

**PROPUESTA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA 012 DE 2012 DEL  
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL: DERECHOS ADQUIRIDOS FRENTE A  
LAS EXPECTATIVAS DE DERECHOS**

**Participantes**

**Edward Jair Jiménez Rodríguez**

**Maricela Ortiz Mendoza**

**Gustavo de Jesús Rodríguez Arévalo**

**TUTOR**

**JOSÉ IGNACIO GONZALEZ BUITRAGO**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIONES  
FACULTAD DE POSGRADOS  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Bogotá D. C. 2016**

## **TABLA DE CONTENIDOS**

### **CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

1.1.1. Planteamiento de la pregunta

1.1.2. Hipótesis

#### **1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

1.2.1. Objetivo general

1.2.2. Objetivos específicos

#### **1.3. JUSTIFICACIÓN**

#### **1.4. MARCOS DE REFERENCIA**

1.4.1. Marco normativo y jurisprudencial

1.4.2. Marco conceptual

1.4.3. Marco teórico

1.4.4. Marco Legal

#### **1.5. DISEÑO METODOLÓGICO**

1.5.1. Enfoque metodológico

1.5.2. Tipo de investigación

1.5.3. Técnicas e instrumentos

1.5.4. Fases de la investigación

### **CAPITULO 2. DERECHO ADQUIRIDO VS EXPECTATIVAS DE UN DERECHO**

#### **2.1 DERECHOS ADQUIRIDOS**

#### **2.2 EXPECTATIVAS DEL DERECHO**

#### **2.3 DEBIDO PROCESO**

2.3.1 El principio de legalidad

2.3.2 El principio de imparcialidad

2.3.3 El principio de confianza jurídica

### **CAPITULO 3. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN POR MUERTE**

#### **3.1 SITUACIÓN ACTUAL - PLANTEAR CASOS EXTREMOS**

#### **3.2 PROCEDIMIENTO DIRECTIVA NO. 012 DE 2012**

#### **3.3 LA PRESCRIPCIÓN PARA EL PAGO A LOS BENEFICIARIOS**

#### **3.4 PROCEDIMIENTO PROPUESTO**

#### **3.5 PROPUESTA**

### **CONCLUSIONES**

### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## INTRODUCCIÓN

El problema que se evidencia, es el conflicto que se origina entre los beneficiarios debidamente acreditados y los que manifiestan ante la administración la intención de acreditar por la vía judicial el vínculo de consanguinidad o afinidad, el cual les daría la calidad de beneficiarios, el anterior problema surge por factores sociales y culturales que conllevan a desorden familiar, lo cual permite que al momento de acreditar los beneficiarios de las compensaciones por muerte, se evidencien conflictos de derechos entre (esposa, compañera permanente, hijo reconocido e hijo no reconocido, en otros casos hijos nasciturus), como quiera que no existe un procedimiento estipulado en la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional y la administración “Ejército Nacional de Colombia, Dirección de Prestaciones Sociales” ha adoptado una medida proteccionista respecto a los derechos de las personas que no acreditan la calidad de beneficiarios, pero aducen tener la expectativa, la cual se evidencian afectados los derechos de las personas que si acreditan la calidad de beneficiarios, la anterior problemática tiene gran impacto social, puesto que los beneficiarios de las compensaciones por muerte, son familias las cuales han sufrido la pérdida de un ser querido, lo cual hace más gravosa la situación.

La forma en que la administración ha dado manejo a la anterior situación es aplicar la prescripción de los derechos según lo estipulado en artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, la cual establece “los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, poniendo a esperar cuatro años a los beneficiarios debidamente acreditados.

De aquí que surja la siguiente pregunta ¿Cómo garantizar el goce de los derechos adquiridos frente a las expectativas de derechos de los beneficiarios, del personal fallecido de las Fuerzas Militares de Colombia, al momento de reclamar la compensación por muerte?

El enfoque metodológico utilizado para el presente proyecto de investigación, es cualitativo, el cual busca coordinar y alcanzar los objetivos propuestos, fijando una serie de puntos de estudio predeterminados tales como el Derecho al Debido de Proceso, el Principio de Legalidad, el Principio de Imparcialidad, el Principio de Confianza Jurídica, la Expectativa de Derechos vs Derecho adquirido, con esto se lograra, reconstruir la realidad, jurídica que gira en torno al tema motivo de investigación.

El tipo de investigación que se propone en el presente trabajo, es Proyectiva toda vez que se va a elaborar de una propuesta de modificación de la directiva 012 de 2012, como solución al problema planteado.

La población a investigar está compuesta por el personal militar del Ejército Nacional que en el momento de fallecer estando en servicio activo, se presentan a reclamar la prestación social de carácter unitario de compensación por muerte, beneficiarios debidamente acreditados y beneficiarios los cuales tienen la expectativa de adquirir esta calidad.

No en vano Colombia es un Estado Social de Derecho, y cobra gran importancia establecer un procedimiento que garantice el derecho al debido proceso, aplicando los principios de legalidad e imparcialidad, y es importante porque genera justicia, Jorge Carvajal La justicia, en su libro titulado el derecho y el conflicto social en Colombia, nos dice “Hoy, después de cerca de doscientos años de historia constitucional, la aspiración de tener una sociedad justa sigue viva. Las relaciones de exclusión, explotación y discriminación se han perpetuado y la Constitución, que busca ser la guía política, social y económica, no ha logrado esta aspiración, que ha de ser mediatizada por la creación de normas justas que permitan la convivencia y superación del conflicto social.”, es esta la principal justificación del presente trabajo de investigación, generar un procedimiento justo el cual garantice a las partes intervinientes el derecho al debido proceso.

Encontrar el procedimiento conveniente para resolver el conflicto que surge entre los beneficiarios debidamente acreditados y los que manifiestan ante la administración la intención de acreditar por la vía judicial el vínculo de consanguinidad o afinidad, el cual les daría la calidad de beneficiarios, para el reconocimiento y pago de la prestación

correspondiente a la compensación por muerte del personal de Oficiales o Suboficiales que fallezcan simplemente en actividad, misión del servicios o en combate y los Soldados regulares, bachilleres o campesinos que fallezcan simplemente en actividad o misión del servicio, es importante, en la medida que los beneficiarios generalmente están conformados por menores de edad, quienes gozan de protección especial en nuestro ordenamiento constitucional, desde la ventana de observación del derecho administrativo, la expedición de un acto de la administración que resuelva el conflicto planteado debe estar motivado sobre las garantías y derechos constitucionales y legales que amparan a los administrados.

La Línea institucional de investigación a la que se adscribe el trabajo se refiere a la Reforma a la justicia es la línea de investigación, la cual tiene como sub línea de investigación el Derecho constitucional, administrativo de justicia y bloque de constitucionalidad, en la cual está enmarcada la presente investigación, está relacionada con la misión y con la visión de la universidad, toda vez que se está proponiendo una modificación que contribuirá cambio social, fruto del compromiso con la función social.

El contenido del texto se construyó en tres capítulos como se describen a continuación.

En el primer capítulo del trabajo se describen los antecedentes de la investigación, que se inicia con la expedición del decreto 1211 de 1990 el cual estipula para el personal uniformado de las FF MM que fallezcan, tienen derecho a que a los beneficiarios se les reconozca y pague, una indemnización llamada compensación por muerte, cuyo desarrollo es esencialmente jurisprudencial.

Se planteara el problema desde el punto de vista de la protección al derecho adquirido por el beneficiario, sobre la mera expectativa, protección que no se está brindando en la Directiva 012 de 2012, para lo cual se plantea la Hipótesis de hacer esta modificación enmarcada dentro los principios de legalidad e imparcialidad de manera que se garantizara el derecho al debido proceso de las partes que tienen injerencia en el reconociendo de ésta compensación.

Armonizando los objetivos generales con los específicos, justificando la modificación propuesta, dentro de unos marcos de referencia teórico, conceptual y normativo, mediante una metodología cuantitativa.

En el segundo capítulo se desarrolla el concepto de derecho adquirido que la propia Constitución lo garantiza y protege, mientras, no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador, siendo ésta última categoría donde debe ubicarse la llamada ‘condición más beneficiosa’.

Se definen los conceptos desde el derecho internacional, como en el derecho interno, buscando como finalidad la modificación de la Directiva 012 de 2012, dándole alcance a los sujetos involucrados, obteniendo como resultado un procedimiento que privilegie el derecho fundamental al debido proceso, para que los beneficiarios obtengan a satisfacción la compensación por muerte.

Finalmente, en el capítulo tercero se describe el procedimiento al que se busca llegar, es para disminuir el tiempo de reconocimiento de ésta prestación con la debida ponderación de los derechos en conflicto, cuando se presenten las condiciones para la aplicación de lo estipulado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establece la prescripción de 4 años.

Adicionalmente, como producto del trabajo se hace una propuesta para establecer un procedimiento para el pago de la compensación por muerte, a los beneficiarios que acrediten el derecho adquirido, en un tiempo menor a los 4 años como actualmente lo determina la Directiva 012 de 2012, sin desconocer los derechos de quienes al momento del deceso del causante, conserven meras expectativas, garantizando el derecho al debido proceso a las partes involucradas.

## **RESUMEN.**

Las Fuerzas Militares de Colombia por la misión constitucional que desempeñan especialmente en el mantenimiento del orden público, se ven constantemente expuestos a soportar una carga mayor a la carga que soportan el resto de los ciudadanos, es por esto que los miembros activos de la Fuerza Pública y sus familias gozan de algunos beneficios para compensar el riesgo a los que están sometidos en el cumplimiento de su oficio, uno de esos beneficios es la compensación por muerte que reciben los familiares de quienes mueren estando al servicio de las fuerzas militares, esta compensación por muerte está establecida en la Directiva 012 de 2012 emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

Tal Directiva señala una prescripción de cuatro años según lo establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que se contarán desde la fecha que se hicieron exigibles, como también indica que el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre el derecho a la compensación por muerte interrumpe la prescripción por un lapso igual. Sin embargo al momento de acreditar los dolientes ser beneficiarios del derecho que han adquirido (esposa, compañera permanente, hijo reconocido e hijo no reconocido, en otros casos hijos nasciturus), como quiera que no existe un procedimiento estipulado en la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional y la administración “Ejército Nacional de Colombia, Dirección de Prestaciones Sociales” ha adoptado una medida proteccionista respecto a los derechos de las personas que no acreditan la calidad de beneficiarios, pero aducen tener la expectativa, en la cual se evidencian afectados los derechos de las personas que si acreditan la calidad de beneficiarios, teniendo gran impacto social, puesto que los beneficiarios de las compensaciones por muerte, son familias las cuales han sufrido la pérdida de un ser querido, lo cual hace más gravosa la situación.

## **PALABRAS CLAVES.**

Derechos adquiridos, meras expectativas pago de la compensación por muerte, prescripción.

## **ABSTRAC.**

The Armed Forces of Colombia by the constitutional mission that particular play in maintaining public order, they are constantly exposed to bear a greater burden to burden the rest of citizens, it is why the active members of the security forces and their families enjoy some benefits to offset the risk to which they are subject in carrying out their trade, one of those benefits is compensation for death received by relatives of those who die in the service of military forces, this death compensation is set in Directive 012 of 2012 issued by the Ministry of National Defense.

Such a prescription Directive states four years as set out in Article 174 of Decree 1211 of 1990, to be counted from the date they became payable, also it indicates that the written complaint received by the competent authority on the right to compensation for death interrupts prescription for the same period. However when the mourners prove to be beneficiaries of the right they have acquired (spouse, permanent companion, son and son recognized not recognized, in other cases children unborn child), inasmuch as there is no procedure stipulated in Directive 012 of 2012 of the Ministry of National Defense and the "National Army of Colombia Administration, Address Social Benefits ", has adopted a protectionist measure on the rights of people who do not prove the quality of beneficiaries, having great social impact, since the beneficiaries of the compensation for death, are families who have suffered the loss of a loved one, which makes the situation more burdensome.

Observing the principles of legality and impartiality, guaranteeing the right to due process, opposing the acquired right vs mere expectations and describing the reasons why it is harmful to use Article 174 of Decree 1211 of 1990 as a solution to the problem, the following procedure is proposed.



