios tienen derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993, desde luego, si reunían las condiciones para ello.” (CP. Guatavo Eduardo Gomez Aranguren, 2008)

Sin embargo, dicho argumento no es tenido en cuenta por el por el Tribunal Administrativo de Córdoba el cual decide amparar el derecho fundamental a la petición puesto que “(...)las respuestas emitidas por la entidad demandada son dilatorias y no resuelven de fondo la petición realizada(...)” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013), ya que después de transcurrido seis meses de la solicitud la misma no ha sido resulta de fondo por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

Respecto de la protección a los derechos fundamentales a seguridad social y al mínimo vital el fallador de primera instancia no accede a la protección de los mismos por cuanto manifiesta que “(...)no es procedente acceder a su protección en la medida en que no se encuentra justificado el largo tiempo transcurrido entre el momento en que se genera el derecho y la reclamación del mismo.” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013), lo que no resulta lógico puesto que se trata de una persona de la tercera edad que es viudo, no cuenta con más hijos y carece de recursos económicos para obtener una vida digna, desconociendo no solo los derechos fundamentales sino también los fines esenciales del Estado Social de Derecho establecidos en el artículo 2 de la Constitución Política<sup>71</sup> como lo es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos, deberes y la protección de las personas, lo que a su vez resulta irónico en el sentido que el Tribunal reconoce que tratándose de una persona de la tercera edad no debe someterse a trámites ante la jurisdicción ordinaria para la protección de su derecho a la seguridad social.

Ante la impugnación presentada por el accionante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió:

“(...) confirmar lo decidido en primera instancia, al considerar que la controversia sobre la pensión de sobrevivientes la debe resolver el juez natural de la materia y, por ende, la acción de tutela no es la vía adecuada para solicitar el reconocimiento de la mencionada prestación (...)” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013)

---

71 ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Por lo que a pesar de lo manifestado por el Tribunal en el sentido que es al ser una persona de la tercera edad resultaría gravoso someterlo a la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado discrepa de ellos al sugerir que el accionante está en la posibilidad de recurrir el acto administrativo que le negó la pensión de sobreviviente por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, entra la Corte Constitucional a través de la Sala Cuarta de Revisión a resolver el problema jurídico planteado en el sentido de, si se vulneró o no los derechos fundamentales alegados por el señor Luis Carlos Miranda Muñoz a la seguridad social y al mínimo vital como consecuencia de la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y a su vez analizará la viabilidad de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

La Sala parte por mencionar el precepto constitucional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política el cual contempla el derecho fundamental a la seguridad social y manifiesta que al ser “(...) un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad.” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013).

Como se ha analizado en las anteriores sentencias y en miras de la protección del núcleo fundamental de la sociedad y de la garantía al mínimo vital y a una vida digna de las personas es que el legislador estableció la pensión de sobreviviente con el fin de no desamparar económicamente a las personas que dependían del causante.

Ahora bien, respecto de cual régimen se debe aplicar para el caso en cuestión la Corte argumenta que si bien es cierto el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 contempla la prestación social a la pensión

de sobreviviente el cual es aplicado a la generalidad de las personas, también lo es que la Constitución Política en lo referente al marco normativo de las prestaciones sociales para las Fuerzas Militares de Colombia contempla en su artículo 217 un régimen especial prestacional previsto en el artículo 150 de la Carta, numeral 19 literal e “e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Es por lo anterior que se expide el Decreto 1211 de 1990 el cual como ya se ha mencionado contempla las prestaciones sociales y económicas por causa de muerte de los oficiales y suboficiales.

En tal virtud y como se señaló en la parte superior corresponde a la Corte determinar cuál es la Ley más favorable para el caso en concreto ello teniendo en cuenta que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 así como los contemplado en el Decreto 1211 de 1990 por lo que concluye la Sala que “(...) el Decreto 1211 de 1990 resulta más beneficioso debido a que el monto que recibiría por concepto de pensión es más alto.(...)” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte observa la eventual vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Luis Carlos Miranda Muñoz por parte del Ministerio de Defensa Nacional, puesto que no reconoció la pensión de sobreviviente aun cuando tenía derecho conforme a lo establecido en el Decreto 1211 de 1990 puesto que su hijo falleció el 14 de agosto de 1998 fecha para la cual la norma se encontraba vigente.

Bajo el argumento anteriormente descrito la Corte ordena al Ministerio de Defensa Nacional, entidad demandada el:

“(...) reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de Luis Carlos Miranda Muñoz de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, desde el momento de la causación del derecho y ordene el pago

únicamente de las mesadas no prescritas, esto es, las causadas dentro de los 3 años anteriores a la presentación de la acción de tutela.” (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2013)

**En quinto lugar**, analizaremos la Sentencia con radicado interno **No. 4826-2014** del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B por medio se resuelve el recurso de apelación impetrado tanto por la parte demandante en cabeza de los señores Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa padres del causante como por el demandado Ministerio de Defensa Nacional.

Para finalizar este análisis jurisprudencial, traemos la presente sentencia del Consejo de Estado por cuanto no solo trata del reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la muerte de los soldados en combate, sino también a diferencia de las anteriormente analizadas esta establece si corresponde o no realizar la devolución del valor de la compensación por muerte que inicialmente se le es otorgada a los beneficiarios de los soldados fallecidos en aplicación del Decreto 2728 de 1968 por parte de la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, tema que hasta el momento no se ha debatido.

Tenemos como antecedente que los padres del señor Wiltón Rodríguez Yande quien para la fecha del deceso esto es el 17 de marzo de 2000<sup>72</sup> se desempeñaba como soldado voluntario y quien fuera muerto en combate, interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo<sup>73</sup> que negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente

---

72 De acuerdo con el Informe Administrativo de 19 de marzo de 2000 visible a folio 7. Sentencia No. 660012333000201300432 01 del 28 de octubre de 2016, CP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Consejo de Estado.

