COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/730/08

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/730/08
Expediente	T-1855176
Fecha	2008-07-22
Sala	Sala Octava
Magistrado ponente	HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con
Partes	Araminta Castro de Santana contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Temas que titula la Corte Constitucional

- Seguridad Social
- Seguridad Social Como Derecho Constitucional
- Accion De Tutela En Materia De Seguridad Social
- Derecho A La Seguridad Social
- Juez Constitucional
- Pension De Sobrevivientes

Resumen del caso (según la propia sentencia)

En la inexistencia o deficiencia del desarrollo legal o reglamentario en Acción de tutela instaurada por Araminta Castro de Santana contra el de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés

Texto completo

T-730-08 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-730/08 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PENSIONAL -Alcance SEGURIDAD SOCIAL -Derecho de segunda generación SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL -Distinción teórica entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL -Procedencia DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Carácter iusfundamental DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Elementos JUEZ CONSTITUCIONAL -Llamado a intervenir en la inexistencia o deficiencia del desarrollo legal o reglamentario en materia de seguridad social ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL- Requisitos para su procedencia PENSION DE SOBREVIVIENTES -Objetivo REGIMEN ESPECIAL Y REGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL -Presupuesto para trato diferencial discriminatorio PENSION DE SOBREVIVIENTES - Requisitos PENSION DE SOBREVIVIENTES EN EL REGIMEN PENSIONAL DEL MAGISTERIO -Requisitos PENSION POST MORTEM 18 AÑOS -Disposiciones legales Referencia: expediente T-1855176 Acción de tutela instaurada por Araminta Castro de Santana contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y

en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en la acción de tutela instaurada por Araminta Castro de Santana contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES El pasado 19 de octubre de 2007, la ciudadana Araminta Castro de Santana interpuso -por intermedio de apoderada- acción de tutela ante el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá , solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital , los cuales, en opinión de la accionante, han sido vulnerados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo con la solicitud y algunas pruebas obrantes en el expediente, la ciudadana sustenta su pretensión en los siguientes hechos: 1.- La señora Castro de Santana, quien tiene en la actualidad 76 años de edad, dependía económicamente de su difunto hijo, el señor Edilberto Santana Castro (folio 11 cuaderno 1).

2.- Edilberto Santana Castro no tuvo hijos, uniones matrimoniales o de hecho en vida (folio 11 cuaderno 1). 3.- El señor Santana Castro laboró como docente en planteles oficiales durante 19 años, 5 meses y 4 días (folio 8 cuaderno 1).

4.- Tras la muerte de su hijo y debido a su precaria situación económica, la señora Araminta Castro de Santana solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión post - mortem, prevista por el artículo 7º del decreto 224 de 1972 [1] .

5.- El 24 de Julio de 2006, el Fondo expidió la Resolución No. 3013, mediante la cual negó el reconocimiento de la mencionada prestación, pues, de conformidad con la información que reposaba en sus archivos, el señor Edilberto Santana únicamente había trabajado en planteles oficiales 16 años, 1 mes y 23 días, siendo éste tiempo insuficiente para acceder a la pensión solicitada de acuerdo con la normatividad aplicable.

6.- Ante la negativa de la entidad accionada, la apoderada de la accionante impugnó el referido acto administrativo y allegó para el efecto certificados del tiempo de servicios prestado por el señor Santana, emitidos por las Secretarías de Educación de Bogotá, del Departamento del Meta y del Departamento del Guaviare.

7.- El 5 de Octubre de 2007, el Fondo profirió la resolución No. 005103 con el propósito de resolver el recurso interpuesto. Tal decisión modificó el acto impugnado en el sentido de declarar que Edilberto Santana Castro laboró en establecimientos educativos oficiales durante un total de 6994 días, es decir, 19 años, 5 meses y 4 días. Pese a lo anterior, la resolución en comento confirmó la decisión relativa al reconocimiento de la pensión post mortem 18 años. Como fundamento de la negativa invocó el artículo 1º de la Ley 12 de 1975, disposición que señala: “[e] l cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado del sector público y sus hijos menores o inválidos tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas ” [2] .

Y excluye, en tales términos, a los ascendientes del fallecido como beneficiarios de la prestación pretendida por la accionante. 8.- En atención a la avanzada edad de la accionante y a su difícil situación económica, su apoderada solicita al juez de amparo revocar los actos administrativos No.

005103 del 5 de octubre de 2007 y 3013 del 24 de julio de 2003 y en su lugar, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión post – mortem 18 años a la señora Araminta Castro de Santana, sin someterla para el efecto al trámite de un proceso ordinario que podría tardar un largo lapso durante el cual la peticionaria continuaría sin seguridad social y que podría impedir a la señora Castro de Santana el goce de la pensión, pese a que, a su juicio reúne los requisitos exigidos por la ley.

En tal sentido, la apoderada solicita que se aplique lo dispuesto en el decreto 224 de 1972 y en los artículos 4 y 47 de las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, respectivamente, los cuales, según de la mandataria, hacen extensivo el derecho a percibir la pensión a los padres y hermanos del empleado fallecido, siempre y cuando éstos dependan económicamente de aquél, como sucede en el caso de la señora Castro de Santana.

II. INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO Dentro del término concedido por el juez de instancia, la entidad demandada contestó la acción de tutela de la referencia, señalando que la resolución No. 005103 se encuentra ajustada a las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen pensional de carácter especial del magisterio.

En tal sentido, resalta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 y demás regulaciones complementarias no resultan aplicables en el caso de los trabajadores del magisterio por expresa disposición legal. Por lo cual, el reconocimiento de pensiones en tal caso se encuentra sujeto a los dispuesto por el decreto 224 de 1972, la ley 12 de 1975 y la ley 71 de 1988, normas que no prevén que la pensión post - mortem 18 años reclamada por la accionante pueda reconocerse a favor de los padres cuando al momento de su muerte el educador no cuente con cónyuge, compañero permanente o hijos.

Agrega asimismo la entidad accionada que la peticionaria puede recurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo que a su juicio le negó en forma injustificada la pensión que reclama, mecanismo que en estos términos torna improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Castro de Santana.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN 1.- El juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante y en tal sentido, decretar la nulidad de las resoluciones No. 3013 del 24 de Julio de 2006 y 005103 del 5 de Octubre de 2007 expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así mismo, ordenó a esta entidad que expidiera un nuevo acto administrativo mediante el cual reconociera a favor de la accionante, en forma transitoria mientras el asunto es resuelto por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la pensión post mortem 18 años.

Como fundamento de la decisión adoptada, señaló el a quo que al expedir la resolución No. 0051305, el representante del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio olvidó que “la ley 71 de 1988 –Art. 4º y la ley 100 de 1993 – Art. 47, extendieron el derecho a reclamar la prestación (post – mortem 18 años) a los padres o hermanos del empleado fallecido, siempre y cuando hayan dependido económicamente de él” , de esta forma, encontrándose suficientemente acreditado que accionante dependía económicamente de su hijo, el Fondo incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo.

Así mismo, el juez de amparo expuso en forma detenida cómo a pesar de que los asuntos relativos al reconocimiento y pago de prestaciones de este tipo deben ser ventilados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por tratarse de una persona en condiciones de debilidad manifiesta resulta imperativa la intervención del juez de tutela para evitar la producción de un perjuicio irremediable, protección que en todo caso sólo puede tener efectos transitorios mientras se adelanta la acción ordinaria correspondiente.