## **CAPITULO I.**

### **ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El problema que se investiga hace referencia al conflicto que se origina entre los beneficiarios de las compensaciones por muerte, debidamente acreditados y los que manifiestan, ante la administración, la intención de acreditar, por la vía judicial, el vínculo de consanguinidad o afinidad, el cual les daría también la calidad de beneficiarios; el anterior problema surge por factores sociales y culturales que conllevan a desorden familiar, lo cual permite, que al momento de acreditar que se beneficiario, se evidencian conflictos jurídicos entre esposa, compañera permanente, hijo reconocido e hijo no reconocido, en otros casos hijos nasciturus, como quiera que no existe un procedimiento estipulado en la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional. Para superar esta situación, la administración del “Ejército Nacional de Colombia, Dirección de Prestaciones Sociales” ha adoptado una medida de carácter proteccionista, respecto a los derechos de las personas que aún no pueden acreditar la calidad de beneficiarios, pero que frente a la afirmación de los que aducen tener la expectativa, la administración accede a esperar que se obtenga la calidad, afectando con ello el derecho sí ya consolidado de quienes tienen la calidad. De paso esta situación tiene gran impacto en las familias de los soldados muertos, que hace más duro el duelo y más gravosa su situación.

La forma como la administración ha dado manejo a la anterior situación es la de aplicar la figura de la prescripción de los derechos, de conformidad con lo estipulado en artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establece: “los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, con esta forma de solución solo se logra que la espera para los beneficiarios debidamente acreditados sea de cuatro años.

### **1.1.1. Planteamiento de la pregunta**

¿Cómo garantizar el goce de los derechos adquiridos frente a las expectativas de derechos de los beneficiarios del personal fallecido de las Fuerzas Militares de Colombia, al momento de reclamar la compensación por muerte?

### **1.1.2. Hipótesis**

El análisis de la doctrina, la norma y la jurisprudencia, respeto a los derechos adquiridos frente a expectativas de derechos y la aplicabilidad de la prescripción de derechos nos darán herramientas suficientes para proponer al Ministerio de Defensa Nacional, la modificación de la directiva 012 de 2012. Esta modificación estará enmarcada dentro los principios de legalidad e imparcialidad de tal manera que se garantice el derecho al debido proceso de las partes que tienen injerencia en el reconocimiento de la compensación por muerte.

## **1.2. Objetivos de la investigación**

### **1.2.1. Objetivo general**

Presentar una propuesta de modificación a la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional, que de una solución a la problemática que se evidencia, con las personas que solo manifiestan meras expectativas de ser beneficiarios de la compensación por muerte.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Identificar las normas vigentes sobre la compensación por muerte de miembros de las fuerzas militares y cómo la jurisprudencia y la doctrina han hecho aplicación de ella, respeto a los derechos adquiridos frente a expectativas de derechos.
- Identificar los elementos jurídicos que deben ser considerados para realizar una modificación a la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional.

### **1.3. Justificación**

El decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares” en su Capítulo V, estipula que el personal de Oficiales Suboficiales que fallezcan simplemente en actividad, misión del servicio o en combate y los Soldados Regulares Bachilleres o Campesinos que fallezcan simplemente en actividad o misión del servicio, tienen derecho a ser beneficiarios del reconocimiento y pago de una indemnización llamada “compensación por muerte”.

La Directiva 012 de 2012 la cual es emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se señalan las políticas y procedimientos que se deben tener en cuenta en el Ministerio, las Fuerzas Militares y las diferentes dependencias que los conforman, en el trámite del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se causen a favor del personal en servicio activo y retirado del Ministerio de Defensa Nacional o de sus beneficiarios. Esta directiva no estipula el procedimiento a seguir cuando se presenten casos en los cuales exista conflicto que se origina entre los beneficiarios debidamente acreditados y los que manifiestan, ante la administración, la intención de acreditar, por la vía judicial, el vínculo de consanguinidad o afinidad, el cual les daría la calidad de beneficiarios.

La Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército por intermedio de su Dirección de Prestaciones Sociales, quien tiene como competencia funcional reconocer y ordenar el pago de las prestaciones sociales de carácter unitario, para el caso que nos ocupa la “compensación por muerte”, al no tener un procedimiento establecido para dirimir el conflicto ya mencionado, recurre a normas auxiliares que algunas veces pueden ir en contra de alguna de las partes del proceso.

Sobre las investigaciones que se ha realizado sobre el tema en particular, se puede resaltar la efectuada por Ricardo Barona Betancourt de la Universidad Autónoma de Colombia, en su trabajo titulado: “Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano”, menciona que la Constitución Política de 1991, declara desde su artículo 1 que Colombia “es un Estado social de derecho”, por tal razón, el Estado tiene un papel de promotor del desarrollo y la justicia sociales, para combatir las desigualdades humanas con

sus mecanismos políticos y económicos. En esta órbita de aspiraciones políticas y sociales se encuentran, en un plano prevalente, los principios del derecho laboral, que resultan primordiales en razón a que posibilitan los medios de subsistencia, y la calidad de vida, para el mayor número de la población; en razón de que son un factor económico del cual dependen de manera general el crecimiento y desarrollo económico; y en razón a que de ellos se desprenden variadas y complejas relaciones sociales concurrentes y divergentes por los intereses que en ellas se traban.

En la misma línea se encontró la investigación efectuada por Juliana Pérez Restrepo de la Universidad de Antioquia en el 2013 titulada: El derecho constitucional a la prueba judicial, la cual aborda el tema presentando el derecho a la prueba, desde una perspectiva jurisprudencial en sede Constitucional, desde allí analiza su fundamentación, configuración legal y los sus límites constitucionales y legales del derecho a la prueba. El estudio se, acompañó de la construcción doctrinaria en lo tocante a los derechos fundamentales y el derecho a la prueba propiamente dicho; lo cual se logró a través de revisión documental y análisis jurisprudencial. Con base en sus hallazgos, se concluye que el derecho a la prueba es un derecho constitucional fundamental, pues su violación genera causal de procedibilidad de acción de tutela contra sentencias judiciales por defecto fáctico, con base en subreglas jurisprudenciales que constituyen precedente en el sistema jurídico colombiano.

De igual manera, el derecho a la prueba se manifiesta en cada una de las fases de la actividad probatoria, esto es, en el aseguramiento, solicitud, admisión, decreto, práctica y valoración probatoria y admite limitaciones como la pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad y licitud de la prueba.

Otra investigación que se debe resaltar es la realizada por Pedro Javier Barrera Varela, de la Universidad Libre de Colombia en el 2012, titulada “Principialística y Derecho Administrativo”, en esta el autor manifiesta que: el derecho cambia, muta, se transforma y se adapta de acuerdo al contexto social. Desde otrora los teóricos han entendido esta verdad como un verdadero postulado del Derecho, de la Justicia y de la misma realidad social. Sin embargo, en la actualidad este postulado o mejor esta verdad a cantaros, debe ser reforzada con un nuevo concepto consistente en la maleabilidad o

flexibilización del derecho, para decir que dentro de esa dinámica compleja del ordenamiento jurídico, es viable la coexistencia de principios, normas, meta-normas, valores, derechos, y leyes, sin que se excluyan o se anulen entre sí.

Es de esta manera como se han mencionado algunas investigaciones que hacen referencia al tema que nos ocupa y de allí que se fundamente y justifique la presente indagación y adquiera la importancia jurídica al proporcionar un camino legal para solucionar un problema social plenamente identificado.

Encontrar el procedimiento conveniente para resolver el conflicto que surge entre los beneficiarios debidamente acreditados y los que manifiestan ante la administración la intención de acreditarla por la vía judicial, con fundamento en el vínculo de consanguinidad o afinidad, les daría la calidad de beneficiarios, para el reconocimiento y pago de la prestación correspondiente a la compensación por muerte del personal de Oficiales o Suboficiales que fallezcan simplemente en actividad, misión del servicios o en combate y los Soldados regulares, bachilleres o campesinos que fallezcan simplemente en actividad o misión del servicio, es importante, en la medida que los beneficiarios generalmente son menores de edad, quienes gozan de protección especial en nuestro ordenamiento constitucional. En sede administrativa, la expedición de un acto administrativo que resuelva el conflicto planteado debe estar fundamentado en las garantías y derechos constitucionales y legales que amparan a los administrados.

No en vano Colombia es un Estado Social de Derecho y de allí que cobre gran importancia establecer un procedimiento que garantice el derecho al debido proceso, aplicando los principios de legalidad e imparcialidad, y es importante porque genera justicia. Carvajal (2002) afirma:

*Hoy, después de cerca de doscientos años de historia constitucional, la aspiración de tener una sociedad justa sigue viva. Las relaciones de exclusión, explotación y discriminación se han perpetuado y la Constitución, que busca ser la guía política, social y económica, no ha logrado esta aspiración, que ha de ser mediatizada por la creación de normas justas que permitan la convivencia y superación del conflicto social.(p.174).*

Es entonces la Justicia la principal justificación del presente trabajo de investigación, generar un procedimiento justo el cual garantice a las partes intervinientes el derecho al debido proceso.

#### **1.4. MARCOS DE REFERENCIA:**

##### **1.4.1. Marco conceptual**

A continuación describiremos los principales conceptos que se han de considerar en la presente investigación y que hacen referencia a la Unión Marital de hecho, al Orden de los beneficiarios, al concepto de esposos y de compañeros permanentes, los principios jurisprudenciales del tema investigado y finalmente, conceptos relativos a los principios jurisprudenciales del tema investigado. Veamos:

**Unión Marital de Hecho:** La Ley 979 de 2005, que modificó parcialmente la Ley 54 de 1990, se estableciendo unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes, teniendo en cuenta que se presume la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, indica también, que por un lapso menor de dos años de convivencia, es necesario que la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la última unión marital de hecho; resalta la necesidad de declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho, por manifestación expresa, hecha en acta de conciliación suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido o por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia

**Orden de los beneficiarios:** Beneficiarios según el Decreto 4433 de 2004, que desarrollo lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en su artículo 11 indica el orden de los beneficiarios de las pensiones por muerte en servicio activo del personal militar en servicio activo, dependiendo del estado civil del causante, de si tiene o no hijos y de sus padres si

dependían económicamente del fallecido. Para efectos del reconocimiento de esta prestación, el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.

Este estatuto prevé la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte. 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 treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años, el artículo 12 indica las condiciones por las cuales se pierde la condición de beneficiario, como es la muerte real o presunta, el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación legal de cuerpos o cuando lleven cinco años o más de separación de hecho.

El Decreto establece las situaciones en las cuales se puede dar la muerte del causante, si es en combate, en misión del servicio, o en simple actividad, indicando los porcentajes a pagar por cada caso

**Los esposos o los compañeros permanentes:** Para establecer situaciones particulares las Altas Cortes en sus diferentes decisiones han producido jurisprudencia para establecer que debe comprenderse como beneficiarios.

Ahora bien la Colombia, Corte Constitucional (2008, octubre), "*Sentencia C-1035*" M. P. Córdoba Triviño, J., Bogotá, examinó la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En esa ocasión, el Alto Tribunal resolvió condicionar la exequibilidad de la norma, enseñando que debe comprenderse como beneficiarios de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente, de tal manera que la pensión se divida con el esposo o esposa en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o causante.

La Corte consideró que, si bien la unión marital de hecho y el matrimonio pueden recibir un tratamiento legal diferente, resulta inconstitucional que las distinciones resulten de prejuicios y de suponer que la unión marital de hecho es una unión de segunda y por lo tanto al recibir una protección constitucional menor a la del matrimonio, crear distinciones con fundamento en el origen familiar.

Es innegable que el matrimonio cambia el estado civil de las personas, por lo que el ordenamiento jurídico prevé la imposibilidad de hacer nacer una sociedad patrimonial cuando exista vínculo marital vigente o una sociedad conyugal no disuelta en el año anterior. O, dicho de otra manera, el cónyuge puede solicitar el amparo del Establecimiento ante un incumplimiento del contrato matrimonial, mientras que quien se une en una unión marital de hecho, renuncia voluntariamente a este amparo y, por consiguiente, el Estado no puede otorgarle una protección especial cuando deba decidir entre salvaguardar a un cónyuge inocente y a un compañero de hecho.