73 Oficio OFI12-59707 MDSGDVBSGPS -1.10 de 25 de junio de 2012

y a su vez solicitaron que no se ordene el reembolso del dinero inicialmente pagado por el Ministerio de Defensa Nacional como compensación por la muerte de su hijo.

Como se señaló en el párrafo anterior, la fecha del deceso del soldado voluntario fue el 17 de marzo de 2000, momento para la cual ya se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, por lo que no se entiende porque el Ministerio de Defensa Nacional en cabeza de la Coordinación de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional negó la pensión de sobreviviente al aplicar el Decreto 2728 de 1968 normativa que vulnera los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y al principio de igualdad material, por lo que como se ha analizado en la sentencias anteriores en aplicación del principio de favorabilidad se debió dar aplicación al artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Al respecto el Tribunal Administrativo de Risaralda en aplicación del Decreto 1211 de 1990 declaró la nulidad del acto administrativo del Ministerio de Defensa Nacional y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de los accionantes en el entendido que como ya lo ha manifestado el Consejo de Estado en sentencia del Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

“(…) ha encontrado que entre las prestaciones 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 en las mismas circunstancias, existe un trato discriminatorio el cual es violatorio de las garantías constitucionales tales como la igualdad y la seguridad social.” (CP. Victor Hernando Alvarado Ardila, 2012)

Es así, que a lo largo de este análisis vemos que el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968 se adecua a la carta política y no hacerlo contraviene el principio de igualdad material y no garantiza el acceso

a la seguridad social, ya que de no hacerlo contendría en sí un trato discriminatorio respecto de los soldados a los que le es aplicado el Decreto 1211 de 1990 fallecidos en las mismas circunstancias, interpretado así por la jurisprudencia daría lugar a la violación directa del mínimo vital y el derecho a una vida digna de los causahabientes. Sin embargo, a pesar de que el Tribunal reconoce el pago de la pensión de sobreviviente también ordena descontar del monto liquidado en favor de los accionantes lo cancelado por concepto de compensación por muerte, no hay reparo si la mesada pensional se retrotrae a su liquidación a partir del deceso, permitiéndoles equilibrar el poder adquisitivo y siempre que no se dé una prestación adicional, evento en el cual no existe fundamento al recibo la compensación.

Respecto de lo anterior, se interponen los respectivos recursos de apelación tanto por la parte demandante como por la demandada, el primero en el sentido que la sentencia de primera instancia debe confirmarse de forma parcial por cuanto no se debe ordenar el descuento de la compensación ya pagada, y en segundo señala que la norma aplicable para el caso es el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990 “(...) ya que el ascenso póstumo se presentó juntamente después del fallecimiento.” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016), apreciación que resulta por parte del Ministerio de Defensa Nacional contraria a derecho, puesto que al ser ascendido póstumamente al grado de cabo segundo adquirió la calidad de suboficial razón por la cual no se le puede aplicar la normatividad dispuesta para los soldados voluntarios ya que el Decreto 1211 de 1990 reconoce la prestación solicitada para los oficiales y suboficiales del Ejército.

Se vincula al proceso a la Procuraduría Segunda Delegada ante dicha Corporación el cual analiza la sentencia emitida por el A-quo y concluye que se debe confirmar la sentencia en el sentido de que la norma aplicable para el caso en concreto es el Decreto 1211 de 1990 puesto que reconoce el pago de la pensión de sobreviviente y resultaría discriminatorio la aplicación del

Decreto 2728 de 1968, ello como ya lo ha manifestado tanto la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado esta última no se debe aplicar puesto que no protege el núcleo familiar y no garantiza el derecho fundamental a la seguridad social de los herederos del causante.

También afirma que “(...) la indemnización por muerte del suboficial o del oficial no es incompatible con la pensión de sobrevivientes, por ello no hay lugar a devolver las sumas que se pagaron por concepto de compensación.” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016), evento en el cual se verían desprotegidos los beneficiarios de quienes han muerto en combate ya que la norma previene una compensación, hecho que pretende desconocer el Ministerio de Defensa Nacional, indemnización que les permite vivir en condiciones de vida digna mientras se ven en la obligación de ejercer las acciones correspondientes para que les sean reconocidos sus derechos, carga que además deben soportar por la inaplicación del principio de favorabilidad por parte de la entidad accionada.

Conforme a las apelaciones presentadas por las partes se plantea el problema jurídico por parte del Consejo de Estado en el sentido de, si les asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a los padres del Soldado Voluntario Wiltón Rodríguez Yande muerto en combate el 17 de marzo de 2000 y en caso de su reconocimiento si estarían en la obligación de pagar el monto consignado por compensación.

El Consejo de Estado reitera la importancia de la protección del núcleo familiar en el sentido de que cuente con las condiciones mínimas para una vida digna, por lo que afirma que la finalidad de la pensión de sobreviviente es la de:

“(...) suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el empleado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016)

Ahora bien, las personas que tienen derecho a la pensión de sobreviviente son todas aquellas que dependían económicamente del fallecido por tanto el heredero que no dependa económicamente del causante no podrá reclamar dicha prestación es así que afirma el Consejo de Estado que “(...) todo beneficiario de pensión es también heredero del causante, pero los herederos no necesariamente son beneficiarios de pensión.” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016), es por tanto que los padres del Soldado Voluntario Rodríguez Yande ascendido póstumamente al grado de cabo segundo quienes se encontraban en una situación de dependencia de su hijo fallecido, son quienes en principio tienen el derecho de reclamar la respectiva pensión, siempre y cuando no existan beneficiarios con mayor derecho como el caso de concurrir hijos y cónyuge o compañera permanente.

