

Expediente D-6930

Sentencia C-540/08

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA-Procedencia por ultractividad de la norma y la producción de efectos jurídicos/EXPECTATIVA LEGITIMA EN REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Protección

NORMA DEROGADA-Producción de efectos jurídicos

DEROGACION DE NORMA-Definición/DEROGACION EXPRESA/DEROGACION TACITA

El fenómeno de la derogación de las normas ha sido definido como la acción o efecto de la cesación de la vigencia de una norma por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro adverso. La derogación puede operar de diversos modos, de manera expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua, o tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. Si bien la disposición ahora objeto de controversia constitucional fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición, según el cual “[l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”. De ahí, el examen constitucional de esta disposición que fue derogada, cobra sentido, en la medida en que es posible la valoración de constitucionalidad de normas derogadas, cuando se estime que las mismas, pese a la derogatoria, están produciendo o pueden llegar a producir efectos jurídicos.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Servidores del Estado beneficiarios/REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Requisitos/REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Aplicación

El régimen de transición en pensiones para quienes la regla demandada aún produce efectos jurídicos está constituido por ese grupo poblacional conformado por los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contarán con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Su aplicabilidad tendrá lugar hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en caso de contar con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005.

OMISION LEGISLATIVA-Inexistencia

El fenómeno de la omisión legislativa sugiere la omisión por parte de legislador de regular un asunto específico dentro de una temática genérica, la cual es regulada a su vez en la Constitución de tal manera que sugiere la prohibición de incurrir en dicha omisión. Así, en el caso de la norma demandada, el legislador de 1985 reguló el asunto relativo al requisito de la edad para pensión según el género, bajo la consideración de que no era necesario distinguir entre hombres y mujeres. El asunto está regulado y la distinción no se introdujo, precisamente, porque el legislador optó por un tratamiento igualitario (sin distinción) a hombres y mujeres, respecto de la configuración del requisito de la edad para pensión.

FALLO INHIBITORIO-Improcedencia

Para que un cargo sea susceptible de pronunciamiento de mérito, no tiene que demostrar prima facie que el contenido normativo controvertido es contrario a la Constitución, pero sí, al menos, suscitar dudas respecto de la presunción de constitucionalidad que lo cobija, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional. Así, el cargo estructurado en el presente caso, contrario a lo afirmado en el concepto del Procurador General de la Nación, efectivamente suscita una duda respecto de la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por desconocimiento de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 13, según los cuales es deber del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, para lo cual deberá adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, de lo que se deriva la garantía laboral de protección especial a la mujer y a la maternidad, más aún en atención a los desarrollos legales posteriores, en los cuales las mujeres han recibido un trato favorable en cuanto a la edad mínima de pensión respecto de los hombres.

DERECHO A LA IGUALDAD-Alcance/IGUALDAD FORMAL/IGUALDAD MATERIAL

La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales. Uno de ellos es el principio general de igualdad, según el cual en nuestro ordenamiento imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras: la primera, de trato igual frente a la ley; la segunda, consistente en la igualdad de trato o igualdad en la ley, y la tercera es la prohibición de discriminación. El segundo criterio consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas, esto es, un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente a grupos discriminados o marginados y de protección especial a grupos determinados.

DERECHO A LA IGUALDAD-Condiciones para trato diferenciado entre hombres y mujeres/DERECHO A LA IGUALDAD-Prohibición de discriminaciones directas e indirectas

Para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta. De este modo, junto con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas en contra de las mujeres, se revela la existencia de un tipo de diferenciación, que no es desfavorable sino favorable a las mujeres y por tanto permitida constitucionalmente.

ACCIONES POSITIVAS O AFIRMATIVAS-Concepto/ACCIONES POSITIVAS O AFIRMATIVAS-Propósito

Las acciones afirmativas son medidas adoptadas a partir de contenidos normativos, que si bien discriminan para otorgar consecuencias jurídicas diferentes a ciertos grupos, buscan en últimas lograr la igualdad de todos los grupos. Valga decir, son medidas que pretenden hacia futuro, equiparar la situación de aquellos grupos históricamente discriminados, luego atender a la igualdad real y efectiva estipulada en el artículo 13 superior.

DISCRIMINACION LABORAL/DISCRIMINACION POR SEXO-Reconocimiento de las mujeres como grupo históricamente marginado/DISCRIMINACION POR SEXO-Implementación de acciones positivas a favor de las mujeres

La consagración en nuestro orden constitucional, de las mujeres como un grupo al que se le debe brindar protección especial y tratamiento favorable por considerársele un colectivo históricamente desfavorecido y marginado, ha ido más allá de dicho reconocimiento. La Constitución incluye dentro de las características que pueden ser tomadas en cuenta para la implementación de acciones positivas a favor de las mujeres, el supuesto consistente en que “Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada”. El establecimiento de acciones positivas en virtud del aparte del artículo constitucional transcrito, ha dado lugar a medidas que sugieren una discriminación positiva o favorable, en la que el sexo es el elemento que fundamenta el trato normativo disímil. La discriminación positiva y permitida por razón de sexo, es aún más evidente en el inciso final del citado artículo 43 superior, en el que se prescribe una orden al Estado para que apoye “...de manera especial a la mujer cabeza de familia”. El trato diferenciado en estos casos pasa de ser permitido a ser obligado por la Constitución misma.