Lo que se refuerza la en la, Colombia, Corte Constitucional (2010, septiembre), “Sentencia C-700” M.P. Pretelt Chaljub, J.I., Bogotá. Donde estableció que no era procedente el nacimiento de una sociedad patrimonial, cuando preexista un vínculo marital o una sociedad conyugal no disuelta, para evitar la confusión de patrimonios.

Es importante destacar que la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la siguiente expresión contenida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 por la presunta violación de los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución, señalando:

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

*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. Colombia, Corte Constitucional (2008, octubre), “Sentencia C-1035” M. P. Córdoba Triviño, J., Bogotá.*



Luego la Corte sobre el 3° -tercer inciso del numeral 3.7.2 de la Ley 923 de 2004, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

*Por lo que Declara EXEQUIBLE la expresión: En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Colombia, Corte Constitucional (2008, julio), “Sentencia C-456” M. P. Gonzalez Cuervo, M., Bogotá.*

**Los principios jurisprudenciales del tema investigado:** Para encuadrar la investigación dentro de unos elementos jurídicos, se toman algunos de los que regulan el procedimiento administrativo, el cual se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo, para el caso que nos ocupa, los más relevantes son:

Principio de legalidad: Las autoridades administrativas, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y las normas, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. La Corte Constitucional al hacer referencia al derecho al debido proceso con relación al principio de legalidad, manifiesta:

*Que uno de los principios que estructuran el derecho al debido proceso señalado por el artículo 29 de la Constitución, es el de legalidad, según el cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este precepto supone, según la Sentencia C-592 de 2005, que el legislador debe tener en cuenta lo siguiente: “(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso. Colombia, Corte Constitucional (2011, mayo), “Sentencia C-444” M.P. Henao Perez, J.C., Bogotá.*

La Corte Constitucional ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder, en este sentido ha dicho esa Corporación que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.

En la misma línea ha dicho que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder, para esa Corporación, el principio de legalidad corresponde a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de una ley previa y escrita. Para garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los demás elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción. Desde esta perspectiva, interesa a la administración que la autoridad observe dichos elementos.

Sin perder de vista que, según el artículo 5 de la Constitución, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para las autoridades administrativas en sus decisiones

Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general. La Corte Constitucional al mencionar la Imparcialidad Objetiva, señala que la imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad, esto determinante al momento de evaluar el grado de imparcialidad de un administrador de justicia.

De la misma manera hace referencia al concepto de la Imparcialidad Subjetiva, en los siguientes términos: La imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer. Corte Constitucional, (2009, octubre), “*Sentencia C-762*”, M.P. Henao Perez, J. N., Bogotá.

En plena consonancia con este principio, la Corte Constitucional así lo afirmó

*La convivencia pacífica y el orden justo, consagrados en la Constitución como principios que rigen la relación entre las personas y el ordenamiento constitucional colombiano, reposan sobre la institución del tercero imparcial(...). La actuación parcializada de este funcionario daría al traste con cualquier posibilidad de lograr una decisión justa, y convertiría al Estado de Derecho en una burla cruel para quienes se acercarán a los estrados judiciales en procura de cumplida justicia. Sobre la identidad del principio de imparcialidad. Corte Constitucional, (2003, febrero), “Sentencia C-095”, M.P. Escobar Gil, R., Bogotá.*

En los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política indican como característica de la propia de la administración de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción en la adopción de sus decisiones al principio de *imparcialidad*. En cualquier decisión administrativa, es el acopio de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley.

*En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en dónde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho Corte Constitucional, (2003, febrero), “Sentencia C-095”, M.P. Escobar Gil, R., Bogotá.*

Principio de confianza jurídica: En Sentencia T-308/11 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto la Corte describió el contenido y el alcance del Principio De Confianza Legítima, como:

*La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta*

*Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido, sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.” Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello. Corte Constitucional, (2011, abril), “Sentencia T-308” M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá.*

En dicha sentencia, realiza algunas consideraciones sobre el principio de confianza legítima, en el marco de las relaciones entre la administración y los administrados, manifestando que, la doctrina ha definido la confianza legítima como un valor ético que integra la buena fe y que comprende:

*La necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.” (...) “La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuada, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Corte Constitucional, (2011, abril), “Sentencia T-308” M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá.*

Así las cosas, la confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.

Derecho adquirido: Un derecho adquirido solo puede exigirse cuando se haya causado, es decir, cuando ingrese al patrimonio de la persona que exhibe un justo título, como lo recordó el. Concejo de Estado, (2014, julio), “Sentencia CE-18182013” M.P.

Gómez Aranguren, G.E., Bogotá., al analizar el Decreto 1213 de 1990, señalando, que quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional podían acceder voluntariamente a la carrera del nivel ejecutivo, y debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno, sin ser desmejorados o discriminados.

Al respecto, recordó que el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior, en cierta medida, ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega ese derecho.

Como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere.

Un criterio esencial para determinar si se está o no en presencia de un derecho adquirido es analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido los supuestos fácticos previstos en la norma anterior para conferirlo, aunque su titular no lo hubiera ejercido.

Emparejado con el derecho adquirido, se encuentra el principio de favorabilidad, que debe ser aplicado cuando dos normas susceptibles de ser aplicables se encuentren plenamente vigentes, en punto a elegir una u otra en favor del ciudadano, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición. Lo anterior, en razón a que la aplicación del principio de favorabilidad es de carácter excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Expectativa de derechos: En oposición a los derechos adquiridos se encuentran las meras expectativas. Estas no constituyen en propiedad un derecho, sino razonables conjeturas, fundadas en normas vigentes, relativas a la adquisición de un derecho. Se las considera orígenes de derechos que para desarrollarse necesitan la realización de acontecimientos ulteriores. No pasan de ser una esperanza o posibilidad de convertirse en derechos adquiridos e ingresar en el patrimonio de una persona cuando se reúnan los

presupuestos legales correspondientes, las que mientras tanto no son sino una mera eventualidad. Pueden ser revocadas por las leyes que las han conferido. Su desaparición también se justifica mediante una reforma normativa, sin que con ello se incurra en retroactividad.

La mera expectativa se equipará a una simple facultad, pues una expectativa constituye la aptitud legal de una persona, o una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa firmeza no es sino una eventualidad que no refuta el cumplimiento de la ley que modifique o unifique esa perspectiva.

Solo cuando la facultad hubiere sido ejercida de modo a que produzca consecuencias jurídicas tiene lugar el nacimiento de un derecho a favor del titular, que no puede ser afectado por la ley que modifique la facultad en virtud de la cual el sujeto ha obrado. Posteriormente el legislador es capaz de modificar la mera facultad de un sujeto, y aún quitársela para el futuro, pero no puede desvirtuar el efecto que la facultad ha operado en el pasado sin quebrantar el principio de la irretroactividad de la ley, porque ya constituye tal efecto un derecho adquirido por el titular. Las meras expectativas no son derechos. Una facultad conferida por una norma que aún no fue ejercida automáticamente cae cuando dicha norma es derogada, reemplazada o modificada.

Por ello la jurisprudencia ha determinado que cuando una persona está ante una posibilidad razonable de acceder a un derecho, pero no ha cumplido los presupuestos de hecho necesarios según la ley vigente para darle nacimiento, la misma se encuentra en presencia de una mera expectativa, que puede ser modificada o suprimida por una norma posterior sin incurrir en retroactividad.

El ejemplo clásico de simple expectativa está constituido por la esperanza de acceder a una pensión al cumplir los requisitos de edad y tiempo cotizado, que puede truncar una norma posterior que aumente la edad y el tiempo de servicio.

## 1.4.2. MARCO TEÓRICO

Uno de los temas determinantes de la presente investigación gira sobre la óptica de los derechos adquiridos y las meras expectativas, razón por la cual citamos la teoría clásica que sobre el tema que se trata.

No todos los que sustentan esta teoría coinciden en los diversos aspectos que presenta. Nos atendremos a la versión que se considera más acabada.

*Se entiende por derecho adquirido todo derecho que es consecuencia de un hecho apto para producirlo bajo la ley vigente en que el hecho se ha realizado y que ha entrado (el derecho) inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlo valer se presente en el tiempo en que impera otra ley.*

*También se dice que derecho adquirido es el que para existir cumple todos los requisitos impuestos por la ley bajo cuya vigencia nace y que, por tanto, entró en ese tiempo a formar parte del patrimonio de su titular, aunque la ocasión para hacerlo valer se presente bajo la ley posterior.*

*El hecho idóneo para producir un derecho puede ser del hombre o de la ley. Ejemplo del primer extremo es el derecho de crédito que nace en virtud de un contrato, y ejemplo del segundo es todo hecho al que la ley por su solo ministerio genera un derecho a favor de una persona.*

*Se entiende por facultades legales, en el campo de esta teoría, los supuestos para la adquisición de derechos y las posibilidades de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar (es decir de ejercitar un derecho), la facultad de testar.*

*Las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aun no convertida en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva.*

*La teoría de los derechos adquiridos, entre otras dificultades que presenta en la práctica, resalta la de no ser siempre posible distinguir cuándo se está frente a un verdadero derecho adquirido o ante una mera expectativa. Con todo se estima que esta teoría puede prestar útiles servicios “siempre que se tenga presente que la adquisición del derecho se refiere a éste en su unidad conceptual y no a su contenido de poderes. El derecho una vez adquirido no se pierde nunca más; pero los poderes que de él emanen, así como la forma y modo de su ejercicio, se someterán a la disciplina de la nueva ley. (Alessandri, Somarriva y Vonadomic 1998, p.228)*

De lo anterior se puede decir que la distinción entre efecto retroactivo, que es la aplicación de la ley en el pasado, en el tiempo anterior a su entrada en vigor, y efecto inmediato, que es su aplicación en el presente trabajo.

El problema radica en determinar la acción de la ley frente a situaciones jurídicas. El concepto de situación jurídica es amplio y constituye una de las bases de la teoría; puede definirse como la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica. La noción de situación jurídica –afirma Roubier– es superior a la de derecho adquirido, porque no entraña forzosamente, como ésta, un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor de edad, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede siquiera hablarse de derechos adquiridos; no puede decirse que el estado de interdicción, de menor edad, de pródigo, constituye un derecho adquirido, pero sí que es una situación jurídica.

La teoría parte de la observación de que toda situación jurídica puede ser sorprendida por la nueva ley en diversos momentos, ya sea en el de su constitución, o en el de su extinción, o en el momento en que produce sus efectos. Alessandri, A., Somarriva, M. y Vonadomic, A. (1998).

*La ley nueva tiene efecto retroactivo si ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas o a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.*

*Por el contrario, la ley nueva sólo produce efecto inmediato si rige, desde su entrada en vigor, los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su extinción y la constitución de situaciones jurídicas nuevas. (p.239)*

El efecto inmediato es la regla; pero hay que considerar una excepción tradicional y muy importante, que Roubier justifica en virtud del mismo fundamento de la regla. El efecto inmediato de la ley, que tiende a asegurar la unidad de la legislación, no afecta a los contratos, los cuales constituyen, por su esencia, instrumentos de variedad jurídica. Las leyes nuevas no producen efectos sobre los contratos vigentes. Pero la excepción sólo tiene lugar en la medida en que los contratos representan instrumentos de diferenciación, o sea,



en la medida en que su contenido queda entregado a la voluntad creadora de los individuos; los contratos que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos o los modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios anteriormente celebrados.

Es importante tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas la Corte Constitucional, (1995, abril), “*Sentencia C-168*” M.P., Gaviria Diaz, C., Bogotá. Refiere que los hermanos Mazeaud encuentran justificada la diferenciación hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Para ellos, es derecho adquirido aquél que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente, y, expectativa, es una esperanza no realizada todavía; por tanto, los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podrá privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto, y consideran que la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa. Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer.

Así las cosas es importante traer a colación, la noción clásica del derecho adquirido debe sustituirse por la de “situación jurídica concreta” y a su turno, la noción de expectativa debe ceder el puesto a la de situación jurídica abstracta; la primera, es derecho adquirido y la segunda, es expectativa. Lacruz (2010). Por la noción de situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada y la situación jurídica concreta, es la manera de ser de una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha hecho actuar en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de

esa institución, y sobre esta última señala que constituyen el campo sobre el cual no puede tener efecto la nueva ley.