En cuanto a si les asiste o no el derecho a la pensión de sobreviviente, el Consejo acoge lo señalado por el A-quo en el sentido que observa un trato discriminatorio por parte de Decreto 2728 de 1968 respecto del Decreto 1211 de 1990, puesto que a los causahabientes de los soldados fallecidos en las mismas circunstancias no se les reconocen las mismas prestaciones sociales, sin embargo las dos normas contemplan el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior, lo que permite confrontar las que difieren en el tiempo, con reconocimientos económicos que hacen inevitable para consolidar el principio de igualdad material se aplique la posterior legislación como un deber constitucional y legal, es por ello que el Consejo de Estado manifiesta:

“(...) esta Corporación ha concluido que en aras de efectivizar el derecho a la igualdad, así como proteger el núcleo familiar del soldado que fallece en combate, es viable aplicar el Decreto 1211 de 1990 con el objetivo de reconocer la pensión de sobrevivientes prevista en dicho régimen” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016)

Por otra parte, se analiza la solicitud de la parte demandante en el sentido de la imposibilidad de realizar la devolución de los dineros consignados por compensación de la muerte de su hijo, a lo que responde el Consejo de Estado al igual que la Procuraduría Delegada que no existe incompatibilidad en las normas ya que tanto

“(…) el Decreto 2728 de 1968 como el 1211 de 1990, se advierte que ambas normas son coincidentes en una indemnización que corresponde al reconocimiento de cuarenta y ocho meses (cuatro años) de haberes correspondientes al grado del fallecido y pago doble de las cesantías causadas (…)” (C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez, 2016)

Razón por la cual en Consejo discrepa de la decisión adoptada por el fallo de primera instancia puesto que al no haber incompatibilidad en las normas no se puede ordenar la devolución de los dineros ya reconocidos por compensación de la muerte del soldado voluntario, por consiguiente se ordenó revocar la sentencia parcialmente en el sentido que si les asiste el derecho a la pensión de sobreviviente a los accionantes punto que confirma el Despacho, pero revoca lo correspondiente al descuento de lo cancelado por compensación.

El problema jurídico que se ha venido planteado es la falta de reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley Ordinaria 447 de 1998 y como se pudo observar en el anterior análisis jurisprudencial, no solo se ha generado un desgaste en la administración de justicia sino una carga para los familiares, que al ser negado su derecho por la entidad administrativa encargada Ministerio de Defensa Nacional, se ven en la obligación de iniciar acciones de tutela y demandas de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que les sea reconocido su garantía.



Como quedo visto, el Decreto 2728 de 1968 no es garantista del derecho fundamental a la Seguridad Social y por el contrario desprotege el núcleo familiar generando un trato desigual respecto del Decreto 1211 de 1990 ya que si bien reconoce el ascenso póstumo, al desconocer la pensión de sobreviviente, afectando el mínimo vital ya que la compensación inicialmente reconocida no sustituye la prestación materia de investigación, es por ello que en razón al principio de favorabilidad deviene en aplicar lo reglamentado en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, puesto que dicho artículo si contempla dicha prestación económica que como ya quedo establecido fija la Corte Constitucional, el Consejo de Estado; su fin último es la de la protección de la familia en el sentido que supla el apoyo económico que recibía del causante y no desmejore su seguridad social, accediendo así a una vida digna.

Las jurisprudencias referidas en conjunto con el análisis realizado por los falladores para tomar sus decisiones y desarrollando en conjunto sus argumentos es oportuno enmarcar dentro de los aspectos tomados en cuenta por los fallos, la interpretación de la teoría de las cargas públicas, que hace referencia a las obligaciones a las que se someten los miembros de la fuerza pública que se encuentran en cumplimiento de la prestación del servicio militar obligatorio y como en tanto el Estado asigne la obligación de prestar el servicio militar, debe proteger la integridad psicofísica del soldado regular en la medida en que se trata de una persona que está sometida a su protección y cuidado, pues en ciertas circunstancias lo pone en una situación de riesgo, que en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean originados en relación con la ejecución de las cargas públicas.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al decir:

“La jurisprudencia constitucional ha destacado que las relaciones de los individuos entre sí, y de estos con el Estado, implica la imposición de cargas y el otorgamiento de beneficios y oportunidades en distintos ámbitos.

La Corte ha señalado que los órganos encargados de redistribuir estas cargas, beneficios y oportunidades, deben tomar en consideración las capacidades y necesidades de cada quien, las desigualdades imperantes en la realidad que pretenden regular, y los mandatos promocionales dispuestos por el constituyente en el artículo 13 superior, en armonía con los fines de la cláusula de Estado Social de Derecho.” (Corte Constitucional, 2013)

Particularmente y frente al tema específico de estudio, encontramos que, si bien la prestación del servicio militar es una obligación de carácter constitucional, debe tomarse en consideración que consecuencia del desequilibrio en las cargas públicas que se origina para quienes lo prestan, nace para el Estado la necesidad de responder por los daños que se ocasionen durante su ejercicio, en procura del bienestar general y observando la interpretación teleológica de las normas y los pronunciamientos del Consejo de Estado.

De esto se entiende que la creación de regímenes especiales de protección a los miembros de la Fuerza Pública y la especial protección y atención que han tenido los soldados regulares por parte de los operadores judiciales al decidir sobre su derecho a la pensión de sobreviviente antes de la ley 447 de 1998, es un desarrollo sensato de los fines del Estado, analizando estos desde su objeto final en la sociedad y retribuyendo de esta manera el desequilibrio generado por las imposiciones legales.

Ahora bien, la muerte en combate o por acción directa del enemigo de un soldado regular es una carga pública a la que se ven sometidos al momento de prestar el servicio militar obligatorio, que si bien como consecuencia del deceso son ascendidos póstumamente al grado de cabo segundo no tienen acceso a la pensión de sobreviviente de un suboficial puesto que no prestan 15 años o más de servicio, es por ello que bajo el principio de igualdad se debe reconocer la pensión de sobreviviente a los beneficiarios de estos, en el entendido de que la muerte ocurrió en actos propios

del servicio, requisito que los coloca en condiciones de igualdad respecto de los suboficiales fallecidos en las mismas circunstancias.