2.- Dentro del término legal, la entidad accionada impugnó el fallo proferido por el Juzgado de primera instancia. Como fundamento de su inconformidad manifestó su representante que las normas a partir de las cuales derivó el juez de instancia el derecho de la accionante no son susceptibles de ser aplicadas en el caso de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto así lo estableció expresamente la Ley 100 de 1993 en su artículo 279.

En relación con la ley 71 de 1988 agregó que ésta regula situaciones fácticas muy diferentes a las planteadas en esta oportunidad puesto que “el causante no cumplió con uno de los requisitos que dispone tal norma para su aplicación, como lo son, 20 años continuos o discontinuos de servicio” .

Finalmente, solicitó el Fondo que de ser condenada tal entidad al reconocimiento y pago de la pensión, le fuera concedido un término superior al de 48 horas por cuanto la adopción de semejante decisión requeriría la consulta y aprobación de otras entidades.

3.- En segunda instancia, el expediente correspondió por reparto al Tribunal Superior de Bogotá, autoridad que revocó el fallo objeto de oposición tras señalar que, el artículo 3 de la Ley 71 de 1988, que extendió las previsiones sobre sustitución pensional a los padres que dependan económicamente del pensionado, se aplica sólo en aquellos eventos en los cuales docente ya hubiera adquirido el derecho a la pensión de jubilación y no a pensiones especiales como la que es materia de reclamación en el caso examinado.

Adicionalmente, consideró que la aplicación extensiva del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en el caso de la referencia, resulta a todas luces improcedente, pues de acuerdo con el artículo 279 de la precitada ley tal disposición no puede aplicarse a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas sostuvo el Tribunal que: “no se vislumbra que la actuación del Fondo haya efectuado una interpretación normativa alejada de los cauces de lo razonable, cuando, tal como se vio, existe una norma específica para el caso, no modificada por otras atinentes a figuras jurídicas diferentes, que no incluye a los progenitores como beneficiarios de la pensión solicitada. Y si ello es así, con todo y la situación concreta de la accionante, no puede bajo la justificación de evitar un perjuicio irremediable, concederse una prestación que la ley no autoriza, sin que por ello se vulnere el derecho a la seguridad social, al mínimo vital o al pago oportuno de una pensión (…)” (folio 11 cuaderno 3) IV.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico La Sala se propone determinar si al negarse a reconocer a favor de Araminta Castro de Santana una pensión que supla la ayuda económica que en vida le brindaba su hijo Edilberto Santana Castro, en atención a los servicios prestados por éste al magisterio durante cerca de 20 años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los que aquélla es titular.

Así, para dar solución al problema jurídico plateado es preciso (i) establecer el alcance de la protección constitucional del derecho a la seguridad y las competencias que en la materia corresponden a la autoridad judicial en sede de tutela, (ii) analizar la importancia que en relación con la garantía del derecho a la seguridad social ostenta el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, (iii) presentar en forma sintética la regulación adoptada en el régimen especial del magisterio en relación con la pensión de sobrevivientes. Consideraciones con fundamento en las cuales, (iv) se abordará el estudio del caso concreto.

2. 1 El alcance de la protección constitucional del derecho a la seguridad social. La definición del Estado como Social de Derecho (artículo 1º constitucional) supone el indiscutible compromiso de la organización estatal con la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Prerrogativas estas que han sido ideadas como mecanismos para garantizar la igualdad material entre los asociados, presupuesto que a su turno se reconoce como necesario para asegurar el goce efectivo de las libertades consagradas en los textos constitucionales.

Entre este conjunto de garantías que componen la categoría en comento se encuentra la seguridad social, bien jurídico que, a la luz del artículo 48 de la Constitución Nacional, constituye un derecho de rango constitucional y adicionalmente, un “servicio público de carácter obligatorio” .

[3] A propósito de la seguridad social como derecho constitucional, es importante tener en cuenta que la doctrina jurídica y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional acogieron por largo tiempo la distinción teórica entre derechos

civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra.

La primera de estas categorías integrada por aquellas prerrogativas reconocidas en las primeras cartas de derechos y cuya eficacia requería, de acuerdo, con la concepción tradicional, abstenciones por parte del Estado y los particulares.

La segunda de ellas en cambio, agrupa aquellas prerrogativas cuyo reconocimiento corre paralelo a la proclamación del Estado social de derecho, que buscan garantizar entre los individuos un mínimo de igualdad material que torne posible su desarrollo en condiciones dignas, y que, en tal sentido, requieren para lograr su efectivo cumplimiento, acciones de orden legal y administrativo.

Así, con base en un argumento de tipo histórico y otro fincado en la naturaleza asistencial del derecho a la seguridad social, la jurisprudencia de esta Corporación negó, en un principio, el carácter fundamental del mismo y por ende, la posibilidad de invocar su protección a través de la acción de tutela.

Pese a lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional admitió en su jurisprudencia, desde etapas muy tempranas, que tanto la seguridad social como los demás derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y el derecho fundamental a la vida u otro derecho fundamental.

[4] De esta forma, se aceptó la procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la seguridad social -aún cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales per se , tales como la vida en condiciones dignas y el mínimo vital. Tal criterio, denominado conexidad, se tornó de esta forma recurrente en el análisis que en aras de la protección de los derechos sociales y económicos realizara el juez constitucional.

No obstante, la anterior postura ha venido siendo superada por la jurisprudencia constitucional que, en forma gradual, ha dado paso al reconocimiento de la iusfundamentalidad de los denominados derechos de segunda generación, entre ellos, el derecho a la seguridad social, en hipótesis adicionales a las de la conexidad.

[5] En tal sentido, esta Corporación ha afirmado que en los casos en los cuales el contenido de un derecho social o económico ha perdido la vaguedad e indeterminación que como obstáculo para su calificación de fundamental se argüía en un principio, éste debe ser considerado fundamental y en tal sentido admite la intervención del juez de amparo. Así, respecto de aquellas prestaciones que hacen parte del contenido esencial del derecho, necesario para garantizar la vida en condiciones dignas, y que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido su carácter iusfundamental.

Así, en el caso específico del derecho a la seguridad social, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado por ejemplo que, el reconocimiento de una pensión a favor de personas de al tercera edad, cuando se cumplen los requisitos legales establecidos para el efecto, constituye un derecho fundamental.

[6] De otro lado, a partir de las cláusulas establecidas por la Constitución que permiten identificar sujetos de especial protección, la Corte ha reconocido la fundamentalidad del derecho a la seguridad social radicado en cabeza de los mismos [7] . Tal consideración obedece a las condiciones de especial vulnerabilidad que padecen estos sujetos y que tornan necesaria una protección particularmente vigorosa de sus derechos.

Así, se predica fundamental el derecho a la seguridad social de los niños y las niñas, las personas con discapacidad y aquellas que han llegado a la tercera edad, entre otras.

Como se advierte, la jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez con mayor claridad, de los pronunciamientos iniciales que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela

y particularmente, la de seguridad social, como algo excepcional en atención al carácter no fundamental de las prerrogativas que integran dicha categoría.

Tal constatación ha conducido a que en pronunciamientos recientes, la Corte en sus distintas Salas de Revisión haya replanteado la consideración que dio origen a la línea jurisprudencial que viene de comentarse y en consecuencia, admita el carácter fundamental de garantías como la salud [8] , el trabajo [9] , la vivienda digna [10] y por supuesto la seguridad social [11] .