De igual forma es pertinente tener en cuenta. Buitrago (2007). Quien trae a colación que es evidente que la ley nueva no puede perjudicar los derechos adquiridos en virtud de la antigua. Por consiguiente, las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley quedan sometidas a esta ley aun cuando ellas no se realicen sino bajo el imperio de la ley nueva, cuando ellas se relacionan a su causa como un resultado necesario y directo, porque ellas constituyen un derecho adquirido desde la aparición de la causa a la cual se relacionan.

Por derechos adquiridos hay que entender las facultades legales regularmente ejercidas, y por expectativas o intereses las que no lo habían sido todavía en el momento del cambio de legislación, según lo sostienen. Lacruz (2010).

En el mismo sentido Gaviria (1995)., trae a colación que los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley, razón por la cual esta premisa será motivo de estudio en la presente investigación.

Es preciso incluir en el presente marco teórico parámetros que nos den herramientas suficientes para evaluar posibles soluciones al conflicto que se pudiere presentarse entre los derechos de los beneficiarios debidamente acreditados frente a las expectativas de los derechos que aún no se han acreditado, para esto las teorías planteadas desde la ventana de observación de la ponderación.

A si las cosas y observando que sobre la materia en cuestión existen a nivel internacional, figuran tratadistas que sobre el tema han desarrollado investigaciones y demás, es importante resaltar que a nivel nacional se produce reflexión acerca de lo planteado. Bernal (2008) afirma que:

*Según un primer grupo de objeciones, la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad y la solución de colisiones entre derechos fundamentales mediante la ponderación es irracional. Los argumentos más importantes en contra de la racionalidad de la ponderación se refieren, a la indeterminación conceptual, la incompatibilidad e inconmensurabilidad de los*

*principios, es decir, los objetos normativos que se ponderan, y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. (p.278)*

Al no tener la capacidad de predecir los resultados de ponderación daría como consecuencia la inexistencia de una medida común que posibilitara determinar el peso de los principios relevantes en cada caso concreto. Bernal (2008), esto conduciría a su indeterminación conceptual.

El tratadista. Bernal (2005) en su libro El Derecho de los Derechos, hace una defensa sólida referente a la racionalidad de la ponderación en los siguientes términos:

*El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la ponderación para comenzar, es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales.(p.69)*

Los críticos tienen razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo.

De este modo, puede refutarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad, que resulta hiperracional y, por tanto, irracional. Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Ella sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribieran explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible. La existencia un sistema jurídico de este talante es imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación normativa es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones. Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática. Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional

sería acertada. Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial.

Asimismo, el derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena. La ponderación es racional, incluso por el hecho de que su estructura reconocer los límites de su propia racionalidad.

Como quiera que la intención de esta investigación sea dar una solución, al problema planteado, es pertinente y conducente abordar el tema de la ponderación desde la ventana de observación de la jurisprudencia de la Colombia Corte Constitucional, (2011, julio), “*Sentencia T-555 M.P. Pinilla Pinilla, N., Bogotá., así:*

*Ponderación, dos sentidos:*

*Sentido amplio: “modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad”.*

*Sentido estricto: “es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra”.*

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo a la ponderación entre principios constitucionales: cuando en la solución de un caso particular, dos o más derechos entran en colisión, porque la aplicación plena de uno de ellos conduce a la reducción significativa del campo de aplicación de otro u otros, corresponde al juez constitucional determinar hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del principio o derecho afectado para el ordenamiento jurídico, en su conjunto.

### 1.4.3. Marco normativo.

El marco de referencia para encontrar la respuesta a la pregunta de la investigación está contenido en la normativa constitucional, legal y jurisprudencial, partiendo que:

*La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio (Constitución Política, 1991, Artículo 217).*

En el mismo rango de la norma antes citada que reconoce un régimen especial para la Fuerza Pública, están las normas del régimen general en Seguridad Social sobre beneficios a los sobrevivientes y su equivalente en el régimen especial de las Fuerzas Militares, es así, como en el artículo 48 de la Constitución consagró la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano, y como servicio público obligatorio, bajo el control del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de solidaridad, eficacia y universalidad. Sin embargo, debido a la existencia de grupos específicos que cuentan con unas características particulares, la Constitución permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos.

Desde este punto de vista, la jurisprudencia de las Altas Corte ha reconocido y aceptado la implementación de regímenes prestacionales especiales los cuales buscan responder a las exigencias y derechos adquiridos de ciertos sectores que por sus características y condiciones específicas deben ser tratados justificadamente de manera distinta al resto de la población beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social.

De esta manera, el régimen al que están sujetos los miembros de este grupo se encuentra regulado en el Decreto 1211 de 1990, inclusive, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluye expresamente a la Fuerzas Pública de la aplicación del régimen general de seguridad social, permitiendo la existencia de regímenes especiales, entre ellos los aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en concordancia con la Carta Política que permite esta diferenciación, autorizando el

desarrollo de un sistema jurídico propio del régimen prestacional aplicable a la Fuerza Pública.

Precisamente la Ley 923 de 2004 define las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e, de la Constitución Política.

Acorde con ello, el presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador, expidió los decretos a través de los cuales se regula el régimen prestacional de las Fuerzas Militares. Más específicamente, en el Título V, Capítulo V del Decreto 1211 de 1990 se determinan las prestaciones sociales por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. Es claro que el fin de todas las prestaciones descritas es la de beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública otorgándoles un tratamiento diferenciado para mejorar sus condiciones económicas por la realización de una función pública que entraña un riesgo inminente, por lo que:

*A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado.*

*Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en ese Estatuto, tendrán derecho a la compensación por muerte (Decreto 1211, 1990 Artículo 189).*

En el mismo sentido, el artículo 185 del Decreto 1211 enuncia el orden de los beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión señalando los porcentajes que se pagarán según orden preferencial, dependiente el estado civil y si tiene o no hijos.

## **1.5. ENFOQUE METODOLÓGICO**

El enfoque metodológico utilizado para el presente proyecto de investigación, es cualitativo, el cual busca coordinar y alcanzar los objetivos propuestos, fijando una serie de puntos de estudio predeterminados tales como el Derecho al Debido de Proceso, el

Principio de Legalidad, el Principio de Imparcialidad, el Principio de Confianza Jurídica, la Expectativa de Derechos vs Derecho adquirido, con esto se lograra, reconstruir la realidad, jurídica que gira en torno al tema motivo de investigación.

### **1.5.1. Tipo de investigación**

El tipo de investigación que se propone en el presente trabajo, es Proyectiva toda vez que se va a elaborar de una propuesta de modificación de la directiva 012 de 2012, como solución al problema planteado.

### **1.5.2. Técnicas e instrumentos**

La población a investigar está compuesta por el personal militar del Ejército Nacional que en el momento de fallecer estando en servicio activo, se presentan a reclamar la prestación social de carácter unitario de compensación por muerte, beneficiarios debidamente acreditados y beneficiarios los cuales tienen la expectativa de adquirir esta calidad.

## **CAPITULO 2.**

### **DERECHO ADQUIRIDO VS EXPECTATIVAS DE UN DERECHO**

#### **2.1 Derechos Adquiridos**

Los derechos adquiridos están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas creadas y consolidadas bajo la ley anterior. Sin embargo, nuestra Constitución establece una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, al consagrar la favorabilidad de las normas penales, la que dejó estatuida en el artículo 29, así: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Existe doctrina que afirma que el concepto de derecho adquirido resulta un tanto esquivo. Por tanto seguidamente se expone una recopilación de algunos conceptos doctrinales y jurisprudenciales relativos al mismo, de modo a intentar definirlo.

Se denomina derecho adquirido a aquel que ha entrado definitivamente al patrimonio de una persona, o a toda situación jurídica creada definitivamente. El que está irrevocable y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la ley que se les quiere oponer para impedir su pleno y entero goce. El derecho perfecto, nacido por el ejercicio integralmente realizado, o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo según la ley en vigor para atribuir derecho. El mismo supone la ocurrencia de un hecho adquisitivo, generador de una relación jurídica concreta. Se materializa cuando un sujeto tiene ya un derecho como suyo, en carácter de titular, por haber pasado a integrar su patrimonio. Por ello la jurisprudencia considera derecho adquirido a la consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo en virtud de la ley del tiempo en que el hecho tuvo lugar.

Un derecho adquirido se materializa cuando se configuran los presupuestos de hecho necesarios y suficientes para su nacimiento o consecución, de conformidad con la normativa vigente para la época en que se cumplió, de modo que en su virtud se incorpore inmediatamente al patrimonio de su titular, sin que pueda ser revocado por el conferente ni



retirado por terceros, salvo por facultad emergente de la ley judicialmente declarada. Ello implica el cumplimiento de los presupuestos exigidos por la imputación del derecho a favor de una persona en calidad de prerrogativa jurídica individualizada. Sus características principales constituyen la facultad de ejercer actualmente el derecho, y el hecho que el poder público le debe protección, tanto para defenderlo de ataques de terceros cuanto para asegurar sus consecuencias contra ellos. Además el derecho adquirido se extiende a las consecuencias producidas por el hecho adquisitivo, antes o después de la ley nueva. Como el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular, éste queda a cubierto de cualquier acto de autoridad o tercero que pretenda desconocerlo, pues la propia carta magna lo garantiza y protege. Nadie puede quitárselo al titular salvo que la facultad para ello derive de la ley, y fuere ordenado por autoridad judicial competente luego de un debido proceso.

Teniendo en cuenta los preceptos supra expuestos, básicamente el derecho adquirido está constituido por una facultad regularmente ejercida. Ello quiere decir que la noción clásica del derecho adquirido puede sustituirse por la de “situación jurídica concreta”, pues la misma constituye la manera de ser de una persona determinada, emergente de un hecho o acto jurídico que llevó a que actúen en su provecho o en su contra las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le confirió efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución. Un claro ejemplo de derecho adquirido tiene lugar cuando se libra una escritura pública traslativa del dominio de un inmueble a favor de una persona, y se la inscribe en la Dirección General de los Registros Públicos.

En contraposición a los derechos adquiridos se encuentran las meras expectativas. Estas no constituyen en propiedad un derecho, sino razonables previsiones, fundadas en normas vigentes, relativas a la adquisición de un derecho. Se las considera gérmenes de derechos que para desarrollarse necesitan la realización de acontecimientos ulteriores. No pasan de ser una esperanza o posibilidad de convertirse en derechos adquiridos e ingresar en el patrimonio de una persona cuando se reúnan los presupuestos legales correspondientes, las que mientras tanto no son sino una mera eventualidad. Pueden ser

revocadas ad nutum por la persona que las ha conferido. Su supresión también se justifica mediante una reforma normativa, sin que con ello se incurra en retroactividad.

La mera expectativa se equipara a una simple facultad, pues una expectativa constituye la aptitud legal de una persona, o una posibilidad que abre la ley a favor de alguien, pero que hasta el ejercicio de esa potencia no es sino una eventualidad que no obsta el cumplimiento de la ley que modifique o unifique esa perspectiva.

Solo cuando la facultad hubiere sido ejercida de modo a que produzca consecuencias jurídicas tiene lugar el nacimiento de un derecho a favor del titular, que no puede ser afectado por la ley que modifique la facultad en virtud de la cual el sujeto ha obrado. Posteriormente el legislador es capaz de modificar la mera facultad de un sujeto, y aún quitársela para el futuro, pero no puede desvirtuar el efecto que la facultad ha operado en el pasado sin quebrantar el principio de la irretroactividad de la ley, porque ya constituye tal efecto un derecho adquirido por el titular. Las meras expectativas no son derechos. Una facultad conferida por una norma que aún no fue ejercida automáticamente cae cuando dicha norma es derogada, reemplazada o modificada.

Por ello la jurisprudencia ha determinado que cuando una persona está ante una posibilidad razonable de acceder a un derecho, pero no ha cumplido los presupuestos de hecho necesarios según la ley vigente para darle nacimiento, la misma se encuentra en presencia de una mera expectativa, que puede ser modificada o suprimida por una norma posterior sin incurrir en retroactividad.

El ejemplo clásico de simple expectativa está constituido por la esperanza de suceder mortis causa a otra persona, que puede tronchar una norma posterior que limite la sucesión legítima a un grado de parentesco más próximo.