### **Capítulo III**

#### **Sentencia de Unificación**

Teniendo como antecedente los diferentes pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente para los soldados regulares fallecidos en combate o por acción directa del enemigo a los cuales en razón a la fecha de su deceso, esto es antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998 les es aplicado el Decreto 2728 de 1968 y no el Decreto 1211 de 1990 el cual si contempla dicha prestación, como se mencionó uno de los mecanismos a los que podrían acceder los beneficiarios de estos por extensión de la jurisprudencia contemplado en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, sin embargo el Consejo de Estado no cuenta con una sentencia de unificación que permita acceder a dicho recurso con el fin de evitar un desgaste en la administración de justicia y costos que deben soportar los accionantes al interponer demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, es por ello que el en desarrollo del presente capítulo estudiaremos los requisitos para una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado con el fin de mirar la viabilidad que genere una respecto del tema materia de estudio.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se regulan diferentes criterios que permiten que la igualdad no solo se limite al derecho enunciado en la Constitución, sino que se extienda como un principio que reconozca un trato igualitario en la aplicación de la Ley con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas y la aplicación de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, es por ello que es deber de los jueces interpretar las disposiciones normativas dadas por el legislador en conjunto al principio de favorabilidad a fin que no se dé un

trato discriminatorio en la aplicación de la Ley, que afecte los derechos de las personas consagrados en la Constitución Política, es necesario analizar los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado aplicando la Ley más favorable, permitiendo uniformidad en derecho y seguridad jurídica. Al respecto el artículo 10 de la citada norma contempla:

“(…) Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.(…) (Diario Oficial No. 47956 , 2011)

Como lo señala el artículo 10 es un deber la aplicación uniforme de la jurisprudencia no solo por parte de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, sino también por las autoridades administrativas, responsables de resolver las peticiones elevadas ante estas, así las cosas es necesario que las disposiciones normativas, no se apliquen de forma taxativa debido a que se pueden presentar violación de derechos y principios, en la medida que no se interpreten de manera uniforme con la jurisprudencia, que contemplan hechos bajo un mismo supuesto fáctico y genera inseguridad jurídica, ya que no se tiene certeza en la aplicación y reconocimiento de los derechos por los particulares solicitados.

Las decisiones adoptadas en este caso en particular por el Consejo de Estado, generan seguridad jurídica respecto de cual norma se debe aplicar para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, puesto que como se evidenció en el análisis jurisprudencial, hay unificación de criterios en las sentencias de las Altas Cortes las cuales tiene en el mismo punto de derecho generando publicidad para la debida aplicación, respetando el principio de igualdad de

trato en la solución de asuntos administrativos y judiciales. ¿Pero qué se entiende por sentencia de unificación? Al respecto la Ley 1437 de 2011 en su artículo 270 ha establecido en qué casos se debe entender que estamos en presencia de una.

Artículo 270<sup>74</sup>. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. (Diario Oficial No. 47956 , 2011).

En desarrollo del citado artículo vemos que el fin último de la sentencia de unificación jurisprudencial, es no solo garantizar el principio de igualdad con el fin de evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones, sino que también la de permitir la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, para obtener seguridad jurídica antes y después de la expedición de la Ley 1437 de 2011, puesto que el citado artículo contempla la posibilidad de identificar sentencias de este tipo con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma, así las cosas establece tres parámetros de identificación:

En primer lugar “(...) por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia (...)” (Diario Oficial No. 47956 , 2011), respecto de este punto enunciado, permite que un sector de la población que ve vulnerados sus derechos fundamentales como en el caso de los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos en combate tengan la posibilidad que respecto de ello se vea la necesidad de unificar y sentar jurisprudencia, puesto que como se evidenció en el análisis jurisprudencial ya existen pronunciamientos del

---

74 NOTA: Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-588 de 2012.

Consejo de Estado, donde se reitera el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en razón a la protección de la familia, al derecho a la seguridad social y garantizar una condiciones de vida digna.

El citado artículo contempla como segundo criterio de identificación “(...) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios (...)” (Diario Oficial No. 47956 , 2011), dichos recursos extraordinarios en principio son los de revisión y suplica, sin embargo la Ley 1437 de 2011 establece el de unificación de jurisprudencia creado con el fin de unificar criterios y dar una interpretación uniforme en pro de garantizar los derechos de los sujetos procesales y terceros interesados que con la decisión que se llegase adoptar vean vulnerados sus derechos, así las cosa el artículo 256 de la mencionada Ley lo regula:

ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales. (Diario Oficial No. 47956 , 2011)

Dicho artículo contempla la oportunidad procesal para que las partes que vieron afectados sus derechos en las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos ya sean de única o segunda instancia y que contrarían una sentencia de unificación del Consejo de Estado, puedan interponer dicho recurso con el fin de dejar sin efecto las decisiones adoptadas por el Tribunal y que en su lugar se reconozca el derecho alegado, puesto que su caso se encuentra bajo los mismos supuestos fácticos de la sentencia de unificación, por tal motivo es que no garantizaría seguridad jurídica el hecho que un fallo de los Tribunales contraríe criterios unificados por el Consejo de Estado.

En tercer lugar tenemos “(...) las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley Estatutaria 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley Estatutaria 1285 de 2009” (Diario Oficial No. 47956 , 2011), la cual trae consigo la acción de revisión, sin embargo dicho mecanismo solo va enfocado para los casos en que se presenten acciones de revisión populares y de grupo contempladas en esta última Ley en su artículo 36A:

Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia. (Diario Oficial 47240, 2009)

La finalidad de la acción de revisión no solo es la de unificar la jurisprudencia sino la de garantizar los derechos que le han sido vulnerados a un grupo de personas con el fin de reparar el daño causado a estos que se encuentran bajo las mismas circunstancias jurídicas y fácticas, como en el caso de los beneficiarios de los soldados regulares fallecidos en combate a los que no se les otorga una pensión de sobreviviente en el entendido que el Decreto 2728 de 1968 no establece dicha prestación, normatividad que les es aplicada y no el Decreto 1211 de 1990 que si lo contempla, dicho grupo de personas se están viendo afectadas, sin embargo no existe una sentencia promovida por una colectividad, en este caso la unificación es producto de múltiples casos similares.