PENSION DE JUBILACION-Edad de las mujeres/PENSION DE JUBILACION-Diferenciación a favor de las mujeres como medida de equilibrio

Esta Corporación ha considerado que la diferenciación a favor de la mujer en cuanto al requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, lejos de violar el principio de igualdad, lo hace efectivo desde la perspectiva de la igualdad sustancial, como quiera que pretende compensar las condiciones discriminatorias que en el campo laboral han enfrentado tradicionalmente las mujeres. Así en sentencia C-410 de 1994, encontró ajustada a la Constitución tal diferenciación en favor de la mujer, en tanto se trata de una medida que toma en consideración las desventajas sociales que este grupo poblacional enfrenta en numerosos ámbitos, dentro de los cuales se destaca el laboral, con la finalidad de compensar la desigualdad advertida, ya no como una manifestación del mandato superior de igualdad formal, sino de igualdad real y efectiva. La diferenciación en la edad para adquirir el derecho a la pensión, opera como una medida de acción afirmativa.

PENSION DE JUBILACION-Unificación de edad mínima como manifestación de igualdad formal

La edad mínima para adquirir el derecho pensional unificada con la Ley 33 de 1985, tiene su fundamento en el principio de igualdad formal, esto es, la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, que no configura una regulación discordante ni desproporcionada dentro del ordenamiento jurídico colombiano y guarda correspondencia con el orden constitucional vigente.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA PRECONSTITUCIONAL-No operancia de inconstitucionalidad sobreviniente/NORMA PRECONSTITUCIONAL-Vigencia como régimen de transición no vulnera principios constitucionales

Esta Corte considera que no se presenta el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, como quiera que, pese a que el examen de exequibilidad se realiza sobre una disposición anterior a la Constitución de 1991 tomando como parámetro de valoración precisamente el orden superior vigente, dicha disposición no resulta una medida de carácter general que afecte el sentido de las regulaciones actuales en materia de distinción por género en cuanto al requisito de edad para pensión. Además, no resulta desproporcionada su aplicación pues otorga la pensión a las mujeres a una edad (55 años) que es la misma que estableció el sistema general vigente en la actualidad. Así, a juicio de la Sala, la vigencia de una norma preconstitucional que disponga la igualación de la edad entre hombres y mujeres, bajo el orden constitucional actual -con un ámbito de aplicación restringido como se ha insistido-, debe ser interpretada como un régimen de transición, cuya implementación no vulnera principios constitucionales.

TRANSICION NORMATIVA Y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

De manera general, respecto de las normas transitorias que pretenden regular la transición de una legislación a otra en determinados temas o instituciones, la Corte Constitucional ha dicho que “...en función del principio de confianza legítima, que encuentra sustento constitucional en la buena fe, tal y como esta Corte lo ha señalado, lo único que constitucionalmente se puede exigir del Legislador es que la normatividad establezca un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones...” y en el mismo sentido, se afirmó en la sentencia C-074 de 2004 lo siguiente: “la Corte considera que una norma legal transitoria es aquella expedida para un fin específico y concreto o por un período de tiempo determinado.

Referencia: expediente D-6930

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985

Demandantes: Martha Luz Meneses García y María Eugenia Ángel Arango

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil ocho (2008).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Martha Luz Meneses García y María Eugenia Ángel Arango, solicitan ante esta Corporación la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1° (parcial) de la Ley 33 de 1985

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. DISPOSICIÓN DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada parcialmente, conforme a su

publicación en el Diario Oficial No. 36.856, 13 de febrero de 1985, y se subrayan las expresiones demandadas.

LEY 33 de 1985

(enero 29)

Diario Oficial No. 36.856, 13 de febrero de 1985

Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público

Diario Oficial No. 36.856

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

“Artículo 1°. **El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho** a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)”

III. LA DEMANDA

Las demandantes solicitan a la Corte Constitucional, declarar la inexecutable del aparte señalado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 por cuanto consideran que el mismo, al igualar la edad de jubilación de empleados y empleadas oficiales, configura una violación del artículo 13 constitucional, incisos 2° y 3°. Esto, en tanto dichos principios constitucionales procuran la igualdad material de los grupos discriminados, mediante la implementación de medidas que buscan equilibrar la situación de personas especialmente vulnerables o en circunstancia de debilidad manifiesta. Consideran por ello, que se vulneran las garantías laborales reforzadas consagradas en favor de la mujer trabajadora en el artículo 53 de la Carta Política, entendidas dichas garantías como el sustento de tales medidas que propenden por la equiparación real de la situación laboral de las mujeres frente a la de los hombres. Sustenta su demanda en los argumentos que a continuación se resumen.

A su juicio, la mujer trabajadora es destinataria de un trato especial a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, en reconocimiento del particular papel que cumple en la sociedad, como madre y responsable de las actividades del hogar, además de ser en la actualidad elemento activo en el mundo laboral. No obstante, en la disposición cuestionada, el legislador hizo abstracción absoluta de las circunstancias especiales de la población femenina trabajadora del sector público, al no hacer ningún tipo de distinción entre hombres y mujeres.

Lo anterior, en su opinión, configura una clara discriminación desfavorable para las mujeres, por cuanto no tiene en cuenta la diferenciación que la propia Constitución Política impone en su favor. Adicional a lo anterior, indica que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuyo numeral 1° fue modificado por la Ley 797 de 2004, sí realiza una clara diferenciación entre hombres y mujeres en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en lo que guarda relación

con la edad mínima para el reconocimiento de la prestación. Así, la edad mínima para las mujeres es de 55 años y para los hombres de 60, con un incremento a partir de 2014, momento en el cual la edad mínima para las mujeres será de 57 años y para los hombres de 62. Esta diferenciación –señala- tiene como propósito compensar la desigualdad, en favor de las mujeres que deben enfrentar dificultades adicionales, en virtud de su vinculación al mercado laboral.