Un aporte decisivo en esta materia fue el establecido en sentencia T-016 de 2007, pronunciamiento que permitió desligar dos categorías conceptuales que hasta entonces habían sido asimiladas en la jurisprudencia constitucional. De un lado, el carácter fundamental de los denominados derechos de segunda generación y de otro, las vías que éstos requieren para su efectivo cumplimiento.

Así, en cuanto al carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte concluyó, a partir del análisis sistemático de las disposiciones que a nivel internacional consagran el deber de protección de los Estados respecto de los Derechos Humanos, que "[l] os Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados y ratificados por Colombia tienden a resaltar el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales" .

En punto al derecho a la seguridad social, su fundamentalidad deviene indiscutible una vez se constata su importancia de cara a la garantía de la dignidad humana, por cuanto, éste derecho busca garantizar en forma genérica la atención de todas aquellas contingencias que afectan la vida en condiciones dignas y que en tal sentido representan barreras reales para la igualdad de oportunidades entre las personas, es así innegable la relación existente entre el modelo de Estado social de derecho y el necesario respeto de esta prerrogativa. Al respecto señaló la Corte en sentencia T-468 de 2007 que:

"En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere la señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales.

Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.

La diferenciación expuesta permite apreciar cómo el principal reparo propuesto para negar el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales esto es, el relativo a su contenido prestacional, no puede ser atendido puesto que se trata de un argumento que apunta en realidad a describir una de las formas como estos derechos pueden hacerse efectivos en la práctica y no a desconocer la necesaria protección que aquellos merecen, en cuanto derechos fundamentales, aspecto que deviene indiscutible una vez establecida su imperiosa protección de cara al respeto de la dignidad humana.

En relación con los mecanismos que el Estado –directamente o por intermedio de los particulares- debe adoptar para garantizar en forma efectiva el goce de este derecho, es importante resaltar que la organización estatal, está obligada de un lado, a evitar que sus actuaciones generen la vulneración del derecho a la seguridad social y de otro, a definir en forma precisa múltiples prestaciones encaminadas a eliminar la discriminación y la marginación en el goce de otros derechos fundamentales. En tal sentido, es claro que el respeto del derecho a la seguridad social no sólo supone una

faceta de prestación sino que, al igual que todos los demás derechos fundamentales –incluyendo en esta categoría los derechos económicos, sociales y culturales- requiere en múltiples eventos abstenciones del Estado y los particulares, que permitan un goce tranquilo del derecho.

La existencia de las dos dimensiones que acaban de advertirse y que caracterizan en general a todos los derechos fundamentales, fue puesta de manifiesto en la sentencia T-1318 de 2005 a propósito del derecho a la vivienda digna [12] , pronunciamiento en el cual se resaltó cómo la posibilidad de exigir la protección de los derechos fundamentales en sede judicial, depende en primer término del tipo de pretensión que en cada caso se ventile, pues es respecto de ella que debe verificarse la existencia de medios de defensa o dada su inexistencia o ineficacia la posibilidad de proceder a su protección en sede de amparo constitucional.

Así, el pronunciamiento antes mencionado señaló que las pretensiones relativas a una determinada abstención por parte del Estado o de algún particular, constituyen derechos subjetivos cuya protección puede ser demandada en sede de tutela, una vez constatada la subsidiariedad del amparo. Mientras que, en el caso de pretensiones relacionadas con una determinada prestación es necesario atender en primer término al desarrollo que por vía legal o reglamentaria se haya efectuado, pues es con base en él que puede confirmarse la existencia de un determinado derecho subjetivo que pueda ser reclamado ante el juez de tutela.

De esta forma, si bien es cierto, el derecho a la seguridad social -al igual que otros derechos sociales, económicos y culturales- se caracteriza por cierto grado de indeterminación en relación con las prestaciones que su satisfacción requiere, las cuales deben ser precisadas por las instancias del poder definidas con fundamento en el principio democrático, tal connotación no puede conducir a negar el carácter iusfundamental del mismo y tampoco a descartar de plano la procedencia del amparo constitucional cuando se advierta su vulneración.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la definición de las políticas públicas en el marco de las cuales se procura la garantía integral del derecho a la seguridad social, corresponde por regla general al poder legislativo, autoridad que en desarrollo de sus facultades deberá priorizar las asignaciones teniendo como claros referentes los establecidos por las normas internacionales que vinculan al Estado colombiano.

A propósito del derecho a la seguridad social, diversas normas internacionales consagran la obligación del Estado relativa a su protección [13] , entre las cuales reviste particular importancia el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) [14] , norma cuya interpretación fue efectuada en la observación general número 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) .

En dicha oportunidad, el Comité destacó cómo en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 2° del PIDESC, corresponde a los Estados signatarios -dentro del máximo de recursos de los que dispongan- adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan restricciones irrazonables o desproporcionadas de acceso y "en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano".

En consecuencia, al margen del amplio espectro de configuración reconocido a las organizaciones estatales; tal como ocurre con el conjunto de derechos inscritos bajo la enseña de los derechos económicos, sociales y culturales, existe un mínimo irreductible que de manera impostergable debe garantizar el Estado.

A propósito de este contenido mínimo señaló el Comité que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".

Aunado a lo anterior, bajo la rúbrica "elementos del derecho a la seguridad social", en la observación en comento el órgano internacional señaló los diferentes elementos que, de acuerdo a lo establecido en el PIDESC, dan al alcance a este derecho, a saber:

(i) Disponibilidad: En virtud de esta exigencia, el Estado debe asegurar la existencia y el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que, con prescindencia del tipo de plan acogido -“ contributivo o no contributivo ”- ha de garantizar la provisión de las prestaciones en las cuales se materializa el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la organización estatal se encuentra llamada a asumir su administración y supervisión eficaz. Por último, dentro de este principio se incluye un deber específico que demanda del Estado que el diseño del aludido sistema se realice sobre bases económicas que permitan su sostenibilidad.

(ii) Riesgos e imprevistos sociales. El sistema de seguridad social se encuentra llamado a garantizar el cubrimiento de las siguientes situaciones, dentro de las cuales se establecen de manera precisa requisitos sustanciales de calidad, idoneidad y prontitud en su provisión: a) atención en salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, i) sobrevivientes y huérfanos.

(iii) Nivel suficiente. Las prestaciones ideadas para atender las contingencias anteriormente descritas deben resultar suficientes de cara a la labor de satisfacción del derecho a la seguridad social, lo cual establece una considerable exigencia en términos cualitativos y cuantitativos, razón por la cual el establecimiento de aquellas prestaciones habrá de ceñirse de manera cuidadosa al tipo de necesidades que pretenden ser atendidas. Adicionalmente, en desarrollo de este principio, el Comité señala que las organizaciones estatales están obligadas a considerar, en todo caso, el alcance de los principios rectores que debe acoger el sistema: dignidad humana y proscripción de la discriminación.