Ahora bien, esta tercera fuente procede contra sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos de única instancia, dicho requisito lo desarrolla el artículo 273 de la Ley 1437 de 2011 “(...) proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de



apelación ante el Consejo de Estado (...)” (Diario Oficial No. 47956 , 2011), así las cosas, todas aquellas providencias que no sean susceptibles del recurso de apelación y que discrepen sobre la aplicación de la norma bajo los mismos supuestos fácticos en sentencias proferidas por los Tribunales y todas aquellas que contraríen sentencias de unificación del Consejo de Estado identificadas bajo los dos criterios podrán ser recurridas bajo el mecanismo de revisión por parte de los sujetos procesales, con el fin de lograr el reconocimiento de los derechos alegados; petición cuyo trámite se encuentra enmarcado en el artículo 274 de la Ley 1437 de 2011, así:

“Competencia y trámite. De la revisión eventual conocerá la sección que el reglamento determine según su especialidad y para su trámite se observarán las siguientes reglas:

1. La petición deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso.
2. En la petición deberá hacerse una exposición razonada sobre las circunstancias que imponen la revisión, y acompañarse a la misma copia de las providencias relacionadas con la solicitud.
3. Los Tribunales Administrativos, dentro del término de ocho (8) días contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente sección que el reglamento determine, el expediente, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, esta resuelva, mediante auto motivado, sobre la petición de revisión.
4. Cuando se decida no seleccionar una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrá insistir en su petición, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de dicha decisión. La decisión de selección o no selección y la resolución de la insistencia serán motivadas.
5. La sentencia sobre las providencias seleccionadas para revisión será proferida, con el carácter de Sentencia de Unificación por la sección que el reglamento determine según su especialidad, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su selección.

6. Si prospera la revisión, total o parcialmente, se invalidará, en lo pertinente, la sentencia o el auto, y se dictará la providencia de reemplazo o se adoptarán las disposiciones que correspondan, según el caso. Si la sentencia impugnada se cumplió en forma total o parcial, la Sentencia de Unificación dejará sin efectos los actos procesales realizados y dispondrá que el juez inferior ejecute las órdenes sobre las restituciones y adopte las medidas a que haya lugar.

Parágrafo. La presentación de la solicitud y el trámite de la revisión eventual, no suspende la ejecución de la providencia objeto del mismo.” (Diario Oficial No. 47956 , 2011)

Una vez analizados los tres criterios de identificación de sentencia de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, vemos que a la fecha no existe una respecto del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente para los causahabientes de los soldados regulares fallecidos en combate antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998, lo que no permite que los mismos por medio de los diferentes mecanismos puedan utilizar dichas sentencias en aras de garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Existen diferentes mecanismos para hacer extensivos los criterios analizados respecto de la aplicación de las normas en una sentencia de unificación, uno de ellos es el deber de las entidades administrativas en dar aplicación al artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 para resolver de forma análoga las peticiones aplicando las normas bajo el principio de igualdad, conforme a las sentencias de unificación del Consejo de Estado que solucionan escenarios bajo similares circunstancias de hecho, generando seguridad jurídica, puesto que en ellas se encuentra criterios orientadores para la interpretación y aplicación normativa.

En segundo lugar tenemos el mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011<sup>75</sup>, por el cual los particulares pueden exigir ante la autoridad administrativa el reconocimiento de un derecho con base en una sentencia de unificación que este bajo los mismos supuestos jurídicos y facticos de su solicitud, caso en el cual es deber de la autoridad resolver conforme a lo establecido en la providencia, sin embargo en caso de que sea negada la extensión de la jurisprudencia o no se pronuncien al respecto el accionante tendrá la posibilidad de acudir directamente ante el Consejo de Estado con el fin de que se haga extensivo su derecho, garantizando un debido proceso para el peticionario puesto que el Estado permite el acceso a la administración de justicia respetando las garantías mínimas de los particulares con el fin de que sean escuchadas sus pretensiones ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y sean resueltas de forma justa y equitativa.

En tercer lugar, tenemos el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia regulado en el artículo 256 de la Ley 1437 de 2011<sup>76</sup>, analizado dentro del segundo criterio para la identificación de una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado, por medio del cual se puede recurrir una providencia del Tribunal de única o segunda instancia que contrarié o desconozca una sentencia de unificación.

Así las cosas, dentro de la tercera fuente de identificación de sentencias de unificación vimos como el mecanismo de revisión permite recurrir sentencias de los Tribunales que ya se encuentren ejecutoriadas con el fin de hacer valer derechos.

---

75 Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

76 Artículo 256. Fines. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

En este orden de ideas, los diferentes mecanismos anteriormente descritos permiten que la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo adquiera una fuerza vinculante sobre los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos o entidades administrativas que al desconocer dichas posturas por parte del Consejo estarían siendo contrarios a los principios de igualdad y seguridad jurídica, por el contrario la aplicación de dicha jurisprudencia garantiza la protección de derechos fundamentales para la toma de decisión de casos en iguales circunstancias, ya que es deber del juez en sus pronunciamientos dar aplicación uniforme dentro del ordenamiento jurídico, lo que conlleva a que las personas tengan certeza de cual norma es aplicable o de qué forma debe ser interpretada la misma para sus casos particulares, garantizando seguridad jurídica en las decisiones adoptadas por los Tribunales.