Considera la demandante que no resulta ajustado a los mandatos constitucionales, que una disposición que desconoce del todo el principio de igualdad material y efectiva entre hombres y mujeres continúe produciendo efectos jurídicos. Para reforzar su argumentación, cita algunas de las consideraciones contenidas en la sentencia C-410 de 1994 que examinó y declaró la constitucionalidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en el deber del Estado de establecer medidas de diferenciación positiva en cuanto a las condiciones laborales y prestacionales en favor de la mujer, dadas las especificidades del rol que cumple en la sociedad.

Agrega que el sustento de tales medidas de diferenciación positiva corresponde a la aceptación de que “la mujer debe cumplir duras jornadas sin tiempo libre para el descanso, haciendo del grupo femenino u sector especialmente propenso al deterioro de su salud física y mental, ejerciendo una discriminación en cuanto a la calidad de vida (...), [respecto de] los hombres, quienes tienen una jornada laboral más corta y unas responsabilidades domésticas nulas, en comparación con las mujeres.”

De igual manera, ponen de presente que el artículo demandado dio igual tratamiento a dos grupos diferentes, “que requieren un trato desigual, por la condición en que laboran las mujeres en lo doméstico sin remuneración y en el campo laboral remunerado, generando un desgaste a más temprana edad para ellas y por tanto a más temprana edad deben obtener la jubilación...”. En últimas, las demandantes consideran que la distinción que se hace en cuanto a la edad según el género, para regular, justamente, el requisito de la edad a partir de la que se adquiere el derecho de pensión en Colombia, consistente en que las mujeres acceden a él a menor edad que los hombres; es una distinción necesaria que se deriva de la obligación constitucional de implementar medidas discriminatorias en favor de las mujeres.

En su parecer, como quiera que dicha distinción está presente en las normas que regulan el tema, promulgadas después de la Constitución de 1991, ello indica que el legislador, después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, ha reconocido que en efecto la distinción obedece al cumplimiento de la obligación de establecer acciones afirmativas a favor de grupos históricamente marginados y discriminados. Por ello, concluyen, no existen razones suficientes que admitan, en vigencia de la Carta de 1991, una regulación sobre requisitos de pensiones que no distinga entre mujeres y hombres, para determinar el requisito de la edad para pensionarse.

IV. intervenciones

1.- Defensoría del Pueblo

El ciudadano Fernando Iregui Camelo, Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales (E), allega a la Secretaría de esta Corporación escrito de intervención en el presente proceso el día 25 de septiembre de 2007. Solicita declarar la inconstitucionalidad de la expresión “y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55)” contenida en el artículo demandado, pero únicamente para el caso de las mujeres. A su juicio, la ausencia de diferenciación en la edad de pensión entre hombres y mujeres en la disposición acusada, es injustificada y desconoce el principio de igualdad material reconocido en la Constitución Política, en detrimento de las

mujeres que se encuentran cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Fundamenta su posición con base en la argumentación que a continuación se sintetiza.

Para empezar, el escrito de intervención se ocupa del tema de la vigencia de la disposición acusada. Al respecto, indica que la Ley 33 de 1985 se entiende tácitamente derogada por la Ley 100 de 1993, la cual establece expresamente en su artículo 289 la derogatoria de las disposiciones que le sean contrarias, salvo los regímenes expresamente exceptuados (art. 279), entre los cuales no se encuentra el de los empleados públicos de la rama ejecutiva, regulado por la Ley 33 de 1985. Adicionalmente, dice que la intención del legislador de 1993 fue la de incorporar en un régimen único todo lo relacionado con las pensiones, mediante la reforma integral al sistema de seguridad social, destinado a aplicarse a todos los habitantes del territorio nacional, con independencia del carácter de su vinculación laboral.

Con todo, indica la Defensoría del Pueblo, dicha derogatoria tácita no implica que la disposición objeto de controversia en esta oportunidad, no produzca efectos jurídicos en la actualidad. Por el contrario, a su juicio, hay disposiciones de la Ley 33 de 1985, entre las cuales se encuentra la que en esta oportunidad ha sido impugnada, que siguen rigiendo de manera ultractiva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que determina las reglas generales del régimen de transición para acceder a la pensión de vejez. Lo anterior –señala- tiene justificación en el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de jubilación que tienen los empleados de la rama ejecutiva, cobijados por el régimen de transición.

A continuación, la Defensoría del Pueblo entra a analizar si la diferencia de trato entre hombres y mujeres en relación con la edad de jubilación es imperativa desde la perspectiva constitucional. Después de recordar los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-410 de 1994 para declarar exequible la disposición de la Ley 100 de 1993 que estableció una edad diferente de jubilación entre hombres y mujeres, y luego de recordar informes de la CEPAL y del Observatorio de Asuntos de Género de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, sobre la participación económica y las condiciones laborales de las mujeres, concluye la entidad que las razones para establecer diferenciaciones aún subsisten y que en la época de expedición de la Ley 33 de 1985 encontraban aún mayor sustento, por cuanto “la situación real de las mujeres en el mercado laboral, así como su participación en las cifras de pobreza, era necesariamente más regresiva.”