(iv) Accesibilidad. La creación del sistema de seguridad social, si bien ha de seguir una vocación de universalidad, al mismo tiempo debe realizar especial énfasis en la tarea de promover la inclusión de sectores tradicionalmente marginados de la posibilidad de goce de esta garantía. De acuerdo a tal consideración, el CDESC señaló los siguientes parámetros para efectos de asegurar el acceso al derecho a la seguridad social:

a.) Cobertura. El sistema de seguridad social debe permitir a "todas las personas" el goce de las prestaciones creadas. Por tal razón, el diseño de planes no contributivos -esto es, aquellos basados en una estructura económica y administrativa en la cual se hace prescindencia de la capacidad de pago de los beneficiarios- adquieren notable importancia para incluir a las personas que no cuentan con los medios económicos para asumir el costo de las prestaciones; pues los anotados motivos económicos no pueden constituir una barrera atendible de acceso.

b.) Condiciones. Los requisitos que han de ser opuestos para los beneficiarios del sistema deben recoger, en todos los casos, exigencias razonables, proporcionadas y transparentes.

c.) Asequibilidad. El pago de las cotizaciones que han de asumir los participantes en el sistema debe ser establecido de manera previa y, adicionalmente, su costo debe permitir el acceso de la población.

d.) Participación e información. Los beneficiarios han de contar con la posibilidad real y efectiva de participar en la administración del sistema, lo cual, a su vez, señala la obligación en cabeza del Estado consistente en garantizar el derecho a "recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente".

e.) Acceso físico. Las prestaciones han de ser reconocidas y concedidas oportunamente, pues de otra forma el propósito que anima la fundación del sistema de seguridad social resulta burlado con la consecuente mella del principio de dignidad humana que pretende ser materializado mediante aquel. Aunado a lo anterior, los Estados deben garantizar acceso físico a los servicios de seguridad social, lo cual adquiere gran importancia en el caso particular de los

discapacitados, trabajadores migrantes, personas que habitan en zonas distantes, víctimas de conflictos armados, entre otras, etc.

Entre nosotros, la política pública en materia de seguridad social fue diseñada con pretensiones de integralidad por la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” así como las demás disposiciones que la adicionan y complementan, normas todas éstas que deben ser no sólo interpretadas sino adicionalmente, ampliadas de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas de conformidad con los estándares internacionales a los que la Sala ha hecho referencia.

Así las cosas y retomando la división antes planteada entre los mandatos de abstención y los mandatos de prestación necesarios para asegurar el goce del derecho a la seguridad social, la Sala encuentra que la exigibilidad de éstos últimos en sede de tutela se encuentra en principio condicionada por la definición de derechos subjetivos que traduzcan prestaciones concretas a favor de las personas que alegan su vulneración.

En estos términos, la faceta prestacional del derecho a la seguridad social podrá dar origen por vía de transmutación a distintos derechos subjetivos concebidos en el marco del Sistema de Seguridad Social Integral. Por consiguiente, los titulares de estos derechos contarán con los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para procurar la protección de estos derechos y el efectivo otorgamiento de las prestaciones a las que –de acuerdo con la ley y los actos administrativos que la desarrollen- tengan derecho.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en aquellas hipótesis en la cuales tales mecanismos de protección no existan o no puedan ser considerados eficaces en relación con el amparo del derecho fundamental a la seguridad social en el caso concreto, y la postergación de la protección amenace con generar un perjuicio irremediable , el juez de tutela goce de plena competencia para adoptar las medidas que se requieran de cara a la garantía efectiva del mismo.

En tal sentido, siempre que lo que se reclame sean prestaciones cuyas condiciones de exigibilidad hayan sido expresamente definidas por vía legal y reglamentaria, la competencia del juez de tutela se encontrará limitada a aquellas situaciones en las que constate que los mecanismos ordinarios de defensa no constituyen medios idóneos para procurar la protección del derecho o que, pese a serlo, la intervención del juez de tutela se torna necesaria para evitar la producción de un perjuicio irremediable.

Subyace entonces el interrogante relativo a la competencia del juez constitucional en aquellos casos en los cuales no exista un derecho subjetivo exigible que materialice en el caso concreto las prestaciones que en desarrollo del derecho a la seguridad social corresponden a los Ciudadanos y Ciudadanas.

A este respecto, la Sala considera pertinente recalcar que en desarrollo de la función que la Constitución le ha asignado, el juez de amparo está llamado a intervenir ante la inexistencia o la deficiencia del desarrollo legal o reglamentario en la materia, con el propósito no de definir en forma general políticas públicas tendentes a la satisfacción del derecho a la seguridad social para todos los asociados, pero sí bajo la idea de superar o suplir –en el caso concreto- las falencias que advierta en la definición de éstas y para asegurar en los casos que así se requiera el contenido mínimo del derecho, exigible a la luz de la normatividad internacional en cuanto a las prestaciones que han sido consideradas necesarias de cara a la garantía de la dignidad humana.

Tal posibilidad de intervención adquiere particular importancia en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta de sujetos tradicionalmente discriminados o marginados en razón de su condición económica, física o mental.

Así, aunque en principio los sujetos que se encuentran en las condiciones antes descritas deberían ser los principales destinatarios de la atención del Estado en materia de protección de sus derechos económicos, sociales y culturales, la inexistencia o inoperancia de las normas en la materia no puede servir de pretexto para dejar de brindarles la especial protección que a la luz de la Constitución merecen, por cuanto es respecto de ellos que el Estado Social adquiere una mayor significación debido a que, por regla general, estos sujetos carecen de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad. En tal sentido, corresponde al juez de tutela asumir la protección de los derechos fundamentales de los que aquéllos son titulares.

En el mismo sentido, es obligatoria la intervención del juez de amparo para erradicar tratos diferenciados carentes de justificación constitucional en relación con la asignación de prestaciones necesarias para asegurar el contenido mínimo de los derechos sociales, económicos y culturales definido por las normas que integran el bloque de constitucionalidad. Al respecto señaló la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas en relación con la naturaleza de las obligaciones de los Estados en cuanto a la garantía de estos derechos:

“(…) aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...".” El criterio así planteado permite establecer de una forma más comprensiva la procedencia de la acción de tutela que había sido reconocida como excepcional en otras ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación bajo la idea de protección del mínimo vital, de los sujetos en condiciones de debilidad manifiesta o incluso bajo el criterio de la conexidad, postura que en todo caso, como ha venido resaltándose, se torna innecesaria además de artificiosa si se parte de la consideración conforme a la cual los derechos todos sin importar la generación a la que se adscriban deben ser considerados fundamentales.

Lo anterior, no implica sin embargo perder de vista que tal calificación no lleva per se a admitir en sede de tutela cualquier pretensión relacionada con su protección, pues como antes se anotó, el amparo constitucional sólo será procedente en esta materia cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la seguridad social siempre que los mecanismos ordinarios de defensa no sean idóneos para procurar la protección del derecho o cuando con el amparo se pretenda evitar un perjuicio irremediable, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la seguridad social siempre que, como en el evento anterior, los mecanismos de defensa se adviertan ineficaces o se requiera conjurar un perjuicio irremediable y (iii) situaciones en las cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan garantizar a estas personas el contenido mínimo de sus derechos fundamentales exigible a la luz de la normatividad internacional.

Como corolario de lo anterior, cuando la protección del derecho a la seguridad social sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto- si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la

efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado.

2.2 La pensión de sobrevivientes. Objetivo e importancia como derecho subjetivo derivado del derecho fundamental a la seguridad social. Evolución normativa.

Como antes se anotó, el derecho a la seguridad social tiene como propósito principal procurar cierto grado de protección frente a las contingencias que pueden afectar la vida en condiciones dignas. Así las cosas, con miras a garantizar este derecho, el legislador ha identificado una serie de circunstancias en las cuales se torna necesario garantizar prestaciones de diferente tipo que permitan a las personas afectadas por dichas contingencias superar las condiciones de debilidad manifiesta que tales situaciones suponen.