Ahora bien, al existir sentencias de unificación por parte del Consejo de Estado, que pasa entonces con aquellas que no poseen dicha característica, al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2012 nos indica:

(...) .Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, (...) (MP. Mauricio González Cuervo, 2012)

Así las cosas, vemos que las sentencias analizadas si bien es cierto no tienen un carácter vinculante como las de unificación, también lo es que forman un precedente respecto de un misma situación, como lo es la pensión de sobreviviente frente a la cual diríamos que ya existe uno, puesto que el Consejo de Estado ya ha reconocido el derecho dando aplicación al Decreto 1211 de 1990 y no el Decreto 2728 de 1968, el cual se podría alegar en la solicitudes elevadas ante el Ministerio

de Defensa Nacional, sin embargo la entidad administrativa únicamente estarían obligadas a dar aplicación de dichos pronunciamientos en el entendido que se tratase de una sentencia de unificación, y como ya lo vimos anteriormente, en caso de desconocimiento de las mismas existen los mecanismos para acudir directamente ante el Consejo de Estado permitiendo economía procesal, sin embargo el desconocimiento de dichos pronunciamientos está generando inseguridad jurídica en los particulares al no tener certeza del cual norma debe aplicarse y bajo qué criterios de interpretación.

Es deber de las entidades administrativas y los Tribunales analizar los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado indistintamente que se sean o no sentencias de unificación, lo que sería indispensable para el tema materia de investigación, puesto que si se interpretará la norma de forma uniforme con los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes, no se estarían desconociendo derechos fundamentales como el de la seguridad social, el mínimo vital y el principio y derecho a la igualdad.

Es por lo anterior, que al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011 manifestó:

La Corte reitera en esta oportunidad que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la Ley, y que, como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.  
(MP. Luís Ernesto Vragas Silva, 2011)

En este orden de ideas, las autoridades administrativas y judiciales al estar sometidas al imperio de Constitución y la Ley deben velar por la primacía los fines esenciales del Estado Social de Derecho contemplados en el artículo 2 Superior como lo son la vida, honra y bienes,

sobre aquellas normativas que contraríen derechos fundamentales, el Decreto 2728 de 1968 y el Decreto 1211 de 1990 que si bien fueron expedidos en vigencia de la Constitución Política de 1886, esta no establecía las mismas disposiciones en materia de garantías superiores que la Constitución Política de 1991 y su complementario Bloque de Constitucionalidad conformado por los tratados internacionales sobre mecanismos de protección de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por la Ley Aprobatoria de Tratado 74 de 1968<sup>77</sup>, prerrogativas que la actual Constitución aplica de forma retrospectiva sobre las normas anteriores a esta. Es por ello que los jueces y funcionarios se encuentran en la obligación de acatar los precedentes jurisprudenciales dictados sobre un mismo punto de derecho y con observancia de los preceptos constitucionales, bajo los mismo supuestos facticos y jurídicos con el fin de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, en aras de proteger el derecho a la igualdad y al debido proceso.

Es así, que dentro de los principios fundamentales de la Constitución Política en su artículo 6 dispone: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), por tal razón los servidores públicos están en la obligación de cumplir los mandatos de la Constitución, el no hacerlo por la omisión en la falta de interpretación integral con las sentencias que forman un precedente jurisprudencial con la norma daría lugar a una infracción directa de la Constitución, puesto que no estarían cumpliendo con los fines esenciales del Estado, generando inseguridad jurídica en los

---

77 Diario Oficial. No. 32682 del 31 de diciembre de 1968. “Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”

actos administrativos emanados por las autoridades administrativas que no acatan las posturas dictas en las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

El Ministerio de Defensa Nacional al desconocer tales pronunciamientos estaría desconociendo el artículo 6 y 13 superior el cual contempla el derecho a la igualdad respecto de la aplicabilidad de la Ley, pues no resulta razonable que como se ha manifestado en ocasiones anteriores que les sea otorgada la pensión de sobreviviente a unos soldados regulares fallecidos bajo la Ley 447 de 1998 –en principio subsanó la omisión legislativa frente a prestaciones por muerte de soldados regulares- y les sea negada aquellos fallecidos con anterioridad a la expedición de la misma siendo aplicado el Decreto 2728 de 1968 que solo contempla indemnización prestacional, ello como consecuencia de la interpretación taxativa de la legislación y el desconocimiento de los pronunciamientos de las Altas Cortes que contempla la interpretación del conflicto presentado entre dichas normas en aplicación de los principios y derechos consagrados en la Carta Política.

Si bien es cierto, no existe una sentencia de unificación de jurisprudencia que permita acceder a los mecanismos como el de extensión de jurisprudencia analizados anteriormente para garantizar el reconocimiento derechos fundamentales, también lo es que con la aplicación de las sentencias proferidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, las cuales forman un precedente judicial se puede acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, por lo que es deber de la entidad administrativa otorgar el derecho puesto que sus decisiones no pueden contrariar la Constitución Política, así las cosas, los peticionarios no tendrían que acudir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en busca del reconocimiento de sus derechos, generando un desgaste en la administración de justicia y costos a los cuales se verían sometidos los accionantes al interponer demandas de nulidad y restablecimiento de derecho en contra del Ministerio de Defensa Nacional.

## Conclusiones

Identificamos que la causa principal de la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente para el caso de los soldados regulares fallecidos con anterioridad a la ley Ordinaria 447 de 1998, radica en la inobservancia del principio de la condición más beneficiosa, como se desarrolla en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales tanto por la Corte Constitucional en las sentencias T-1043-2012 y T-393-2013, como por el Consejo de Estado en los radicados: No. 1020-2010, 2161-2009 y 4826-2014, ello ya que el Ministerio de Defensa Nacional da aplicación al Decreto Ordinario 2728 de 1968 por ser la norma vigente para la fecha del deceso, la cual otorga una indemnización por muerte y el pago doble de cesantías, sin embargo se desconocen las condiciones en las que ocurrió la muerte del soldado regular ascendido póstumamente al grado de cabo segundo, ya que al fallecer en combate o por acción directa del enemigo, permite que bajo el principio de favorabilidad como derivado directo de la igualdad, les sea aplicado el Decreto Ley 1211 de 1990 que establece la pensión de sobreviviente para los oficiales y suboficiales.