No obstante lo anterior, concluye que no es imperativo que la compensación legal se concrete necesariamente por la vía del establecimiento de una diferencia de edad para la jubilación entre hombres y mujeres. Esto, por cuanto, si bien la igualdad material es un presupuesto axiológico de la Constitución Política, ésta no señala expresamente la manera en que deben concretarse las medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Trae a colación, en relación con este punto, una nueva corriente[1] que ha propuesto en varios países la igualación de la edad de jubilación entre hombres y mujeres, con la consideración según la cual tal diferenciación de edad en los regímenes de ahorro individual, lejos de contribuir a eliminar la discriminación indirecta que padecen las mujeres, la ha acentuado y ha propiciado la inferioridad en el monto de la pensión que ellas perciben, debido a las tablas actuariales diferenciadas para hombres y mujeres, que son empleadas en el cálculo del monto mensual de la pensión. Por lo expresado, la Defensoría del Pueblo indica que “el Legislador no tiene un deber constitucional de establecer una edad diferenciada para la jubilación de hombres y mujeres. Debe, eso sí, evaluar la realidad fáctica y ofrecer soluciones normativas que contribuyan a eliminar las distorsiones y discriminaciones que afectan a las mujeres para la consolidación de su derecho ciudadano a una

pensión. Pero igualmente le está vedado establecer diferencias de trato injustificadas, que es lo que efectivamente realiza la norma demandada...”.

Más adelante advierte que en el caso bajo estudio, si bien no se evidencia el incumplimiento de una exigencia constitucional relativa a la diferenciación de edad entre hombres y mujeres para acceder a la pensión, sí se presenta una ausencia de justificación de la diferencia de trato en la sucesión normativa, como quiera que el régimen aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva antes de la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, el Decreto 3135 de 1968 sí establecía una diferenciación de cinco años en la edad de pensión entre hombres y mujeres, de manera que aquellos adquirirían el derecho a los 55 años de edad, mientras que las mujeres lo hacían a los 50. Al igual que esta normatividad, la Ley 100 de 1993 también estableció una diferencia, de suerte que hasta el año 2014 la edad es de 60 años para los hombres y de 55 para las mujeres. Así, concluye:

“En este orden de ideas, mientras que el régimen de transición implica para los hombres vinculados a la rama ejecutiva no sólo las ventajas relativas al tiempo y monto de cotización, sino en cuanto a una menor edad para la jubilación que la prevista en la Ley 100, las mujeres que caen dentro del régimen de transición no se benefician de una menor edad de jubilación, pues la establecida en la Ley 100 es la misma que ya había ordenado la Ley 33 de 1985. Es así como los hombres gozan de tres condiciones más favorables en el régimen de transición, mientras que las mujeres sólo gozan de dos”.

De conformidad con lo anterior, a juicio de la entidad no aparece justificada la diferencia de trato entre los regímenes referidos, que en este caso, hace más gravosas las condiciones de las mujeres para acceder al derecho a la pensión, pues el legislador se encuentra en la obligación de remover las condiciones de desventaja que padecen los grupos y personas discriminadas, por lo cual le está vedado acentuar las diferencias, como ocurre en este caso. Considera, pues, que esta ausencia de diferenciación deviene incompatible con el principio de igualdad material que instauró el constituyente de 1991.

Para terminar, solicita entonces a esta Corporación declarar la inexecutable del requisito de edad establecido en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, únicamente respecto de las mujeres, por desconocer el derecho a la igualdad de trato y la especial protección que en el ámbito laboral establece la Constitución Política, lo que, estima, conduciría a restablecer la edad de 50 años exigida para las mujeres en la normatividad anterior (Decreto 3135 de 1968), con lo cual las empleadas de la Rama ejecutiva se beneficiarían de una menor edad de jubilación que la prevista en el nuevo sistema pensional y, así, se restablecería la igualdad material en el régimen de transición.

2.- Ministerio de la Protección Social

Esperanza Avellaneda Ordóñez, quien actúa como apoderada especial del Ministerio de la Protección Social, solicita mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 13 de diciembre de 2006, la declaratoria de exequibilidad de la disposición cuestionada.

Después de plantear unas consideraciones sobre los regímenes pensionales y sus características, afirma que la Ley 33 de 1985 no se encuentra vigente, por cuanto fue derogada por la Ley 100 de 1993, de lo cual se desprende que su aplicación es restrictiva y sólo tiene lugar para aquellos servidores públicos cobijados por el régimen de transición de dicha normatividad.

De otra parte, manifiesta que no es posible colegir la existencia de una vulneración del derecho a

la igualdad, de la consagración posterior (Leyes 100 de 1993 y 797 de 2004) de una diferenciación en cuanto a la edad entre hombres y mujeres para acceder a la pensión de vejez, pues el legislador cuenta con una amplia potestad en la expedición de las leyes y, si así lo decidió, “es porque posiblemente los estudios realizados por el legislador frente a los aspectos de edad promedio de vidas, morbilidad, mortalidad, conllevaron a la modificación del ordenamiento que consagra la pensión de vejez para los trabajadores colombianos”, sin que se observe desconocimiento de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo en la disposición demandada.

Añade que la solicitud de las demandantes, no considera que el mencionado amplio margen de configuración del legislador en materia del servicio público de la Seguridad Social, tiene como fin, “asegurar su viabilidad financiera. Así las cosas es claro que al momento de establecerse los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de una pensión debe tenerse en cuenta, los recursos con los cuales el Sistema General de Pensiones – S.G.P. -, va a garantizar la satisfacción de tales derechos, porque de lo contrario se generaría que hacia el futuro no se pudiera cumplir con las expectativas legítimas de las personas de acceder al reconocimiento prestacional, pues los recursos del S.G.P., no ilimitados y en la medida en que no se establezcan parámetros técnicos y económicos en la utilización de los mismos, se puede llegar a su descapitalización. Agrega, en relación con lo anterior, que “precisamente, los beneficios del régimen de transición, fueron modificados en el acto legislativo [Acto Legislativo 01 de 2005], debido al déficit financiero que presentaba el sistema...”