## **2.2 Expectativas del derecho.**

Son, al decir de la Corte Constitucional, “aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

Es decir, que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos o modificados, las meras expectativas sí pueden ser afectadas por el legislador, habida cuenta de que éstas no gozan de la misma protección de que son objeto los derechos adquiridos.

*Los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento.*

*Las meras expectativas, consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que, por no haberse consolidado, pueden ser reguladas por el Legislador, con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas, resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en el futuro. Colombia, Corte Constitucional, (2009, abril), “Sentencia C-242” M.P. Pinilla Pinilla, N., Bogotá.*

### **Noción de expectativa Jurídica**

En la primera parte de este trabajo presentaba una cita hecha por. Alessandri (1998). En donde se expone la teoría de los derechos adquiridos y de las expectativas, ya que enlaza la noción de derechos adquiridos y de las expectativas, toda vez que enlaza la noción de derechos adquiridos a la facultad legal y regularmente ejercida, ve la realización del derecho adquirido en la facultad.

Bajo el nombre de derechos, dicen, la ley nos reconoce determinadas aptitudes, nos concede determinadas facultades, dejándonos en la facultad de usar o de no usar. En tanto que no hemos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlos según formas determinadas. Pero solo adquirimos estos derechos cuando hemos recurrido a esas formas y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho, por medio del acto necesario para su aprovechamiento.

El ejercicio de la facultad legal que en cierta forma se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido. Y este derecho nos permite en lo sucesivo, Lo anterior se comprende bien, ya que al destruir la obra que ha permitido en el pasado la ley se destruiría así mismo con gran perjuicio de su autoridad

personal y de los intereses que rige, puesto que nada sería estable en la sociedad. Alessandri (1998). En consecuencia, por superior que sea a la ley antigua, la ley debe imponerse al principio al respecto de los derechos adquiridos y no aplicarse sino a las situaciones que aún no han nacido. Nada mejor que suprima, restrinja o modifique las facultades concedidas con anterioridad y de que aún no se haya hecho uso, pues no lesiona a nadie al mejorarse a sí mismo; cierra o rectifica una vía que hasta entonces estaba abierta, pero en la cual, por hipótesis, los interesados o al menos algunos de ellos, no habían entrado

Claramente se deduce lo que se debe entender por expectativa jurídica, esto es como facultad, que no ha sido regularmente ejercida en el momento de efectuarse el cambio de legislación, aquella que no pasa una simple posibilidad, una esperanza cuya realización es del todo ajena a la voluntad de quien confía en el nacimiento del derecho respectivo, pues no han coexistido las circunstancias de hacer sin ser hecho previstos en la ley y que una ley nueva podría vulnerar o hacer desaparecer sin ser retroactiva.

### **2.3 Debido Proceso.**

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

En los procesos administrativos si no se siguen los procedimientos establecidos en las normas constitucionales, legales y reglamentarias, se vulnera el derecho al debido

proceso administrativo, éste ha sido consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, cuyo texto es el siguiente:

*Art. 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

En la Colombia, Corte Constitucional (2002, febrero), “Sentencia T-061” M.P. Escobar Gil. R., Bogotá., la Corte Constitucional fija los siguientes criterios con relación a este derecho fundamental

*La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa.*

*De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.*

En el mismo sentido la, Colombia, Corte Constitucional (1994, abril) “Sentencia C-214” M.P. Barrera Carbonell, M., Bogotá., se pronunció así:

*Al respecto, la Corte ha determinado que “Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados*

*para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.*

En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

Ahora bien, el debido proceso administrativo como derecho fundamental se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración para su ordenado funcionamiento (entre otros, se destacan las disposiciones previstas en el artículo 209 de la Constitución y en el capítulo 3 del C.P.A.C.A., referente a los principios generales de las actuaciones administrativas), por virtud de los cuales, es necesario notificar a los administrados de las actuaciones que repercutan en sus derechos, otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones, y de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. Actuaciones que, en todos los casos, deben ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De esta manera, el debido proceso administrativo exige de la Administración el acatamiento pleno de la Constitución y ley en el ejercicio de sus funciones (artículos 6º, 29 y 209 de la Constitución), so pena de desconocer los principios que regulan la actividad administrativa (igualdad, imparcialidad, publicidad, contradicción y moralidad), y de contera, vulnerar derechos fundamentales de quienes acceden o son vinculados a las actuaciones de la Administración, y en especial el derecho de acceso a la administración de justicia.

Como contrapartida, el ordenamiento jurídico impone a los administrados, la carga de observar y utilizar todos los medios procesales que la ley les ofrece para proteger y hacer efectivos sus derechos, ya que por su conducta omisiva, negligente o descuidada no sólo se producen consecuencias desfavorables para el sujeto, sino que igualmente conlleva a la

imposibilidad de imputar responsabilidad alguna al Estado y, menos aún, permitirse la procedencia de la acción de tutela.

Por lo tanto, al paso que es deber de la administración ajustar su actuar a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública y que determinan su competencia funcional, en aras de garantizar el derecho fundamental al debido proceso, los administrados tienen la carga de observar y utilizar los medios procesales que el ordenamiento jurídico les otorga, o en su defecto asumir las consecuencias adversas que se deriven de su conducta omisiva.

### **2.3.1 El principio de legalidad**

Las autoridades administrativas, de las que hace parte el Ejército Nacional, deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y las normas, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, La Colombia, Corte Constitucional (2011, marzo) “Sentencia C-444” M.P. Henao Pérez, J.C., Bogotá., al hacer referencia al derecho al debido proceso con relación al principio de legalidad, manifiesta:

*Que uno de los principios que estructuran el derecho al debido proceso señalado por el artículo 29 de la Constitución, es el de legalidad, según el cual “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. Este precepto supone, según la Sentencia C-592 de 2005, que el legislador debe tener en cuenta lo siguiente: “(i) definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, (ii) el señalar anticipadamente las respectivas sanciones, así como (iii) la definición de las autoridades competentes y (iv) el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales aplicables, todo ello en aras de garantizar un debido proceso*

Indudablemente el desarrollo de los principios es de talante jurisprudencial y entre las altas Corporaciones vemos como la Corte Constitucional ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder, en este sentido ha dicho que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”.

En el mismo sentido la Corte Constitucional, ha destacado que en el principio de legalidad corresponde a la estructura jurídica del principio democrático y se manifiesta más exactamente en la existencia de una ley previa y escrita. Para garantizar el principio de legalidad de hacen necesarios los elementos que hacen parte del debido proceso, entre los cuales se destacan la publicidad, la defensa y el derecho contradicción. Desde esta perspectiva, interesa a la administración que la autoridad observe dichos elementos.

Sin perder de vista que, según el artículo 5 de la Constitución Política, el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, reconocimiento obligatorio para las autoridades administrativas en sus decisiones

El control de legalidad que se predica del acto administrativo al ser definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Aunado a lo anterior la, Colombia, Corte Constitucional (2000, octubre) “Sentencia C-1436) M.P. Beltrán Sierra, A., Bogotá., se pronunció así:

*Tal presunción de legalidad encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso administrativo, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de*



*legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de los medios de control concebidos para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.*

En otras palabras la presunción de legalidad deriva de la circunstancia de que la Administración no es solo un poder de hecho sino que se trata de un poder jurídico que define derechos y crea obligaciones de forma unilateral y ejecutoria. De tal modo, la Administración no precisa la declaración de legalidad de sus actos para que estos sean ejecutivos, sus decisiones son inmediatamente eficaces y, por ello, la consecuencia es la carga que impone al administrado de recurrir el acto administrativo para que éste no se ejecute.

De tal suerte que es importante en este punto hacer la distinción entre la Ejecutoriedad del acto administrativo y su Ejecutividad, para lo cual no lo podía explicar mejor la, Colombia, Corte Constitucional (2012, mayo), “Sentencia T-355” M.P. Martínez Caballero, A., Bogotá., así:

*La ejecutoriedad hace referencia a que determinado acto administrativo, cuya finalidad es producir determinados efectos jurídicos, se presume expedido con base en los elementos legales para su producción y en consecuencia es obligatorio para el administrado y la administración, razón por la cual puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de la intervención de otra autoridad del Estado. En la doctrina moderna, la ejecutoriedad de manera alguna puede confundirse con la ejecutividad. La ejecutoriedad es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto para que pueda ser efectuado. La ejecutividad equivale, a la eficacia que tal acto comporta, principio que no se constituye en una excepción, sino por el contrario es la regla general de todo acto administrativo.*

Lo que lleva a la conclusión que en un Estado de Derecho toda autoridad administrativa, incluido el Ejército Nacional, está sujeta a observar procedimientos regulados por la ley, en la cual sus actos están limitados estrictamente por un marco jurídico superior enmarcado por el principio de Legalidad y por el respeto a los derechos fundamentales de sus asociados.

### **2.3.2 El principio de imparcialidad.**

Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

La Corte Constitucional al mencionar la imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.

De la misma manera hace referencia al concepto de la imparcialidad subjetiva, mostrándola como garantía que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer. En plena consonancia con este principio, la Colombia, Corte Constitucional (1998, noviembre), “*Sentencia T-657*” M.P. Gaviria Díaz, C, Bogotá., afirmó:

*La convivencia pacífica y el orden justo, consagrados en la Constitución como principios que rigen la relación entre las personas y el ordenamiento constitucional colombiano, reposan sobre la institución del tercero imparcial(...). La actuación parcializada de este funcionario daría al traste con cualquier posibilidad de lograr una decisión justa, y convertiría al Estado de Derecho en una burla cruel para quienes se acercarán a los estrados judiciales en procura de cumplida justicia.*

En los artículos 209, 228 y 230 de la Constitución Política indican como característica de la propia de la administración de justicia y, en general, de la función pública, la sujeción en la adopción de sus decisiones al principio de imparcialidad. En cualquier decisión administrativa, es el acopio de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley.

*En esta medida, la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en dónde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho (sentencia C-095 de 2003 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil).*

En la Colombia, Corte Constitucional (2009, julio), “Sentencia C-762” M.P. Juan Carlos Henao Pérez, J.N., Bogotá., define con evidente claridad las imparcialidades desde el punto de vista objetivo como subjetivo, señalando:

*La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.*

*La imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer”.*

Y a los efectos de ilustrar con mayor precisión la dimensión objetiva del principio de imparcialidad pero en las actuaciones administrativas, retomó lo establecido en la Colombia, Corte Constitucional (1997, junio), “Sentencia T-297” M.P. Becerra Carbonell. A., Bogotá., en donde se indicó sobre el particular:

*La imparcialidad de los órganos de la administración al pronunciar decisiones definitivas que afectan los derechos de las personas, en cuanto aplican el derecho al igual que los jueces, no obstante admitirse por la doctrina administrativa el interés de la administración en la solución del conflicto, según lo demanden los intereses públicos o sociales, comporta para aquéllos la asunción de una conducta recta, ausente de todo juicio previo o prevenido, acerca del sentido en que debe adoptarse la decisión.*

*El trato imparcial y por lo tanto ajeno a todo favoritismo, traduce del mismo modo, no solamente la garantía de independencia con que deben actuar dichos órganos, sino la observancia y vigencia del principio de igualdad, en el sentido de que debe*

*darse un tratamiento igualitario a todas las personas que se encuentren dentro de una misma situación fáctica y jurídica.*

De lo anterior, se puede concluir que el principio de imparcialidad, como parte del debido proceso, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante el procedimiento, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto poseedor del derecho como ante quien tenga la mera expectativa y demuestren la situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.

### **2.3.3 El principio de confianza jurídica.**

En la Colombia, Corte Constitucional (2011, abril), “*Sentencia T-308*” M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá., la Corte describió el contenido y el alcance del Principio de Confianza Legítima, como:

*La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello.*

En dicha sentencia, realiza algunas consideraciones sobre el principio de confianza legítima, en el marco de la relaciones entre la administración y los administrados, manifestando que, la doctrina ha definido la confianza legítima como un valor ético que integra la buena fe y que comprende “la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.” (...)

La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuada, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas.

Así las cosas, la confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.”