El deceso en actos propios del servicio militar de los soldados regulares ascendidos póstumamente al grado de cabo segundo contemplado en el Decreto 2728 de 1968, permite que tengan derecho a las prestaciones sociales por muerte establecidas en el Decreto 1211 de 1990, ya que al fallecer en combate, se encuentran inmersos en las mismas condiciones para oficiales y suboficiales, es por lo que, se les debe reconocer la pensión de sobreviviente en desarrollo del principio de igualdad en cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, es por ello que son las entidades administrativas las encargadas de realizar una interpretación armónica de la ley conforme a los principios rectores de la Carta y no limitarse al tenor de la norma, ello con el fin de resolver las solicitudes sin vulnerar los derechos de los peticionarios.



Es el hecho de la muerte del soldado regular, bajo las mismas condiciones estipuladas para los oficiales y suboficiales, permiten señalar que en aplicación integral del principio de igualdad no se puede negar las pensión de sobreviviente a los beneficiarios estos, puesto al fallecer en actos propios del servicio ambos bajo las mismas condiciones en cumplimiento de un deber legal y constitucional hace que el deceso en sí mismo permita el acceso a dicha prestación económica.

La Ley 447 de 1998 eliminó para los soldados regulares la indemnización por muerte y con ello el ascenso póstumo, en reciprocidad estableció la pensión de sobreviviente, la cual permite que sus beneficiarios tengan acceso a un sustento vitalicio que les permita mantener sus condiciones de vida y compensa el desequilibrio en las cargas publicas ocurrido con la muerte del servidor.

Al momento de interpretar las normas por parte de las autoridades administrativas se evidencia un desconocimiento de los derechos que nacen del exceso de las cargas públicas que deben soportar los soldados regulares, por cuanto el Estado les impone la prestación del servicio militar en el que se evidencia un rompimiento en la carga con la muerte en combate ya que es un riesgo que no estaba en la obligación jurídica de soportar puesto que se desborda de aquel al que normalmente estaría.

El Estado al imponer la prestación del servicio militar obligatorio, debe garantizar la integridad física, psíquica y moral de los soldados regulares puesto que se encuentran bajo su cuidado y custodia, es así que, la imposición de un riesgo mayor implicaría responder por el daño causado toda vez que se estaba en ejecución de una carga pública.

El Bloque de Constitucionalidad al estar en una jerarquía similar a la de la Constitución, contribuye a proteger y garantizar los derechos que nuestro marco normativo tiene por

fundamentales y los que por su íntima relación con estos y de los que su vulneración derivaría en la afectación de los primeros.

La unificación de jurisprudencia como el mecanismo adecuado para facilitar y respaldar el derecho al acceso a la administración, que se ve afectado cuando se quebrantan garantías reconocidas a las personas y omitidas por una estricta legalidad, sin tener en cuenta el desarrollo que operadores judiciales han otorgado a su ejecución.

Los operadores judiciales que se han enfrentado a esta problemática, al hacer efectivos los principios constitucionales, aún por encima de las normas aplicables, haciendo un sabio uso de su función interpretadora y protectora de los postulados superiores reconociendo los derechos que garanticen la ejecución de estos preceptos en los casos en los que por una extrema legalidad se ven afectados los derechos de igualdad, mínimo vital y móvil.

Se presenta el mecanismo de unificación de jurisprudencia y su posterior extensión, como la mejor opción que tienen los afectados por el desconocimiento de principios y garantías superiores, que por parte del Ministerio de Defensa Nacional genera una grave afectación a derechos fundamentales que, en nuestro Estado Social de Derecho, se deben proteger.

La ley 447 de 1998 al imponer el pago de la pensión de sobreviviente a la edad mínima de 50 años, genera un trato desigual frente a la ley 100 de 1993 que no contempla dicho requisito para acceder al derecho reconocido, siendo dicha estipulación por parte del legislador inoficiosa y violatoria del mínimo vital y móvil, puesto que no resulta lógico que al dejar de percibir el apoyo económico no se les pague inmediatamente reconocida la prestación económica ya que con la muerte del soldado regular los familiares pierden los ingresos generados por el causante, siendo

en ultimas trasladada la carga pública a los causahabientes quienes además deben esperar el cumplimiento de la condición establecida generando desmejoras en las condiciones de vida digna.

## BIBLIOGRAFÍA

- M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (31 de marzo de 2005). Sentencia T-290. Bogotá, Colombia .
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, Inciso 2). *Constitución Política*. Bogotá: Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Bolívar, S. (15 de febrero de 1819). Discurso de Angostura. Angostura, Provincia de Guyana.
- C.P Gerardo Arenas Monsalve. (7 de julio de 2011). 700012331000200400832-01. *Interno: 2161-2009*. Bogotá, Colombia: Consejo de EStado Sala de lo Contencioso Admnistrativo Sección Segunda - Subsección B.
- C.P Gerardo Arenas Monsalve. (7 de julio de 2011). Radicado 2161-09. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado Sección Segunda.
- C.P Sandra Lisset Ibarra Vèlez. (28 de octubre de 2016). Radicado No. 660012333000201300432 01. *4826-2014*. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B.
- C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila. (2 de agosto de 2012). REF.: EXPEDIENTE No. 050012331000200200672-01. *NÚMERO INTERNO: 1020-2010*. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección B.
- Constitución Política 1 de 1991 Asamblea Nacional Constituyente. (1991 artículo 53). *Constitución Política*. Bogotá: Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá .
- Constituyente, A. N. (13 de 6 de 1991). *Constitución Política de Colombia. Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (5 de 6 de 2013). Auto 110. *Auto 110*. Bogotá, D.C., Bogotá, D.C.
- CP. Guatavo Eduardo Gomez Aranguren . (8 de junio de 2008). 76007-23-31-000-2003-04045-01(1371-07). Bogotá, Colombia : Consejo de EStado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A.
- Diario Oficial 41.148 . (23 de 12 de 1993). Ley 100 de 1993. *Diario Oficial 41.148 del 23 de Diciembre de 1993*. Bogotá D.C, Colombia: Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Diario Oficial 45.778. (31 de 12 de 2004). Decreto 4433. Bogotá, Colombia.