3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 25 de septiembre de 2007, solicita la declarar exequible la norma demandada. Considera que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los requisitos de acceso al derecho de pensión. De otro lado, la disposición acusada no incurre en la utilización de criterios sospechosos para adjudicar consecuencias jurídicas diferentes a grupos diversos, por lo cual no se puede afirmar que vulnere el principio de igualdad.

Aclara igualmente, que si se trata de justificar una acción positiva “que como medida de protección coloque a la mujer en posición privilegiada, ésta es una decisión sobre la cual el legislador, cuerpo político del Estado, tiene un amplio poder de configuración, pues las leyes proteccionistas son un desarrollo de lo que en determinado momento se pretenda como finalidad del sistema político.”

4.- Consejería Presidencial para la equidad de la Mujer.

La ciudadana Martha Lucía Vásquez Zawadsky, Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer, allega al despacho escrito de intervención, en el que solicita a la Corte Constitucional declarar exequible la norma demandada.

Explica, que en el ordenamiento jurídico colombiano, existen razones constitucionales suficientes para justificar un trato distinto según el género en materia de seguridad social. Especialmente, en cuanto al derecho a la pensión, “se debe reconocer una ventaja comparativa para las mujeres en relación con la edad (...), toda vez que en nuestro contexto social, las mujeres están encargadas casi exclusivamente de realizar el trabajo reproductivo, de cuidado y doméstico (trabajos no remunerados), tareas que no realizan los hombres.”

Pese a lo anterior -continúa-, la conclusión según la cual la disposición acusada resultaría

inconstitucional porque no distingue entre mujeres y hombres para la determinación del requisito de la edad de pensión, no tiene en cuenta el tránsito normativo en seguridad social a partir de la Ley 100 de 1993. En efecto, la norma demandada está vigente, únicamente en aquellos casos en que es aplicable el régimen de transición. De otro lado la Ley 100 en mención estableció la distinción que la demandante hecha de menos, en el sentido de asignar como requisito de edad para acceder a la pensión, una diferente para las mujeres respecto de la de los hombres. Así, se debe considerar el hecho de que en 1993 con la referida ley se disminuyó la edad para que las mujeres accedieran a la pensión, con lo cual se cumplió con la obligación constitucional de favorecerlas, y se aumentó la edad para los hombres. Por ello, si algo hace la ley 33 de 1985, no es dar un tratamiento desfavorable a las mujeres, sino por el contrario, dar un tratamiento favorable para los hombres en la medida en que régimen general establece para ellos, la edad de 60 años. Es decir, en ningún momento se está dando un tratamiento discriminatorio que desfavorezca a las mujeres trabajadoras cobijadas por la ley 33 de 1985 en comparación con las mujeres cobijadas por la ley 100 de 1993.”

Por último, agrega que “desde el punto de vista de la equidad de género, tampoco convendría determinar que la edad de 55 años concebida legalmente, tuviera una disminución adicional a la que ya se reconoce; esto, porque si bien es cierto que reconocer una ventaja comparativa a las mujeres en cuanto a la edad para adquirir la pensión hace parte del derecho a la igualdad real, no es cierto que bajarla indefinidamente beneficie en todo momento al grupo poblacional en mención, porque podría implicar la exigencia a las mujeres que cumplan con requisitos de edad, de pensionarse prematuramente y disminuir su capacidad económica ostensiblemente teniendo en cuenta que la mesada pensional es de 75% de los últimos salarios recibidos, según la legislación colombiana.”

5.- Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas -Escuela de Estudios de Género

En escrito recibido en la Secretaría de esta Corporación el 25 de septiembre de 2007, la ciudadana Lina María Céspedes Báez emite el concepto solicitado a la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, mediante el cual solicita la declaratoria de inexecutable del aparte demandado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Fundamenta su solicitud en los argumentos que pasan a exponerse:

En primer lugar señala que, a su juicio, lo que plantean las demandantes se refiere a una omisión legislativa relativa de parte del legislador que se configura concretamente por no haber incluido una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución, en los términos de la sentencia C-067 de 2003, pues “como se puede observar, el legislador reguló una institución y los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, mas olvidó otorgar un trato diferente a las mujeres, de modo que estamos frente a una omisión relativa que se enmarca en la hipótesis del literal d) de la sentencia arriba reseñada, esto es, 'cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”.

En atención a que concluye que se trata de una omisión legislativa relativa, afirma que la misma puede ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.

Para empezar, estima necesario poner de presente que el cuerpo normativo parcialmente atacado estaba dirigido a resolver los problemas financieros de la Caja Nacional de Previsión y a unificar el régimen de la pensión de jubilación en el terreno de los empleados oficiales, específicamente en lo relativo a su monto. Y respecto del artículo 1° explica que es posible establecer, a partir de

la lectura de los antecedentes legislativos de dicha ley, que la intención del legislador fue precisamente unificar la edad de jubilación de hombres y mujeres bajo la consideración de que entre ellos hay igualdad de deberes y derechos y, además, con fundamento en el hecho de que la esperanza de vida de las mujeres es superior a la de los hombres.