Una de estas circunstancias es aquella que tiene lugar cuando quien proporciona los medios de subsistencia para un núcleo familiar determinado fallece, dejando a quienes lo integran desprovistos de los recursos económicos necesarios para procurar su sostenimiento, sin que para aquéllos sea posible asumir directamente tal responsabilidad en atención a su condición de ancianidad, invalidez o minoridad.

De esta forma, como mecanismo para procurar la protección de quienes se ven afectados por tal contingencia, el legislador previó que los aportes efectuados al Sistema General de Pensiones permitieran que una vez tuviera lugar un evento de este tipo, se configurara en cabeza de quienes dependían económicamente del causante dos derechos subjetivos diversos dependiendo de la calidad en la que éste se encontrara en el sistema. Así, de un lado encontramos el derecho a la pensión de sobrevivientes , destinado a conceder al núcleo familiar de un trabajador afiliado al sistema de seguridad social una prestación económica que supla, al menos parcialmente, el salario que éste devengaba y que permitía el sostenimiento de sus familiares. Y, de otro lado, cuando los ingresos aportados por el causante provenían no de un salario sino de la pensión de vejez o invalidez devengada por éste, sus familiares serán destinatarios de la sustitución pensional, esto es, pasarán a ocupar el lugar del causante como titular de dicha prestación.

Ahora bien, es importante advertir que las hipótesis de reconocimiento de esta prestación, así como el conjunto de beneficiarios de la misma han sido extendidos en forma paulatina por parte del legislador.

Así, una pensión de este tipo fue reconocida por primera vez por la ley 90 de 1946 bajo el nombre de pensión de viudez y orfandad, como procedente en caso de muerte del pensionado por vejez o invalidez a favor de la viuda, fuera o no inválida y del viudo inválido [15] así como de los hijos menores de 14 años o inválidos no pensionados.

[16] Más adelante, la ley 171 de 1961 dispuso en su artículo 12: 1) Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes.

2) A falta de cónyuge e hijos tienen derecho a esta pensión los padres o hermanos inválidos y las hermanas solteras del fallecido, siempre que no disfruten de medios suficientes para su congrua subsistencia y hayan dependido exclusivamente del jubilado.

De esta forma, surgió el denominado propiamente derecho a la pensión de sobrevivientes en cabeza de los familiares del trabajador que pese a no haber adquirido la pensión de vejez o invalidez tuviera derecho a alguna de ellas.

Así mismo, el conjunto de beneficiarios de este tipo de prestación fue ampliado a los padres y hermanos a falta de cónyuge o hijos del causante.

El término de dos años consagrado por las normas antes mencionadas fue extendido posteriormente a cinco años con fundamento en lo dispuesto por el decreto 434 de 1971 en su artículo 19.

Un derecho del mismo tenor fue previsto a favor de los servidores públicos por el artículo 1º de la 12 de 1975, disposición que adicionalmente estableció con mayor claridad los requisitos que debían acreditarse para tener derecho a la pensión de sobrevivientes:

“El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.” La anterior disposición fue recogida en similares términos por la ley 113 de 1985 y complementada por la ley 71 de 1988 que en su artículo 3º formuló importantes precisiones en relación con el grupo familiar destinatario de la pensión de sobrevivientes:

“Extiéndese (sic) las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho.

De igual manera respecto de los hijos entre sí. 2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.

3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.

4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.

El anterior régimen fue derogado por la ley 100 de 1993 que en su artículo 46 (modificado por la ley 797 de 2003 artículo 12) dispuso la unificación de los dos tipos de prestaciones bajo la denominación genérica de pensión de sobrevivientes [17] . En tal sentido, dicha norma dispuso que:

“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 y se acrediten las siguientes condiciones:

a) <Literal condicionalmente exequible> Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de

vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.” [18] Así mismo, señaló en su artículo 47 (modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003) [19] lo relativo a los beneficiarios de tal prestación en los siguientes términos:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad . En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte ;

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años [21] , incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno [22] ;

y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta [23] de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos [24] del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

[25] ” La configuración de cada uno de estos derechos (sustitución pensional y pensión de sobrevivientes propiamente dicha) obedece a una lógica diversa, por cuanto en el caso de la muerte del pensionado por vejez o invalidez, “tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente” [26] , mientras que en la hipótesis de muerte del afiliado, “la pensión de sobrevivientes que se paga a sus familiares es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, sino que se genera en razón de su muerte previo el cumplimiento de unos requisitos que el legislador ha previsto. Se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior” [27] .

Tal diferencia justifica entonces que para acceder a la pensión por muerte del afiliado, se requiera acreditar un mínimo de semanas cotizadas al sistema (en los tres años anteriores al deceso), toda vez que dicho régimen “ no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el aseguramiento del riesgo de fallecimiento del afiliado. Por esa razón el legislador, al regular la pensión de sobrevivientes, previó un tiempo mínimo de cotización, partiendo de la base que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones.” [28] Sin embargo, aún en aquellos eventos en los cuales el afiliado que fallece no ha cumplido con el periodo mínimo de cotización y los demás requisitos necesarios para otorgar a su núcleo familiar la pensión de sobrevivientes, se prevé el reconocimiento de una indemnización sustitutiva que de alguna forma permita a sus familiares asumir en forma digna las circunstancias que siguen al fallecimiento.

[29] De esta forma, al diseñar el sistema general de pensiones en el marco del Sistema de Seguridad Social Integral, el legislador no sólo sistematizó la regulación existente hasta la fecha en materia de sustitución pensional y pensión de sobrevivientes sino que, adicionalmente extendió la cobertura del sistema frente a hipótesis diversas de las previstas en normas anteriores.

Es importante destacar como uno de los avances más significativos en la materia, el relativo a la reducción de los requisitos necesarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, dado que bajo el régimen instaurado por la ley 100, ya no es necesario acreditar el cumplimiento del tiempo de servicios necesario para adquirir el derecho a la pensión de vejez o de invalidez, sino que basta acreditar un número de semanas cotizadas significativamente menor, lo cual implica la consagración de un mayor espectro de protección en relación con la particular contingencia a la que se ha venido haciendo referencia.

Lo sostenido anteriormente permite apreciar cómo las dos prestaciones (pensión de sobrevivientes y sustitución pensional), aún cuando obedecen a una lógica distinta, tienen un propósito idéntico consistente en “impedir que, ocurrida la muerte de una persona quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento” [30] .

En tal sentido, la exigencia relativa al reconocimiento y pago de estas prestaciones ha sido considerada un derecho fundamental en razón a la clara relación existente entre su garantía, el respeto de la dignidad humana y otros valores constitucionales [31] . Al respecto ha señalado la jurisprudencia constitucional:

“Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada.

[32] " El carácter fundamental del derecho no activa sin embargo en forma inmediata la competencia de la autoridad judicial en sede de tutela para procurar su efectividad, por cuanto, su garantía ha sido confiada en primer término a los mecanismos judiciales ordinarios. Así, en consonancia con lo anotado en el acápite anterior, la protección del derecho a

la seguridad social en relación con la exigencia de este tipo de prestaciones cuando –como se expuso detenidamente- media un desarrollo legal exhaustivo sólo puede ser reclamado por vía de tutela cuando los mecanismos ordinarios se advierten ineficaces o cuando se constate la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que justifique la urgencia de la protección.