- Diario Oficial 47240. (22 de enero de 2009). Ley 1285 de 2009. Bogotá D.C. , Colombia : © Propiedad de la Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. .
- Diario Oficial No 20656 . (29 de noviembre de 1927). Ley 104 de 1927. Bogotá, Colombia.
- Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre. (9 de septiembre de 1950). Código Sustantivo del Trabajo. *Decreto 2663 de 1950 Nivel Nacional*. Bogotá, Colombia: Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- Diario oficial No 44161. (14 de septiembre de 2000). Decreto 1793 . Bogotá, Colombia .
- Diario oficial No. 1  
0232. (11 de 01 de 1897). ley 153 de 1896. Bogotá.
- Diario Oficial No. 23765. (30 de abril de 1938). Ley 55 de 1938. Bogotá, Colombia .
- Diario Oficial No. 25016. (27 de julio de 1942). Decreto 1768 . Bogotá, Colombia.
- Diario Oficial No. 26904. (28 de diciembre de 1948). Ley 137 de 1948, artículo 2°. Bogotá, Colombia.
- Diario Oficial No. 32.721 . (26 de noviembre de 1968). Decreto 2728 de 1968. Bogotá, Colombia: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.©.
- Diario Oficial No. 39.406 . (8 de junio de 1990). Decreto 1211 de 1990. Bogotá, Colombia .
- Diario Oficial No. 43.345, d. 2. (21 de julio de 1998). Ley 447 de 1998. *Ley*. Bogotá, Colombia, Colombia: Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.©.
- Diario Oficial No. 45.778. (31 de Diciembre de 2004). Diario Oficial No. 45.778. *Decreto 4433 fr 2004*. Bogotá, Colombia.
- Diario Oficial No. 47956 . (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011. Bogotá, Colombia : Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
- M. P. Antonio Barrera Carbonell. (20 de enero de 1999). Sentencia C-002 .
- M.P Nilson Pinilla Pinilla . (03 de diciembre de 2012). Sentencia T-1043. Bogotá, D. C, Colombia : Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional.
- M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (2 de julio de 2013). Sentencia T-393-13. Bogotá D.C, Colombia: Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional.
- Magistrado NILSON PINILLA. (03 de diciembre de 2012). Sentencia T-1043.
- Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. (22 de marzo de 2013). Sentencia T-164-2013. Bogotá, Colombia.
- Magistrado Ponente Luis Ernesto Silva Vargas. (24 de 08 de 2011). Sentencia C-634/11. Bogotá, Colombia: Corte Suprema de Justicia .

- MP. Luís Ernesto Vragas Silva. (6 de julio de 2011). Seentencia C-539-2011. Bogotá, D.C, Colombia: Sala Plena de la Corte Constitucional.
- MP. María Victoria Calle Correa. (24 de agosto de 2012). Sentencia T-677-12. Bogotá, D.C, Colombia: Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional.
- MP. Mauricio González Cuervo. (25 de julio de 2012). Senetencia C-588-2012. Bogotá D.C, Colombia: Corte Constitucional de la República de Colombia.
- Pieri. (2000). *G. Jus et Jurisprudencia, citado por Calvo Vidal Felix, La Jurisprudencia ¿fuente del Derecho?* Lex Nova 2000.
- Rincón, H. A. (3 de 6 de 2016). Radicación número: 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). *Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A.* Bogotá, D.C., Cundinamarca, Colombia: Sala de lo Contencioso Administrativo.
- Sentencia T-559, T-559-11 (Corte Constitucional 14 de julio de 2011).

### **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

- Constitución Política Asamblea Nacional Constituyente. 1 de 1991, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, Bogotá Colombia
- Ley 100 de 1993. Diario Oficial 41.148 Bogotá D.C, Colombia, del 23Diciembre de 1993.
- Decreto 4433. Diario Oficial 45.778. Bogotá, Colombia, del 1 de diciembre de 2004.
- Ley 1285 de 2009. Diario Oficial 47240. Bogotá D.C. , Colombia del 22 de enero de 2009.
- Ley 104 de 1927. Diario Oficial No 20656 Bogotá, Colombia del 29 de noviembre de 1927.
- Ley 55 de 1938. Diario Oficial No. 23765. Bogotá, Colombia del 30 de abril de 1938.
- Ley 137 de 1948. Diario Oficial No. 26904. Bogotá, Colombia. del 28 de diciembre de 1948
- Ley 447 de 1998. Diario Oficial No. 43.345, d. 2. Bogotá, Colombia del 21 de julio de 1998
- Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47956 . Bogotá, Colombia del 18 de enero de 2011
- Decreto 2663 de 1950 Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial No 27.407 Bogotá, Colombia del 9 de septiembre 1950
- Decreto 1793. Diario oficial No 44161. Bogotá, Colombia del 14 de septiembre de 2000
- Decreto 1768. Diario Oficial No. 25016. Bogotá, Colomabia del 27 de julio de 1942.
- Decreto 2728 de 1968. Diario Oficial No. 32.721. Bogotá, Colombia del 26 de noviembre de 1968
- Decreto 1211 de 1990. Diario Oficial No. 39.406. Bogotá, Colombia del 8 de junio de 1990