La interviniente afirma que es cierto que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades y ella no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, lo cual se desprende del artículo 43 de la Constitución Política, y de varias disposiciones contenidas en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7° y 10° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3° y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Señala que de acuerdo a lo anterior, podría concluirse que la norma demandada no es inconstitucional, en la medida en que consagra la igualdad de trato para hombres y mujeres al equiparar las edades para acceder a la pensión de jubilación. Sin embargo –continúa- el concepto de igualdad es relacional y parte de circunstancias particulares de aquellos a quienes se aplica. Por ello, el artículo 13 superior no ordena un trato igual para todos los sujetos sin tener en consideración su situación específica, por cuanto de esa manera se cometería el error de comparar situaciones disímiles, lo cual produciría efectos contrarios a la equidad. La misma disposición constitucional, aduce, ofrece un catálogo de circunstancias que tradicionalmente han sido fuente de discriminaciones sistemáticas, como el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, criterios estos que sirven de parámetro para identificar los casos en los cuales el Estado debe reconocer la diferencia de determinados grupos poblacionales y promover la superación de la discriminación, reconociendo la diferencia y la inconveniencia de aplicarles un concepto de igualdad formal. Así, el inciso 2° del artículo 13 de la Constitución, complementa el contenido normativo del principio de igualdad, mediante la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y, en consecuencia, adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados. De esta manera, el Estado debe generar acciones afirmativas en aras de desarrollar el sustrato material del derecho a la igualdad para que este mandato no se agote en la simple igualdad ante la ley[2].

Después del recuento realizado, la interviniente concluye que la disposición parcialmente demandada es inconstitucional por cuanto desconoce la discriminación de la que es objeto la mujer en muchas áreas, entre las que se encuentra la laboral y la pensional, situación ésta que conlleva la necesidad de establecer un trato diferencial para las mismas con el fin de lograr una igualdad de género.

Posteriormente, consigna algunas estadísticas sobre la situación laboral de la mujer en Colombia y afirma que, si bien es cierto, en el campo pensional la brecha es menor entre hombres y mujeres, la edad de pensión es un factor determinante que puede jugar a favor o en desventaja para estas últimas. Así, por ejemplo, afirma que en el régimen de prima media con prestación definida la diferenciación de edades no incide directamente en el monto de la pensión. Por el contrario –indica- en el régimen de ahorro individual con solidaridad, dicha diferenciación incide directamente en los tiempos máximos a que está obligado el empleador a cotizar, de manera que una edad menor para la mujer como límite para que la obligación del empleador de continuar efectuando las cotizaciones subsista, es discriminatoria para la mujer, pues le impide aumentar el

capital destinado a su pensión (Ley 100 de 1993, art. 64) “sobre todo si se tiene en cuenta que la esperanza de vida de ésta es mayor y que, por esta razón, deberá dividir ese capital en un número de años mayor que en el caso de los hombres. No hay que olvidar que las mujeres que tienen cierta capacidad de ahorro, como para acceder a este tipo de regímenes, generalmente acceden a contrataciones estables que las benefician si se amplían los años de cotización”.

Hace énfasis, no obstante, en que en el caso de la Ley 33 de 1985 que cuenta con una prestación definida basada en el monto de la cotización, el cual está determinado por el salario, la diferencia de edades configuraría una acción positiva en favor de las mujeres, cuya necesidad se encuentra plenamente justificada en la idea según la cual las mujeres sufren un mayor desgaste por las labores de maternidad y atención del hogar que implican una doble jornada laboral que debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico, a fin de alcanzar una igualdad de género, en los términos de la sentencia C-410 de 1994. De igual manera, en opinión de la interviniente, la diferenciación encuentra su justificación en las dificultades que experimentan las mujeres para insertarse y mantenerse en el mercado laboral mediante una contratación estable y por la falta de continuidad provocada por la necesidad de atender los quehaceres relacionados con la crianza de los hijos.

Considera que el mundo laboral exhibe características diferentes según se trate de un hombre o una mujer trabajadores. Estas distinciones, concluye, deben igualmente reflejar distinciones en los derechos de seguridad social, derivados de la dinámica al interior del mencionado mundo laboral. Así, las mujeres, contrario a los hombres, “...asumen doble o triple jornada de trabajo; ellas tienen menos tiempo libre, pues ha de dedicarlo en gran parte a la crianza; ellas tienen menores salarios; ellas se ven abocadas a interrupciones en sus carreras laborales (maternidad y cuidado de los niños y adultos mayores de sus familias); ellas no son la mano de obra más deseada en el mercado si están en edades reproductivas y con vínculos matrimoniales vigentes, por el temor del empleador a la licencia de maternidad y a la asunción de nuevas responsabilidades de la mujer como madre”[3]

Concluye a partir de lo expuesto que el legislador omitió el cumplimiento de una obligación constitucional que impone al Estado el deber de tomar medidas específicas en favor de los grupos discriminados, en este caso, de las mujeres, por lo cual la disposición es inconstitucional. Y que como toda medida de discriminación positiva, puede desaparecer, “cuando el sistema de pensiones ofrezca instrumentos más idóneos para corregir [la desigualdad] o cuando la mentada igualdad material entre hombre y mujeres sea una realidad en la sociedad colombiana.”

6.- Corporación Sisma Mujer

La ciudadana Claudia Mejía Duque, Representante Legal de la Corporación, interviene en el presente proceso mediante escrito recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 13 de diciembre de 2006, a fin de solicitar la declaratoria de inexecutable del aparte demandado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos:

A su juicio, la norma acusada que unifica la edad de jubilación de los empleados públicos, contraría lo dispuesto expresamente en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, así como en varios instrumentos internacionales adoptados por Colombia que hacen expresa alusión a los derechos de las mujeres y a la necesidad de adoptar mecanismos que contribuyan a crear una sociedad más equitativa. Así, dicha ley debió establecer una diferencia en razón del sexo para

determinar la edad de jubilación de los empleados públicos, acudiendo a criterios de discriminación positiva en favor de las mujeres. Lo anterior, por cuanto el inciso 2° del artículo 13 de la Constitución Política contiene el principio de igualdad sustancial que implica la adopción de medidas en favor de los grupos discriminados que posibiliten la igualdad real y efectiva, lo cual permite la utilización del concepto de discriminación en un sentido positivo para superar la situación de desigualdad de grupos discriminados.