[33] Adicionalmente, el juez de amparo está llamado a intervenir cuando a la luz de las circunstancias del caso concreto, el diseño legal o reglamentario de las prestaciones con fundamento en las cuales se busca garantizar el derecho a la seguridad social se advierte (i) discriminatorio ó (ii) insuficiente por dejar desprotegidos a sujetos que -en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran- han debido ser tenidos en cuenta por las normas en la materia y por el contrario, aquellas no dan cuenta de la especial protección que de acuerdo con el artículo 13 superior debe procurárseles. En tales eventos, la acción de tutela constituye el mecanismo idóneo para garantizar en forma efectiva el derecho a la seguridad social, aún cuando la pretensión reclamada haga parte de la dimensión prestacional de este derecho.

2. 3 La pensión de sobrevivientes en el régimen pensional del magisterio. Con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993 coexistían en Colombia gran cantidad de regímenes en materia de pensiones que buscaban atender en forma específica las diferentes necesidades y características de la labor desempeñada en los diferentes espacios laborales de los sectores público y privado.

Con la expedición de la mencionada regulación dichos regímenes fueron integrados casi en su totalidad al sistema general de pensiones, sin embargo, el legislador previó algunas excepciones:

“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.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

[34] De esta forma, se buscó proteger los derechos adquiridos por los trabajadores y pensionados pertenecientes a tales regímenes especiales por cuanto en muchos de ellos las prestaciones reconocidas superaban en forma significativa aquellas consagradas en el régimen que a partir de 1994 se aplica al resto de la población colombiana. Al respecto señaló la Corte que:

“El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.” [35] En el caso particular del magisterio, las prestaciones pensionales de los educadores continuaron siendo reconocidas con arreglo a las normas convencionales y legales anteriores a la ley 100 de 1993.

En tal sentido, y con la intención de examinar en forma detenida la regulación relativa a la pensión de sobrevivientes –propiamente dicha- es importante advertir que, de acuerdo con el artículo 279 de la ley 100, dicha prestación se encuentra gobernada en el caso del magisterio por normas especiales que impiden en principio, la aplicación de las normas generales en la materia.

Así las cosas, encuentra la Sala que tales prestaciones son reguladas en el caso de los educadores por varias normas que mantienen su vigencia para este específico régimen como pasa a exponerse.

En primer término, encontramos la previsión del artículo 7º del decreto 224 de 1972, norma que consagra la denominada pensión post – mortem 18 años en los siguientes términos:

“En el caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en los planteles oficiales por lo menos (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.” De otro lado, este régimen permite la aplicación del artículo 1º de la ley 12 de 1975 [36] , de conformidad con el cual:

“El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas.” Es importante recordar cómo la prestación prevista por la ley 12 de 1975 fue extendida por la ley 71 de 1988 (artículo 3º) a los padres y hermanos inválidos a falta de cónyuge o compañera(o) permanente del causante. Así mismo, debe resaltarse que de conformidad con el artículo 7º de la ley 71 de 1988 tienen derecho a la pensión de jubilación quienes logren acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias de las entidades de previsión social que del orden nacional o territorial o en el Instituto de Seguros Sociales .

Una previsión idéntica a la del conjunto normativo conformado por las leyes 12 de 1975 y 71 de 1988, fue efectuada en 1989 por el decreto 1160 [37] bajo la denominación de sustitución pensional en los siguientes términos:

“Articulo 5o. Sustitución pensional. Hay sustitución pensional en los siguientes casos: a). Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez;

b). Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

Articulo 6o. Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional: 1o. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente {y a falta de éste}, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge: a). por muerte real o presunta; b). Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico; c). Por divorcio del matrimonio civil.

2o. A los hijos menores de 18 años, inválidos o cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.

3o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales y adoptantes del causante que dependan económicamente de éste.

4o. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos y padres con derecho a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante y hasta cuando cese la invalidez.” Así las cosas, el panorama normativo antes descrito permite concluir que para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes en el régimen del magisterio es necesario acreditar:

(i) En el caso de el/la cónyuge o el/la compañero(a) permanente o los hijos menores o inválidos: a. Para tener derecho a una pensión equivalente al 75% del salario que devengaba el docente al tiempo de la muerte que sólo podrá recibirse por parte de los hijos durante 5 años:

18 años de servicio continuo o discontinuo en planteles oficiales por parte del docente fallecido. b. Para recibir un monto igual a la pensión de jubilación que le correspondería al docente:

20 años de aportes a cualquier entidad de previsión social . (ii) En el caso de los padres o hermanos inválidos a falta de los beneficiarios mencionados en el numeral anterior, la única posibilidad es acreditar 20 años de aportes a cualquier entidad de previsión social .

Así las cosas, se trata de un régimen claramente más exigente que el general establecido por la ley 100 de 1993 y modificado por la ley 797 de 2003, bajo el cual, como se vio, para acceder a la pensión de sobrevivientes es necesario acreditar 50 semanas de cotización al sistema durante los tres años anteriores a la muerte junto con una fidelidad al sistema del 20% siempre que el fallecido sea mayor de 20 años. Adicionalmente, en el régimen general la posibilidad de acceder a esta prestación existe tanto para el/la cónyuge, el/la compañero(a) permanente y los hijos, como para los padres y hermanos inválidos en subsidio de aquéllos.

Al respecto, es importante resaltar que la anotada diferencia en el trato no puede ser considerada prima facie contraria al principio de igualdad por cuanto, tal como se señaló líneas atrás, la conservación del régimen especial obedece al interés del legislador en conservar las mayores ventajas que éste prevé al ser apreciado en forma global en comparación con el sistema general de pensiones consagrado por la ley 100 de 1993.

Por tal razón la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de establecer los criterios con fundamento en los cuales puede considerarse como discriminatoria la diferencia en el trato existente entre el régimen general y un régimen especial en materia pensional. En tal sentido, señaló la Corte en sentencia C-835 de 2002 [38] :

“v) la Corte ha señalado que, aunque el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general [39] ; (v) No obstante, la Corte ha precisado que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, para que el trato diferencial otorgado por un régimen especial sea verdaderamente discriminatorio es necesario que el mismo se evidencie de manera sistemática, no fraccionada. En otros términos, el trato resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema -no apenas uno de

sus elementos integrantes-, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; (vi) Así entonces, si la desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio;

en estos casos deberá estudiarse –conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo [40] ; (vii) Al respecto la Corte ha señalado así mismo que "...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general' [41] .

En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica." [42] ;

(viii) La Corte ha precisado además que dado que los sistemas de seguridad social -tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con metodologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas -por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen-, no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación; (ix) Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico [43] .

(x) Pero la Corporación ha precisado que solamente podría darse esa circunstancia (a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (c) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente [44] ." Así las cosas, la Sala considera que dados (i) carácter autónomo de la prestación conocida como pensión de sobrevivientes, (ii) la inexistencia en el régimen especial del magisterio de una regulación clara e inequívocamente aplicable para otorgar dicho beneficio en condiciones siquiera cercanas a las previstas en el régimen general, así como (iii) la imposibilidad de concluir que exista alguna otra prestación propia del régimen especial que permita compensar la desigualdad frente al sistema fundado por la ley 100 de 1993, el trato diferenciado establecido por las normas antes citadas deviene carente de justificación constitucional y en tal sentido, deberá ser inaplicado en cumplimiento de lo dispuesto por la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y de la consecuente obligación del Estado de eliminar todo tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, esta Sala procederá a decidir la solicitud de amparo elevada en el proceso de la referencia por la señora Araminta Castro de Santana.