#### **2.3.4. Ponderación de Derechos**

En tratándose de conflicto entre dos derechos constitucionales para la solución de un caso la Corte Constitucional ha dado al Juez la competencia para llevar a cabo la respectiva ponderación, por medio de la cual se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares y de los derechos enfrentados. El deber ser tiende a respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios, tan es así que se elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad Colombia, Corte Constitucional (1995, marzo), “Sentencia T-425” M.P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá., ha dado al principio de ponderación dos sentidos el amplio y el estricto:

*El primero como: “modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por*

*supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad”.*

*El segundo: “es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra.*

En Colombia se utilizan ambos sentidos, pero prevalece el primero.

La importancia de la ponderación como modo de argumentación constitucional, se evidencia:

- Por la frecuencia de su aplicación.
- La Corte empezó a hacer uso de la ponderación para diferencia su argumentación de la de la Corte Suprema de Justicia, que claramente favorecía el silogismo.
- La ponderación ha recibido gradualmente una mayor aceptación por parte de los distintos magistrados.
- La ponderación se asocia con lo que se ha llamado en Colombia el “Nuevo derecho” o “Nuevo constitucionalismo”.
- La ponderación es el modo de argumentación mayormente aplicado en los “casos difíciles”.

Tesis que pretende demostrar: la complejidad de los problemas constitucionales con los cuales la Corte ha tenido que lidiar, la han llevado a (i) aceptar gradualmente la ponderación como la forma más adecuada de resolver tales problemas, y (ii) a introducir ajustes al esquema básico de ponderación, con el fin de resolver problemas constitucionales de complejidad creciente, teniendo en cuenta las realidades colombianas.

La evolución de la posición de la “ponderación” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: su importancia creciente

Perspectiva evolutiva de la ponderación, en tres etapas:

#### Etapa de ingreso

El ingreso de la ponderación en tanto modo de argumentación constitucional al sistema jurídico colombiano, en los primeros dos años de actividad de la Corte (1992 y 93). La ponderación como forma de evaluación comparativa de intereses, objetivos, valores o principios que entraban en conflicto en situaciones concretas (imagen de la balanza), pero sin una estructura metodológica clara, ni en la aplicación de criterios analíticos consistentes.

#### Etapa de posicionamiento

Presencia de un debate abierto sobre el lugar que debe ocupar la ponderación dentro del razonamiento judicial colombiano, en particular durante el control abstracto de la legislación, esta etapa va del 1994 a 2001, en donde se observan cuatro tendencias de la Corte: (i) excluir la ponderación, pues se considera una invasión de la esfera funcional del legislador, se argumenta que es el equivalente de una evaluación de compromisos entre intereses eminentemente políticos. (ii) Admitir que la ponderación es uno de los métodos posibles para llegar a una decisión, pero se restringe su aplicación a los casos específicos donde la Constitución misma prevé explícitamente la posibilidad de una colisión. (iii) La ponderación es el método más apropiado para resolver problemas relativos al ámbito de aplicación y los límites de todos los derechos constitucionales fundamentales. (iv) Extender la aplicabilidad de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales, incluso a aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas y con el procedimiento legislativo, por medio de la inferencia de principios generales a partir de reglas constitucionales específicas, y de la ponderación de dichos principios, en lugar de la aplicación de las reglas en cuestión.

El debate interno de la Corte en el caso de la penalización del aborto, muestra la función de la ponderación en el contexto colombiano. (i) Indica que la ponderación expande el alcance del derecho constitucional hacia asuntos que de otra forma serían vistos como temas meramente políticos. Ponderación como ruta hacia la valorización progresiva de la Constitución, en tanto norma que limita el poder legislativo y sustrae algunas

decisiones fundamentales del ámbito de las variables preferencias de las mayorías políticas. (ii) El debate demuestra que la ponderación es un modo de argumentación que tiene el potencial de llevar al juez constitucional a ámbitos que anteriormente se consideraban vedados, y en relación con los cuales el juez oscilaba entre dos posiciones extremas: o bien afirmar que la Constitución ordenaba algo en una forma clara y absoluta, o bien ser completamente deferente hacia el legislador y el proceso político. (iii) El debate prueba que la ponderación es vista en Colombia como un avance y el abstenerse de ponderar es visto como una regresión.

#### Etapas de consolidación

Como el principal modo de argumentación aplicado para interpretar el alcance y los límites de los derechos constitucionales. Inicia en 2002, la estructura de los métodos de ponderación, la denominación del método, la intensidad de los tests de ponderación y sus consecuencias sobre la estructura del método y los criterios analíticos a ser aplicados, las implicaciones de los criterios analíticos aplicados para definir la intensidad de la ponderación en casos futuros, la caracterización del margen de configuración del legislador y su relación con los diferentes grados de intensidad de los métodos de ponderación, y qué tan adecuado resulta delegar la aplicación del método de ponderación a los jueces ordinarios.

Entendido el principio de ponderación como la forma de decidir de una autoridad competente prestando atención a dos o más derechos, principios o valores contrapuestos, es precisamente el enfrentamiento entre derechos adquiridos por un titular de derecho versus otro sujeto que tiene a su haber una mera expectativa.



## CAPITULO III

### PROPUESTA DE MODIFICACIÓN PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO DE LA COMPENSACIÓN POR MUERTE

#### 3.1. Situación Actual.

Con el fin de evidenciar el proceso utilizado por la administración en un caso hipotético se solicitó a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional se diera respuesta del siguiente caso hipotético:

*El señor Fernando Gutiérrez (Militar en servicio activo) está casado con la señora María Pérez, fruto de ese hogar nacen Luisa y José (menores de edad), Fernando Gutiérrez fallece estando en servicio activo. Se presentan los beneficiarios con la documentación que los acreditan como tal (registro civil de matrimonio y registro civil de nacimiento de los menores), pero también hace presentación la señora Flor Fernández quien manifiesta que comparte techo lecho y mesa con el señor Fernando Gutiérrez desde hace 3 años, que fruto de esta convivencia a la fecha tiene tres meses de embarazo y para probar anexa un sin número de fotos y videos en donde se ven compartiendo con el difunto señor Fernando Gutiérrez.*

*Con respecto al anterior caso solicito se me informe:*

- ¿Qué pasa con el pago de la compensación por muerte a la señora María Pérez beneficiaria en calidad de esposa y los menores Luisa y José beneficiarios en calidad de hijos del señor Fernando Gutiérrez.*
- ¿Cuál es procedimiento que se utiliza para dirimir este conflicto?*
- ¿Si la señora Flor Fernández no inicia el proceso de unión marital de hecho cual es procedimiento a seguir?*
- ¿Si la señora Flor Fernández no inicia el proceso de filiación del menor que ya nació vivo cual es procedimiento a seguir?*

Recibiendo como respuesta lo siguiente:

*Con toda atención y en respuesta a su solicitud, radicado en esta Dirección del año el 1 de marzo del año que avanza, donde información con la finalidad de realizar trabajo investigación requerido para la especialización de derecho administrativo.*

*A lo anterior me permito manifestarle que la directiva que emite las políticas y procedimientos para el pago de la compensación por muerte es la directiva ministerial 012 y el Decreto 1211 de 2000 y 2728 de 1968.*

*Con respecto a su caso hipotético; en aras de continuar con el tramite prestacional es necesario según lo establecido en el decreto 1211 de 1990 articulo 237 controversias en la reclamación, si se presenta controversia judicial entre reclamantes de una persona por causa de muerte el pago de la cuota en litigio, se suspenderá hasta tanto se decida judicialmente que persona le corresponde el valor de esta cuota*

*Que se queda condicionado el 50% hasta tanto se profiera fallo del proceso de declaración de unión marital de hecho y el juez determine los tiempos de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial al igual que la liquidación de cada una de las sociedades con el fin de liquidar.*

*Que se paga a los menores de acrediten la calidad, en este caso a los dos menores hijos de la señora Pérez, y el menor que está por nacer, se deberá originar un proceso de filiación.*

**Que si la señora Flor Fernández no inicia el proceso de filiación el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, establece la prescripción de 4 años, por ello se considera este tiempo y se procede a la prescripción.** (Negrilla subrayado y cursiva fuera de texto).

*Que es menester manifestarle en cuanto al menor que ya nació vivo se deja condicionado el tramite hasta tanto se nombre curador o inicien el proceso, o que el menor cumpla la mayoría de edad.*

La Calidad de beneficiarios se adquiere de las siguientes formas:

	Padre	Madre	Hijos	Esposa o Compañera Permanente	Hermanos Menores de 18 Años
Soltero	50%	50%			
Soltero con hijos			100%		
Soltero sin padres					100%
Casado sin hijos	25%	25%		50%	
Casado con hijos			50%	50%	
Casado sin hijos ni padres				100%	
Viudo sin hijos	50%	50%			

Fuente: Decreto 1211 de 1990.

**Padre o Madre:** la calidad de beneficiario como Padre o Madre del fallecido, se acredita aportando el Registro Civil de Nacimiento del Fallecido.

**Hijos:** la calidad de beneficiario como hijo del fallecido, se acredita aportando el Registro Civil de Nacimiento de quien pretende acreditarse como hijo.

**Esposa o compañera permanente:** la calidad de beneficiario del fallecido como Esposa o Compañera permanente, se acredita aportando el Registro Civil de Matrimonio o escritura pública en la que se declare la unión marital de hecho.

**Hermanos Menores de 18 Años:** la calidad de beneficiario del fallecido como Hermano, se acredita aportando el Registro Civil de Nacimiento del que pretenda ser acreditado como hermano y el registro civil de matrimonio de los padres del fallecido.

La controversia se presenta cuando una persona X no tiene como acreditar la calidad de beneficiario y debe acudir a un proceso judicial para que sea declarado como (hijo o hija, esposa o compañera permanente, padre o madre o hermano) del fallecido y no la hace.

Es importante indicar que una vez se inicie el proceso judicial cualquiera que sea (filiación, unión marital de hecho entre otros), la administración debe esperar a fallo del mismo y obrar en consecuencia de este.

Como quiera que esa persona X manifiesta que se considera beneficiario, pero no tiene como acreditar tal calidad, la administración recurre al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el establece la prescripción de 4 años, por ello se considera este tiempo y se procede a la prescripción, siendo 4 años un término muy amplio, toda vez que es una mera intención de adquirir una calidad que otorgue un derecho y no un derecho ya adquirido, lo anterior genera una espera innecesaria de 4 años a una persona que ya tiene la calidad de beneficiaria debidamente acreditada frente una persona que solo tiene una mera intención y que lo que debe es adquirir una mera expectativa iniciando un proceso judicial que conlleve a acreditar la calidad o a desestimar la misma.

### 3.2 PROCEDIMIENTO DIRECTIVA No. 012 DE 2012.

#### **2.4 PRESTACIONES UNITARIAS POR MUERTE COMPENSACIÓN POR MUERTE PERSONAL OFICIALES, SUBOFICIALES, SOLDADOS Y CIVILES.**

##### **2.4.1 DOCUMENTOS QUE DEBEN SER APORTADOS POR LA ENTIDAD.**

DOCUMENTO	ESPECIFICACIONES
Hoja o Liquidación de Servicio para Cesantías Definitivas, compensación por muerte y pensión si a ello hubiere lugar.	Elaborada por las dependencias que cumplen funciones de administración de personal, conforme a los parámetros establecidos en el Anexo "C", la cual debe ser expedida en un término no mayor de diez (10) días, contados a partir del Fallecimiento.
Reporte de embargos:	Copia de los Oficios por embargo de alimentos, o de otro tipo de embargos, tales como los que se originan en procesos de liquidación de sociedad conyugal y divorcios, que afectan prestaciones sociales.
Certificación de antecedentes prestacionales.	Debidamente consultada la base de datos y certificados
Documentos soporte descuentos	Copia de los documentos que sirvan de base para efectuar descuentos y deben ser tramitados con el expediente que en cada caso se conforme.
Informativo Administrativo por Muerte	Original, fotocopia o copia del Informativo Administrativo por Muerte.
Cédula de Ciudadanía	Fotocopia Simple y ampliada de la que repose en la hoja de vida

**NOTA:**

El acto administrativo de retiro y de ascenso póstumo cuando a ello haya lugar, deben ser expedidos en un término no mayor a ocho (8) días contados a partir de la fecha del fallecimiento y serán expedidos con base en el certificado de defunción y el informe administrativo por muerte el cual debe ser elaborado sin excepción dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Cuando haya lugar simultáneamente al reconocimiento y pago de compensación por muerte y cesantía definitiva, y si las circunstancias así lo permiten, se radicará un solo expediente. En este caso se elaborará una resolución por cada prestación. Si hay lugar a trámite de pensión para esta prestación se tramitará un expediente independiente en forma simultánea con el de la prestación unitaria. Cuando se trate del fallecimiento de personal Civil de la Unidad Gestión General, fallecido perteneciente al régimen pensional del Decreto Ley 1214 de 1990, por tener derecho simultáneamente a pensión de sobrevivientes, compensación por muerte y cesantías definitivas, la Dependencia encargada tramitará un solo expediente y se elaborará una resolución por cada prestación.