Por lo anterior, resulta justificado, en su opinión, tomar medidas que pretendan compensar previas desventajas de determinados grupos sociales, por lo que el legislador debe reconocer las particularidades fácticas que afectan a las mujeres, las cuales ameritan establecer un criterio diferenciador en razón del sexo para la edad de jubilación en el sector público, con el propósito de armonizar estas normas con las que regulan las relaciones laborales en el sector privado donde ya se reconoce y aplica esta diferenciación.

En relación con la justificación para que las mujeres tengan un trato favorable en materia de edad de jubilación, pone de presente que las condiciones laborales de las mujeres son muy desiguales frente a las de los hombres, pues pese a que la incorporación de la mujer en la vida laboral ha crecido progresivamente, “su carga de trabajo no remunerado en el hogar continúa incólume”. Adicionalmente, señala que las mujeres continúan siendo objeto de discriminación en cuanto a las reducidas tasas de participación en el mercado laboral, su nivel de desempleo, el salario promedio devengado, el número de años efectivamente cotizados en seguridad social y el aludido sometimiento a una doble jornada laboral, para lo cual trae una serie de cifras como sustento.

Agrega a lo anterior que el rol de cuidado de hijos e hijas, familiares enfermos, personas con discapacidad, el cual ha sido tradicionalmente asignado a las mujeres, hace que sus carreras laborales se vean interrumpidas con mayor frecuencia, por lo que el porcentaje de mujeres que pueden acceder a una pensión, es sustancialmente inferior al de los hombres. De otra parte, hace referencia a las labores a las que se dedican las mujeres y a que las actividades no remuneradas, implican jornadas de trabajo más largas en detrimento de sus niveles de salud, nutrición, participación ciudadana y recreación. De esta manera, considera que el trabajo doméstico desempeña un papel decisivo en el funcionamiento del sistema económico que, además, de no tener reconocimiento, “escapa de los registros de la seguridad social y a los beneficios y prestaciones que ésta proporciona”. La situación descrita, observa la interviniente, implica que aunque la expectativa de vida es mayor para las mujeres, éstas no tienen mejor calidad de vida, así que “viven más pero no viven mejor”, antes por el contrario son más propensas a padecer enfermedades crónicas a causa de los embarazos repetidos, la malnutrición, violencias, dobles y triples jornadas.

Opina pues la ciudadana, que no es válido, desde la perspectiva constitucional, dar un tratamiento idéntico en el tema de la edad de jubilación a hombres y mujeres, pues no se encuentran en igual condición en el campo laboral, de manera que allí no cabe la igualdad formal, como ya lo expresó esta Corporación en sentencia C-410 de 1994. Por lo cual expresa:

“El tratamiento jurídico de la discriminación sexual debe consultar la realidad social que se evidencia claramente distante de la igualdad, y que por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora que promuevan mejores niveles de participación de las mujeres en el ámbito laboral y a compensar los efectos de la desigualdad que entraña la realidad social”.

De otra parte, encuentra que en este caso se presenta un desconocimiento del artículo 53

constitucional que exige la especial protección a la mujer, a la vez que se trata de una disposición en desarmonía con el resto de normatividades que se han ocupado del tema. Para mostrar la discordancia, enuncia la Ley 71 de 1988 que estableció la edad de jubilación de los empleados y trabajadores oficiales, con un criterio diferenciador basado en el sexo, pues estableció que los empleados oficiales y trabajadores con 20 años de aportes y 60 años de edad, si es varón, o 55 años si es mujer, tendrán derecho a la pensión de jubilación. De igual manera sucede con la Ley 100 de 1993, explica, por cuanto la edad para acceder a la pensión de vejez es de 55 años para las mujeres y de 60 para los hombres, edad exigida, de igual manera, por la Ley 792 de 2003.

Por manera que, a su juicio, la norma acusada parcialmente en esta ocasión, debe armonizarse con la normatividad vigente, pues es contraria a la Constitución.

Por último, destaca que más allá de vulnerar disposiciones constitucionales como los artículos 13 y 53, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, implica el incumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, los cuales garantizan el derecho a la igualdad y obligan a los Estados parte a adoptar acciones positivas, con el fin de lograr superar las condiciones de desigualdad de grupos históricamente discriminados. Sobre este punto, hace referencia a los siguientes instrumentos internacionales:

(i) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 51 de 1981), mediante el cual el Estado se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren dentro de su territorio, el pleno goce de sus derechos civiles y políticos sin distinción, y la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, color o condición social; (ii) la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW-, instrumento que reconoce y protege el derecho a gozar en igualdad de condiciones de los derechos políticos, civiles y económicos a las personas de uno y otro sexo. Además de obligar a los Estados parte, en su artículo 7°, a asumir una posición proactiva en la toma de acciones conducentes a eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país; (iii) y, por último, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) que consagra en su artículo 6° literal b) “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

A partir de todo lo expuesto, concluye que la norma acusada ha debido considerar una edad de jubilación para las empleadas públicas menor a los 55 años, en consideración a los criterios de discriminación positiva, constitucionalmente autorizados por la Constitución Política colombiana, y que, por ello, debe ser declarada inexecutable.