3. Caso concreto En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Araminta Castro de Santana solicita –por medio de su apoderada- la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital los cuales, estima han sido vulnerados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que con fundamento en la resolución No. 5103 proferida el 5 de octubre de 2007, negó el reconocimiento de la pensión post – motem 18 años a favor de la demandante. La accionante considera tener derecho a dicha prestación por cuanto dependía económicamente de su hijo, el señor Edilberto Castro Santana, quien prestó sus servicios a diferentes planteles educativos oficiales durante 19 años, 5 meses y 4 días y, al momento de su muerte, no contaba con unión matrimonial o de hecho ni hijos que pudieran considerarse beneficiarios de tal pensión.

Al respecto, señala la entidad demandada que en el caso sub examine no es procedente reconocer el pago de la prestación solicitada por cuanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7º del decreto 224 de 1972 la pensión post mortem 18 años sólo puede concederse a favor del cónyuge o compañero permanente y los hijos del docente que haya trabajado por los menos 18 años al servicio de planteles oficiales, con lo cual, la peticionaria en calidad de madre del educador fallecido no puede ser acreedora de tal prestación.

Adicionalmente, afirma el Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio que la otra norma que resultaría aplicable, esto es, el artículo 1º de la ley 12 de 1975 prevé las mismas restricciones en relación con los beneficiarios y adicionalmente estableció un tiempo de servicio superior para acceder a la pensión de sobrevivientes (20 años) el cual tampoco se encuentra acreditado en el caso del señor Castro Santana.

Como se advirtió, la accionante pretende la protección de su derecho fundamental a la seguridad social, por lo cual, de acuerdo con las consideraciones expuestas, corresponde a la autoridad judicial en sede de tutela determinar la procedibilidad de la acción de acuerdo con la específica pretensión reclamada en el caso concreto, esto es, el reconocimiento y pago de una prestación económica que le permita suplir la ayuda económica que en vida le proporcionaba su hijo. De esta forma, para la Sala es claro que la pretensión objeto de controversia en esta oportunidad hace parte de la faceta prestacional del derecho a la seguridad social. Así las cosas, el amparo sólo puede considerarse procedente siempre que (i) con él se pretenda la efectividad de un derecho subjetivo que de cuerdo con el desarrollo legal y reglamentario en la materia corresponde a la accionante y respecto del cual los mecanismos de protección ordinarios no resulten eficaces o cuando el obligar a la peticionaria a agotarlos pueda generar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, (ii) la asignación de una determinada prestación necesaria para asegurar la protección del derecho fundamental presuntamente vulnerado se funda en criterios discriminatorios, o (iii) pese a la inexistencia de una prestación concreta que pueda radicarse en cabeza del accionante, ésta se encuentra en evidentes circunstancias de debilidad manifiesta en atención a su condición física, económica o mental, razón por la cual, el juez de tutela es llamado a adoptar medidas que permitan hacer efectivo en el caso concreto el mandato de igualdad material (artículo 13 constitucional) y en tal sentido, la cláusula de Estado Social de Derecho (artículo 1º constitucional).

Ahora bien, en el caso objeto de decisión las normas que regulan las prestaciones pensionales en el régimen especial del magisterio no permiten afirmar que exista un derecho subjetivo en cabeza de la accionante por cuanto como se anotó anteriormente, la única norma que podría beneficiarla, esto es, el artículo 1º de la ley 12 de 1975 [45] establece como requisito previo para el reconocimiento de la pensión el haber acreditado aportes por un periodo mínimo de 20 años, exigencia que de acuerdo con los antecedentes no se cumple en esta oportunidad por un estrecho margen (poco más de 6 meses).

Lo anterior pone a la Sala ante la hipótesis en la cual la procedencia del amparo se encuentra supeditada de un lado, por la necesidad de adoptar medidas en el caso concreto que conjuren la situación de vulnerabilidad de la persona que solicita la protección por razones de índole eminentemente constitucional. Situación que en este caso, se encuentra suficientemente acreditada por cuanto, se trata de una persona adulta mayor que no cuenta con recursos económicos para procurar su sostenimiento en condiciones acordes con la dignidad humana pese a que elementales razones de equidad y justicia señalan que debería estar amparada en alguna forma por una prestación económica que supla la ayuda económica que en vida le proporcionaba su hijo, sobre todo por cuanto éste prestó sus servicios y efectuó aportes a un sistema de seguridad social durante un periodo tan prolongado.

De otra parte, el amparo sub iudice tiene por objeto corregir el trato discriminatorio que tiene lugar en la asignación de la prestación denominada pensión de sobrevivientes en el régimen pensional del magisterio. Así las cosas, es evidente que la aplicación de las diferentes regulaciones que podrían tener como efecto una prestación semejante a la solicitada en el régimen especial, generan la inexplicable exclusión de la señora Castro de Santana de una prestación a la que sin

embargo, tendría derecho si diera aplicación al sistema general de pensiones previsto por la ley 100 de 1993 y modificado por la ley 797 de 2003.

Y es que, en este caso se advierte claramente cómo la aplicación del régimen especial del magisterio, lejos de generar un beneficio superior al previsto en el régimen general, ha privado a la peticionaria de un beneficio del cual sería titular en forma incontrovertible si se aplicaran las normas generales que rigen la pensión de sobrevivientes.

La anterior conclusión lleva a la Sala a considerar que en el caso concreto la exclusión del sistema general de seguridad social en pensiones que tiene lugar en aplicación del artículo 279 de la ley 100 de 1993 resulta desproporcionada, pues no sólo no garantiza derecho adquirido alguno sino que adicionalmente, permite la aplicación de un régimen sumamente desfavorable para la accionante, con lo cual, tal excepción genera en últimas una diferencia de trato que no cuenta con ninguna justificación desde el punto de vista constitucional.

Por tal razón y con la intención de dar cabal cumplimiento a las obligación de eliminar todo tipo de discriminación la Sala ordenará dar aplicación en este caso a las normas que regulan la pensión de sobrevivientes en el régimen general de seguridad social, es decir, los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que tal decisión guarda directa relación con el propósito plasmado por el constituyente en el acto legislativo No. 1 de 2005, parágrafo transitorio No. 1, que en relación con la aplicación del régimen pensional del magisterio reafirmó lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81:

“Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.” En esos términos, el objetivo trazado por nuestra Constitución es precisamente el de dar paso a la aplicación de las normas generales en materia de seguridad social a todos los educadores, razón por la cual ha dispuesto que -para no desconocer los derechos adquiridos por éstos con arreglo a normas anteriores- la aplicación de dicho régimen general tenga lugar en relación con aquellos servidores vinculados a partir de junio de 2003 (entrada en vigencia de la ley 812).

De igual forma y con base en una lógica similar a la hasta aquí expuesta, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en fallo proferido el pasado 22 de febrero de 2001 decidió en el caso de la viuda y los hijos de un educador que había prestado sus servicios a diferentes planteles oficiales durante 15 años (tiempo insuficiente para acceder a la pensión post – mortem 18 años o a la pensión de sobrevivientes) dejar de lado la excepción consagrada por el artículo 279 de la ley en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y aplicar en su lugar las normas generales, valiéndose para el efecto de un argumento tendente a extender las consideraciones vertidas por la Corte Constitucional en sentencia C-465 de 1995. Al respecto señaló el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa:

“En ocasiones es necesario acudir al sentido común y no solo al texto frío de la ley encontrando una solución cimentada en principios de equidad y proporcionalidad, de los que se apartaría una decisión judicial que niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a quien ha aportado al sistema de seguridad social durante más de 15 años y la concede a quien demuestra aportes por 26 semanas, con el argumento simple de la existencia de un régimen de excepción que, dicho sea de paso, no regula pensión similar a la de sobrevivientes.