#### **CONTINUACIÓN PRESTACIONES UNITARIAS POR MUERTE COMPENSACIÓN POR MUERTE PERSONAL OFICIALES, SUBOFICIALES, SOLDADOS Y CIVILES**

##### **2.4.2 DOCUMENTOS QUE DEBEN SER APORTADOS POR LOS INTERESADOS.**

DOCUMENTO	ESPECIFICACIONES
Fallecido Soltero o casado sin hijos solicitud Formato No. 4	Debidamente diligenciada
Fallecido con hijos solicitud Formato No. 5	
Cédula de ciudadanía de los peticionarios mayores de edad	Fotocopia simple y ampliada, o constancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
Tarjeta de Identidad de los peticionarios mayores de 7 años y menores de 18 años	Fotocopia simple y ampliada, o constancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil
Registro Civil de Matrimonio o calidad de compañero (a) permanente	Si la reclamación se hace en calidad de cónyuge o compañero (a) permanente, se requiere adjuntar el registro civil de matrimonio o la acreditación de la calidad de compañero (a) permanente actualizado (no mayor a 30 días anteriores a la fecha de retiro)
Registro Civil de Nacimiento de los hijos	Si la reclamación se hace en calidad de hijo se requiere el registro civil de nacimiento de los hijos con parte genérica y específica, donde se acredite el parentesco y si son mayores de edad acreditar la condición de estudiante.
Si los reclamantes son los hijos y son menores de edad y no tienen representante legal (madre o padre)	Copia de la Sentencia del Proceso de Curaduría que se adelante a favor de los mismos o copia del auto de designación provisional del curador, mientras se profiere la respectiva sentencia.  Copia del Auto del discernimiento del cargo.
Registro Civil de nacimiento del fallecido	Si la reclamación se hace en calidad de padres del fallecido, se requiere adjuntar registro civil de nacimiento del fallecido, con el fin de acreditar el parentesco
Certificación Bancaria	Expedida por la entidad bancaria en donde se especifique el tipo, número de la cuenta y la identificación del cuentahabiente donde se consignará el valor a que haya lugar.
Si no hay beneficiarios y hay una persona que se crea con derecho a reclamar las prestaciones unitarias causadas	Copia de la Sentencia ejecutoriada, del Proceso de Sucesión del causante o copia de la Escritura Pública de Liquidación Notarial de Herencia.

Como se puede observar la Directiva Ministerial 012 de 2012, no estipula un procedimiento, para ser utilizado en el eventual caso que una persona sin tener los documentos idóneos manifieste su voluntad de acreditarse como beneficiario.

### **3.3 LA PRESCRIPCIÓN DE LAS EXPECTATIVAS, PARA EL PAGO A LOS BENEFICIARIOS.**

En tanto que la Directiva Ministerial No 12 de 2012 que emite las políticas y procedimientos para el pago de la compensación por muerte señala una prescripción de cuatro años, es importante, hacer una breve descripción de esta figura procesal la cual unas veces tiene el carácter adquisitivo, mientras que otras veces asume la forma extintiva, para luego determinar las razones por las cuales el legislador señala este tiempo y cuáles son sus diferencias con la caducidad.

Por una parte, se entiende como prescripción a la figura jurídica a través de la cual transcurrido el tiempo se pueden adquirir el dominio de las cosas, que para el caso de la compensación por muerte es de cuatro años, aquí estamos frente a la prescripción adquisitiva, pero también puede ser extintiva de derechos y acciones que podemos ejercer; hablamos de prescripción extintiva cuando ha transcurrido el tiempo establecido en la ley para ejercer ciertas acciones con las cuales podemos hacer valer nuestros derechos y no se ejercieron

Mientras que por otra parte la figura jurídica de la caducidad que puede ser declarada de oficio, Colombia, Corte Constitucional (2009, julio), “Sentencia C-227” M.P. Vargas Silva, L.V., Bogotá., hace una descripción de las implicaciones de una y otra de estas figuras, en los siguientes términos:

*Tanto la prescripción como la caducidad son fenómenos de origen legal cuyas características y efectos debe indicar el legislador; estas figuras procesales permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho. En virtud de la prescripción, en su dimensión liberatoria, se tiene por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular. En tanto que la figura procesal de la caducidad ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en*

*un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente.*

En cuanto a los tiempos en los cuales los derechos deben ejercerse, encontramos que la prescripción de los derechos laborales, de acuerdo con el código sustantivo del trabajo colombiano prescriben a los tres años de haberse causado (Artículo 488 del mismo código).

Los derechos que adquieren un empleado como producto de una relación laboral en los términos del código sustantivo del trabajo, no son eternos, sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido, así lo contempla el artículo 488 del mismo código.

La prescripción implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador puesto que se pierde la oportunidad para reclamar. En punto a la prescripción del sueldo o salario, este se hace exigible una vez haya terminado el periodo de trabajo pactado, el cual puede ser diario, semanal, quincenal o mensual. Es decir que la prescripción empieza a correr al día siguiente del vencimiento del plazo para pagar el salario. El caso de las vacaciones es diferente porque estas se causan al cumplir un año de servicios, pero solo son exigibles un (1) año después, de suerte que la prescripción empieza a correr un (1) año después de su causación.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, según el artículo 489 del código sustantivo del trabajo, la prescripción se interrumpe como consecuencia del reclamo por escrito que el trabajador haga al empleador de un derecho plenamente determinado. La interrupción de la prescripción opera por una sola vez por el mismo derecho sujeto a la prescripción. Contempla el mismo artículo que la prescripción empieza a contarse de nuevo a partir de la fecha en que se ha presentado por escrito el reclamo, por el mismo lapso contemplado para la prescripción del respectivo derecho, es decir, que se empieza de nuevo a contar los tres años.

La Colombia, Corte Constitucional (2010 noviembre) “*Sentencia C-916*” M.P. González Cuevo, M., Bogotá., al estudiar la constitucionalidad de la expresión que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible” indicada en los artículos

488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, resaltando que es necesario explicar a qué tipo de obligación se refiere la expresión y el término que debe contarse desde que dicha obligación es exigible:

*Artículo 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto. (...)*

*Artículo 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (...)*

La Corte Constitucional va más allá de las normas en cita y hace un análisis sobre la conveniencia de las prescripciones de corto plazo, sobre las de largo plazo, con relación a las segundas nos remite al Código Civil artículo 2536, en donde se establece diez años para la acción ejecutiva y veinte años para la acción ordinaria, se justificaban en el pasado, pero hoy resultan estos plazos desproporcionados e irrazonables en un mundo donde las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TICs, facilitan desde la notificación, pasando por la localización de las personas, hasta obtener la información necesaria en tiempo real para hacer valer los derechos especialmente en materia laboral y prestacional, que exige prontitud por recaer sobre asuntos cuya solución requiere inmediatez.

Por tanto, la tendencia universal tiende a tratar de estandarizar en su extensión la prescripción de la acción laboral, no sólo porque se trata de materias diversas que obliga, a que a contenidos jurídicos distintos les corresponden formas jurídicas diferenciadas, sino porque la nueva normatividad tiende a establecer prescripciones de corto plazo; como en el contrato de Transporte establecido en el Código de Comercio en su artículo 993 que es de dos años.

Pero más aún, el mismo Código Civil Colombiano, en el Libro IV, Capítulo IV Artículos 2542 y 2545 contemplan este tipo de prescripciones, con fundamento en la prontitud exigida por la dinámica de la realidad, en ocasiones especiales. Y es acertado el

racionamiento del legislador en estos supuestos, ya que, por unanimidad doctrinal lo justo jamás puede ser inoportuno, puesto que, al ser una perfección social, siempre será adecuado a las circunstancias determinadas por el tiempo, como factor en el que opera lo jurídico.

En el mismo sentido la, Colombia, Corte Constitucional (1994, febrero), “*Sentencia C-072*” M.P. Naranjo Mesa, V., Bogotá., afirma:

*(iv) La finalidad de la prescripción es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral*

*(vi) Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que, al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial.*

Complementando los antes dicho (Ospina, 1998). Si bien en el campo de los derechos extrapatrimoniales prevalece la condición moral y social que los hace imprescriptibles, en el de los derechos patrimoniales la regla es a la inversa; el prologado desuso de éstos por sus titulares conduce a su extinción. El anterior es un principio de orden público que rige en el derecho privado colombiano, el cual considera que son contrarias al interés general y a la normal libertad individual las obligaciones que perduran irredentas durante largo tiempo.

Luego, es claro que siendo el pago de la compensación por muerte derechos patrimoniales, se extinguen por el trascurso del tiempo, pero cuando el beneficiario debidamente acreditado deja de ejercitar los derechos que ellas le confieren, porque los que manifiestan ante la administración la intención de acreditar por vía judicial el vínculo de consanguinidad o afinidad.

Por ello es que para continuar el trámite prestacional es necesario como lo dispone el artículo 237 del Decreto 211 de 1990 cuando existen controversias en la reclamación, si se presenta controversia judicial entre reclamantes de una persona por causa de muerte el



pago de la cuota de litigio, se suspenderá hasta tanto se decida judicialmente a que persona le corresponde el valor de dicha cuota.

Por lo que se queda condicionado el 50 % hasta tanto se profiera fallo del proceso de declaración de unión marital de hecho y el juez determine los tiempos de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, al igual que la liquidación de cada una de las sociedades.

Mientras que la persona que ostente las expectativas, si no inicial el proceso de filiación o de unión marital según sea el caso de acuerdo con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, se establece la prescripción de cuatro años.

Observado lo anterior se puede concluir que la aplicación análoga del Art. 174 del decreto 1211 de 1990, para prescribir la expectativa del derecho, tal y como se está haciendo en la actualidad, no es correcta, transgrede los derechos de los beneficiarios debidamente acreditados, toda vez que establece un plazo bastante generoso a favor de quien tiene la expectativa y bastante nocivo para quienes acreditan la calidad de beneficiarios.

### **3.4 PROCEDIMIENTO PROPUESTO.**

Observando los principios de legalidad e imparcialidad, garantizando el derecho al debido proceso, contraponiendo el derecho adquirido vs meras expectativas y describiendo los motivos por los cuales es nocivo utilizar el Art 174 de Decreto 1211 de 1990 como solución del problema, se propone el siguiente procedimiento:

Una vez el interesado manifieste a la administración, que tiene la intención de acreditarse como beneficiario pero que no tiene el documento idóneo que certifique esta calidad, se debe realizar lo siguiente:

1. Se le debe indicar que proceso judicial debe iniciar, (Filiación, Unión marital de hecho entre otros), dando un plazo de 4 meses para que aporte el, auto admisorio del respectivo proceso.

2. Una vez se cumpla el plazo y no se haya cumplido el requerimiento, se debe oficiar a la persona para que con un plazo de 2 meses, allegue el auto admisorio del respectivo proceso.
3. Si se cumple el plazo y la persona aun no a allegado el auto admisorio del respectivo proceso, se le oficia indicando que como quiera que no aporó el auto admisorio del respectivo proceso, con el cual se otorgaba el vínculo de consanguinidad o afinada que lo acreditara como beneficiario, la administración otorgara 1 mes más para que allegue lo requerido.
4. Si se cumpla este plazo y no se cumpla el requerimiento, se procederá a reconocer y ordenar pagar a los beneficiarios que si acreditaron tal calidad.

De cada uno de los anteriores numerales se debe dejar constancia en el respectivo expediente prestacional, se debe certificar que los oficios llegaron a la dirección que se atortorada por el beneficiario y en la respectiva motivación del acto administrativo se debe dejar constancia de que se surtió el procedimiento anteriormente descrito.