En las condiciones anteriores, considera la Sala, que procede examinar si el señor Libardo Rafael Pérez Navarro, causante de la pensión que ahora se reclama, reunía al momento de la muerte las condiciones exigidas por el artículo 46

de la ley 100 de 1993 para que sus beneficiarios sean acreedores a la pensión de sobrevivientes." De este modo, al negar a la señora Araminta Castro de Santana una prestación económica que supliera la ayuda económica que le proporcionaba en vida su hijo, pese a que aquél aportó por largo tiempo al régimen de seguridad social del magisterio, la entidad administradora del mismo vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de aquélla.

Adicionalmente, tal conducta desconoce de modo evidente el mandato de especial protección que en relación con los adultos mayores compete al Estado (artículo 47 superior). Al respecto, es importante resaltar que la inexistencia de normas legales o reglamentarias que consagren una prestación que permita atender las circunstancias de debilidad manifiesta de la peticionaria no puede argüirse como pretexto válidos desde la perspectiva constitucional para prorrogar el estado de indefensión que la aqueja.

Como corolario de lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y en consecuencia, se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer a su favor la pensión de sobrevivientes de su hijo Edilberto Castro Santana aplicando para el efecto las normas correspondientes de la ley 100 de 1993 y la ley 797 de 2003, en especial en lo relativo a los requisitos, beneficiarios, liquidación, actualización y pago de la mencionada prestación. Advirtiendo para el efecto que el requisito relativo al porcentaje de fidelidad al sistema debe analizarse en relación con la pertenencia del señor Castro Santana al régimen especial del magisterio.

V. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas en el proceso de la referencia por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Araminta Castro de Santana.

Segundo.- ORDENAR al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, dentro de los siguientes diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y disponga lo necesario para el pago de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte del señor Edilberto Castro Santana, a favor de la señora Araminta Santana de Castro de conformidad con lo dispuesto por la ley 100 de 1993, la ley 797 de 2003 y las demás que regulen lo concerniente a los requisitos, beneficiarios, liquidación, actualización y pago de la pensión de sobrevivientes en el Sistema General de Pensiones.

Tercero.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-730 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA Referencia: Expediente T-1855176 Acción de tutela instaurada por Araminta Castro de Santana contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito salvar mi voto al presente fallo, por cuanto considero que la acción de tutela incoada no ha debido prosperar por cuanto en el caso sub judice procedía aplicar el régimen especial del magisterio para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes y no el régimen general previsto por la Ley 100 de 1993 y modificado por la Ley 797 de 2003, tal y como se hizo en este caso.

Adicionalmente, este magistrado considera que en esta sentencia no se realizó el análisis ni las precisiones correspondientes respecto de los fallos de constitucionalidad de esta Corte en relación con la Ley 797 de 2003, varias de cuyas disposiciones y expresiones han sido declaradas inexequibles o exequibles de manera condicionada por esta

Corporación. Esto es especialmente válido en lo que se refiere a los artículos 11 y 12 de la mencionada ley y su presunta aplicación en el presente caso, artículos que fueron analizados en la sentencia C-1094 del 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, y que como ya lo anotara, son artículos que contienen disposiciones para el régimen general que considero que no procede aplicar en el caso examinado en esta oportunidad que debe regirse por el régimen especial del magisterio.

Por las razones anotadas, discrepo de la presente decisión de revisión de tutela. Fecha ut supra, JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado [1] “ En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.” [2] Artículo 1º.

[3] Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU480 de 1997, entre otras [4] Cfr.

Sentencia T-246 de 1992, T-453 de 1992, T-471 de 1992, T-481 de 1992, T-116 de 1993, T-440 de 1994, T-246 de 1996, T-395 de 1998, T-076 de 1999, T-321 de 1999, T-101 de 2001.

[5] Cfr. Sentencias T-471 de 1992, T-116 de 1993, T-679 de 2000 y T-772 de 2007. [6] Cfr. Sentencia T-181 de 1993. [7] Cfr. Sentencias T-426 de 1992, T-224 de 1995, T-569 de 1999, SU- 062 de 1999, entre otras.

[8] Cfr. Sentencia T-016 de 2007 y más recientemente C-463 de 2008. [9] Cfr. Sentencia T-447 de 2008. [10] Cfr. Sentencia T-585 de 2008. [11] Cfr. Sentencia T-580 de 2007.

[12] Cfr. En el mismo Sentido, Sentencia T-585 de 2008. [13] El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8 de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y finalmente, el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[14] "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". [15] Artículo 59.

[16] Artículo 60. [17] Dicha norma es aplicable al régimen de prima media con prestación definida y al de ahorro individual con solidaridad en virtud de los dispuesto por el artículo 73 de la ley 100 de 1993.

[18] En sentencia C-1094 de 2003 la corte decidió en relación con esta norma: “Declarar inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y Exequible , por los cargos analizados en esta Sentencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte” [19] Dicha norma es aplicable al régimen de prima media con prestación definida y al de ahorro individual con solidaridad en virtud de los dispuesto por el artículo 74 de la ley 100 de 1993.

[20] Los apartes subrayados fueron declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, en Sentencia C-1094 de 2003. [21] Este aparte fue declarado EXEQUIBLE en sentencia C-451 de 2005 [22] Este aparte fue declarado INEXEQUIBLE en sentencia C-1094 de 2003.

[23] Este aparte fue declarado INEXEQUIBLE en sentencia C-111 de 1996. [24] Este aparte fue declarado EXEQUIBLE en sentencia C-896 de 2006. [25] Las expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera

permanente" el la totalidad del texto de este artículo fueron declarados CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES en Sentencia C-336-08 "en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007, para las parejas heterosexuales"

. [26] Sentencia C-617 de 2001. [27] Sentencia C-617 de 2001. [28] Sentencia C-617 de 2001. [29] Ver artículo 49 ley 100 de 1993. [30] Cfr. Sentencias T-1247 de 2001, T-1229 de 2003, T-580 de 2005, T-190 de 1993, T-1176 de 2001, entre otras.

[31] Cfr. Sentencias T- 471 de 1992, T- 772 de 2007, T- 116 de 1993, T-679 de 2000 y T- 181 de 1993. [32] Sentencia T-173/94, ver en el mismo sentido:

Sentencias T-829/99, T-081/03, T-1229 de 2003. [33] En tal sentido Cfr. Sentencias T- 580 de 2005, T- 083 de 2004, T-425 de 2004, T- 789 de 2003, T-076 de 2003.

[34] El aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE " siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad y, en consecuencia, se reconozca a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a un beneficio igual o equivalente a la mesada pensional adicional, un beneficio similar" en sentencia C- 461 de 1995.

[35] Sentencia C- 461 de 1995 [37] "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 71 de 1988" [38] En el mismo sentido C-1032 de 2002. [39] "Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija.

Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta" (subrayas no originales) (Sentencia C-461 de 1995).

[40] Ver la Sentencia C-080/99, en la que se señala : "la singularidad y autonomía que caracterizan a estos regímenes excepcionales, sumado a la diversidad de prestaciones que los integran, han llevado a la Corte Constitucional a considerar que, en principio, "no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.".

[41] Sentencia T-348 de 1997. [42] Sentencia C-956/01. [43] Ibidem Sentencia C-956/01. [44] Sentencia C-890 de 1999. En dicha sentencia se señaló lo siguiente " 'Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente . En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 [45] Complementada por la ley 71 de 1988, la cual fue asimismo reglamentada por el decreto 1160 de 1989.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 12 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.