## ANEXO

### PROPUESTA.

**Señor.**

**LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRI**

**Ministro de Defensa Nacional**

**AV. El Dorado CAN Puerta 8 Carrera 57 No. 43-28**

**Bogotá D.C.**

**Asunto: Propuesta de Modificación Directiva 012 de 2012, Políticas para el Reconocimiento y pago de las Prestaciones Sociales Ministerio de Defensa Nacional.**

De la manera más atenta se le solicita al señor Ministro de Defensa Nacional, sea estudiada la propuesta de modificación de la Directiva 012 de 2012, que se pone a su consideración en los siguientes términos:

#### **Introducción.**

La Universidad La Gran Colombia es una institución de Educación Superior privada, incluyente, comprometida con la excelencia académica, dedicada a la formación integral de profesionales desde una perspectiva socio humanística, de responsabilidad social y desarrollo sostenible, reconocida por la formación integral de ciudadanos emprendedores e innovadores, líderes, gestores del cambio social que promoverán el trabajo en equipo para el desarrollo de una sociedad, razón por la cual dentro de sus sublíneas de investigación se encuentra “Derecho constitucional, administrativo de justicia y bloque de constitucionalidad”, es así como comprometidos con la sociedad y con quienes dan su vida por defenderla, en el marco de la investigación para obtener el título de especialista de derecho administrativo se evidencio la siguiente problemática.

#### **Planteamiento del Problema**

El problema que se evidencia, es el conflicto que se origina entre los beneficiarios debidamente acreditados y los que manifiestan ante la administración la intención de acreditar por la vía judicial el vínculo de consanguinidad o afinidad, el cual les daría la calidad de beneficiarios, el anterior problema surge por factores sociales y culturales que conllevan a desorden familiar, lo cual permite que al momento de acreditar los beneficiarios

de las compensaciones por muerte, se evidencien conflictos de derechos entre (esposa, compañera permanente, hijo reconocido e hijo no reconocido, en otros casos hijos nasciturus), como quiera que no existe un procedimiento estipulado en la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional y la administración “Ejército Nacional de Colombia, Dirección de Prestaciones Sociales” ha adoptado una medida proteccionista respecto a los derechos de las personas que no acreditan la calidad de beneficiarios, pero aducen tener la expectativa, en la cual se evidencian afectados los derechos de las personas que si acreditan la calidad de beneficiarios, teniendo gran impacto social, puesto que los beneficiarios de las compensaciones por muerte, son familias las cuales han sufrido la pérdida de un ser querido, lo cual hace más gravosa la situación.

La forma en que la administración ha dado manejo a la anterior situación es aplicar la prescripción de los derechos según lo estipulado en artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, la cual establece “los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, poniendo a esperar cuatro años a los beneficiarios debidamente acreditados.

### **Hipótesis**

El análisis de la doctrina, la norma y la jurisprudencia, respeto a los derechos adquiridos frente a expectativas de derechos, a la aplicabilidad de la prescripción de derechos nos darán herramientas suficientes para proponer al Ministerio de Defensa Nacional, la modificación de la directiva 012 de 2012, esta modificación estará enmarcada dentro los principios de legalidad e imparcialidad de esta manera se garantizara el derecho al debido proceso de las partes que tienen injerencia en el reconociendo de la compensación por muerte.

## **Objetivos desarrollados**

Se identificó la doctrina, la norma que se encuentren vigente y la jurisprudencia respecto a los derechos adquiridos frente a expectativas de derechos; se definió una propuesta de modificación a la directiva 012 de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional lo que nos llevó a proponer la presente modificación,

## **Principales conclusiones**

- **Derecho al Debido Proceso:** El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”, en los procesos administrativos si no se siguen los procedimientos establecidos en las normas constitucionales, legales y reglamentarias, se vulnera el derecho al debido proceso administrativo, razón por la cual es menester que se emitan lineamientos y procedimientos que regule el problema planteado.
- **El principio de legalidad:** El principio de legalidad corresponde a la estructura jurídica del principio democrático y se manifiesta más exactamente en la existencia de una ley previa y escrita, no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley, como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta, es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades se actúan dentro del marco de la ley la constitución y la norma.
- **El principio de imparcialidad:** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general, el principio de imparcialidad, como parte del debido

proceso, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante el procedimiento, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto poseedor del derecho como ante quien tenga la mera expectativa y demuestren la situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.

- **Derechos Adquiridos vs Expectativas de Derecho:** En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada “condición más beneficiosa”.
- **La prescripción de las expectativas, para el pago a los beneficiarios:** Se puede concluir que la aplicación análoga del Art. 174 del decreto 1211 de 1990, para prescribir la expectativa del derecho, tal y como se está haciendo en la actualidad, no es correcta, transgrede los derechos de los beneficiarios debidamente acreditados, toda vez que establece un plazo bastante generoso a favor de quien tiene la expectativa y bastante nocivo para quienes acreditan la calidad de beneficiarios.

### **Procedimiento propuesto.**

Observando los principios de legalidad e imparcialidad, garantizando el derecho al debido proceso, contraponiendo el derecho adquirido vs meras expectativas y describiendo los motivos por los cuales es nocivo utilizar el Art 174 de Decreto 1211 de 1990 como solución del problema, se propone el siguiente procedimiento:

Una vez el interesado manifieste a la administración, que tiene la intención de acreditarse como beneficiario pero que no tiene el documento idóneo que certifique esta calidad, se debe realizar lo siguiente:

1. Se le debe indicar que proceso judicial debe iniciar, (Filiación, Unión marital de hecho entre otros), dando un plazo de 4 meses para que aporte el auto admisorio del respectivo proceso.
2. Una vez se cumpla el plazo y no se haya cumplido el requerimiento, se debe oficiar a la persona para que con un plazo de 2 meses, allegue el auto admisorio del respectivo proceso.
3. Si se cumple el plazo y la persona aun no a allegado el auto admisorio del respectivo proceso, se le oficia indicando que como quiera que no apporto el auto admisorio del respectivo proceso, con el cual se otorgaba el vínculo de consanguinidad o afinada que lo acreditara como beneficiario, la administración otorgara 1 mes más para que allegue lo requerido.
4. Si se cumpla este plazo y no se cumpla el requerimiento, se procederá a reconocer y ordenar pagar a los beneficiarios que si acreditaron tal calidad.

De cada uno de los anteriores numerales se debe dejar constancia en el respectivo expediente prestacional, se debe certificar que los oficios llegaron a la dirección que se atortorada por el beneficiario y en la respectiva motivación del acto administrativo se debe dejar constancia de que se surtió el procedimiento anteriormente descrito.

## CONCLUSIONES

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”, en los procesos administrativos si no se siguen los procedimientos establecidos en las normas constitucionales, legales y reglamentarias, se vulnera el derecho al debido proceso administrativo, razón por la cual es menester que se emitan lineamientos y procedimientos que regule el problema planteado.

El principio de legalidad corresponde a la estructura jurídica del principio democrático y se manifiesta más exactamente en la existencia de una ley previa y escrita, no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley, como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta, es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades se actúan dentro del marco de la ley la constitución y la norma.

Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general, el principio de imparcialidad, como parte del debido proceso, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante el procedimiento, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto poseedor del derecho como ante quien tenga la mera expectativa y demuestren la situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir.



En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada “condición más beneficiosa”.

Se puede concluir que la aplicación análoga del Art. 174 del decreto 1211 de 1990, para prescribir la expectativa del derecho, tal y como se está haciendo en la actualidad, no es correcta, transgrede los derechos de los beneficiarios debidamente acreditados, toda vez que establece un plazo bastante generoso a favor de quien tiene la expectativa y bastante nocivo para quienes acreditan la calidad de beneficiarios.

Observando los principios de legalidad e imparcialidad, garantizando el derecho al debido proceso, contraponiendo el derecho adquirido vs meras expectativas y describiendo los motivos por los cuales es nocivo utilizar el Art 174 de Decreto 1211 de 1990 se propuso el procedimiento al señor Luis Carlos Villegas Echeverri Ministro de Defensa Nacional a fin que sea modificada la Directiva 012 de 2012.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍA

### **Textos.**

Alessandri, A., Somarriva, M. y Vonadomic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lacruz, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Dykinson.

Bernal, C. (2008). *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante.

Bernal, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina, F. (1998). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.

### **Normatividad.**

Colombia, Congreso Nacional de la República (2004, 30 de Diciembre), “Ley 923 del 30 de Diciembre de 2004, Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”, adoptada en Bogotá, Colombia, el 30 de Diciembre de 2004”. Diario Oficial, núm. 45.777, 30 de Diciembre de 2004, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 28 de Diciembre), “Ley 54 del 28 de Diciembre de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, adoptada en Bogotá, Colombia, el 28 de Diciembre de 1990”. Diario Oficial, núm. 39.615, 31 de Diciembre de 1990, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2005, 26 de Julio), “Ley 979 del 26 de Julio de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”, adoptada en Bogotá, Colombia, el 26 de Julio de 2005”. Diario Oficial, núm. 45.982, 27 de Julio de 2005, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2003, 29 de Enero), “Ley 797 del 29 de Enero de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”, adoptada en Bogotá, Colombia, el 29 de Enero de 2003”. Diario Oficial, núm. 45.079, 29 de enero de 2003, Bogotá.

Colombia, El Presidente de la Republica de Colombia (2004, 31 de Diciembre), “Decreto número 4433 del 31 de Diciembre de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”, Diario Oficial, núm. 45.778, 31 de Diciembre de 2004, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Defensa Nacional (1990, 8 de Junio), “Decreto número 1211 del 8 de Junio de 1990, Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.”, Diario Oficial, núm. 39.406, 8 de Junio de 1990, Bogotá.

Colombia, El Presidente de la Republica de Colombia (1968, 2 de Noviembre), “Decreto número 2728 del 2 de Noviembre de 1968, por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”, Diario Oficial, núm. 32.721, 26 de Febrero de 1969, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Defensa Nacional (2012), “Directiva Ministerial No 12 de 2012”

### **Jurisprudencia.**

Colombia, Corte Constitucional (2008, octubre), “*Sentencia C-1035*” M. P. Córdoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, julio), “*Sentencia C-456*” M. P. Gonzalez Cuervo, M., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, mayo), “*Sentencia C-444*” M.P. Henao Perez, J.C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2009, octubre), “*Sentencia C-762*”, M.P. Henao Perez, J. N., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2003, febrero), “*Sentencia C-095*”, M.P. Escobar Gil, R., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (2011, abril), “*Sentencia T-308*” M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional, (1995, abril), “*Sentencia C-168*” M.P., Gaviria Diaz, Bogotá.

Colombia, Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, (2008, julio), “*Concepto N°133*”, Buitrago Forero, G, Bogotá.

Colombia Corte Constitucional, (2011, julio), “*Sentencia T-555* M.P. Pinilla Pinilla, N., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2010, septiembre), “*Sentencia C-700*” M.P. Pretelt Chaljub, J.I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, febrero), “*Sentencia T-061*” M.P. Escobar Gil. R., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, abril), “*Sentencia C-214*” M.P. Barrera Carbonell, M., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, octubre), “*Sentencia C-1436*” M.P. Beltrán Sierra, A., Bogotá.

Corte Constitucional (2012, mayo), “*Sentencia T-355*” M.P. Martínez Caballero, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, julio), “*Sentencia C-762*” M.P. Juan Carlos Henao Pérez, J.N., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, junio), “*Sentencia T-297*” M.P. Becerra Carbonell. A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, abril), “*Sentencia T-308*” M.P. Sierra Porto, H.A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995, marzo), “*Sentencia T-425*” M.P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, julio), “*Sentencia C-227*” M.P. Vargas Silva, L.V., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2010 noviembre), “*Sentencia C-916*” M.P. González Cuevo, M., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, febrero), “*Sentencia C-072*” M.P. Naranjo Mesa, V., Bogotá.

### **Artículos de Revistas.**

Carvajal, J. (2002). La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia. *Otras miradas de la justicia*, 28, 171-191.

### **Páginas Web**

Jorge, A. (2016, julio 14). *¿Qué es la Indemnización?* [Web log post]. Recuperado de <http://jorgemachicado.blogspot.com.co/2009/10/indemnizacion.html>