Intervención de la Corporación de Investigación y Acción Social y Económica

Mediante escrito allegado a la Secretaría General de esta Corporación el 3 de octubre de 2007, la Corporación de Investigación y Acción Social y Económica, solicita que se declare inexecutable la disposición acusada. Considera que se vulneran los contenidos normativos constitucionales contenidos en el preámbulo y en los artículos 13, 25, 43, 48 y 53, en relación con el derecho a la igualdad y a la protección reforzada de la mujer que debe garantizarle el Estado en diferentes ámbitos como el trabajo y la seguridad social.

Fundamenta su solicitud en que la norma demandada desconoce las diferencias entre el sexo masculino y femenino, e ignora que las responsabilidades familiares atribuidas por la naturaleza

y la costumbre a la mujer, como la reproducción, la maternidad, el cuidado y la crianza, son mayores en comparación a la de los hombres. Adicional a esto las mujeres se encuentran sometidas en la inserción laboral, a la discriminación salarial junto con una mayor expectativa de vida. “Esto implica que pasan más años jubiladas que los hombres con menores ingresos”.

Afirma que la norma incurre en una doble violación del principio de igualdad: “(i) Desconocimiento de los criterios de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres que procuran acciones afirmativas”, pues la diferencia en la edad para hombres y mujeres para adquirir la pensión es legítima, racional y proporcional, ya que implica el reconocimiento de la situación de discriminación a que han sido sometidas las mujeres y la adopción de medidas para mitigarlas. “(ii) La norma acusada establece una diferencia no justificada entre sectores poblacionales en iguales condiciones (...)” El régimen de ahorro individual establece la edad necesaria para obtener la pensión para las mujeres a los 55 años de edad y a los hombres a los 60 años de edad, mientras que, de manera injustificada, el régimen para el sector público no hace esta distinción.

La CIASE concluye que la norma no sólo desconoce el principio de igualdad, sino que además coloca en desventaja a las mujeres, pues diferenciar la edad para adquirir la pensión a favor de las mujeres, es una medida que contribuye a eliminar la discriminación a la que históricamente han sido sometidas.

Intervenciones Ciudadanas

Juanita Candamil Cabral, en su calidad de ciudadana, solicita mediante escrito radicado en la Secretaría General de esta Corporación el 16 de octubre de 2007, que se declare exequible la norma cuestionada. Considera que el régimen de pensiones para empleados y empleadas oficiales, contenido en la ley 33 de 1985, es un régimen especial consistente en recompensar a las personas que hayan desempeñado sus labores al servicio de la Nación por un largo tiempo, independientemente de los aportes realizados por el trabajador o la entidad empleadora. Mientras que en el régimen de pensiones del sector privado, en el que la vejez se asume como un riesgo asegurable, se exige la realización de aportes que logren cubrir la pensión de vejez. “El punto medular de la diferenciación radica en que la adquisición de derecho a una pensión de jubilación está atado al cumplimiento de los años de servicio y la edad requeridos, y no de los aportes obligatorios establecidos por los reglamentos de ISS; de los cual se desprende que los empleados del sector público ostentan un régimen pensional mas favorable dado que rinden servicio a la nación”.

En cuanto a la discriminación alegada por las demandantes, afirma que no se hace necesaria la implementación de una acción afirmativa, ya que la protección especial de la mujer se da “únicamente en los casos en que sus derechos fundamentales se encuentren vulnerados, lo que les otorga el estado de un grupo poblacional marginado o discriminado.”

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 4455 recibido en Secretaría de esta Corporación el 22 de enero de 2008, solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse de fondo en relación con la expresión “[e]l empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho (...)” contenida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 por carecer de cargos ciertos, claros, pertinentes y específicos. En subsidio, solicita declarar la constitucionalidad del

aparte demandado.

Para empezar, señala que la norma parcialmente acusada fue derogada, de manera tácita, por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 por no encontrarse dentro de los regímenes exceptuados por este precepto. Sin embargo, en virtud del artículo 36 de dicha Ley, que estableció el régimen de transición, la misma tiene aplicación ultractiva, y aún surte efectos de manera excepcional para el grupo de empleadas públicas cobijadas por dicho régimen de transición que en la actualidad no hayan cumplido 55 años de edad y que cumplan los 20 años de servicio antes de llegar a la edad mencionada.

A continuación indica que no observa cumplidos los requisitos de certeza, claridad, especificidad y pertinencia de los cargos, para lo cual expone las siguientes razones:

De una parte, no considera pertinente que “siempre que se valore una situación que involucre el derecho de igualdad entre sexos, se recurra al argumento genérico de las condiciones de desigualdad social de la mujer, como por ejemplo, la pobreza, el desempleo, la vinculación al sector informal de la economía, la falta de estabilidad laboral, la falta de acceso a la educación, la desigual remuneración, etc. circunstancias que si bien persisten y deben ser prevenidas y corregidas, no se dan en todos los casos. Por ello, los cargos de la demanda deben dirigirse de manera precisa a mostrar que la disposición acusada genera una situación de discriminación”.

Estima, asimismo, que del hecho de que la Corte Constitucional haya establecido en sentencias como la C-410 de 1994 y C-623 de 1998 que el legislador puede válidamente establecer tratos diferenciados en razón de sexo en materia pensional, siempre y cuando tales tratos guarden proporción entre los hechos que le sirven de causa y los fines que se persiguen, esto no implica que esté constitucionalmente obligado a hacerlo en todos los casos; por esta razón, puntualiza que la demandante invierte la lógica de argumentación de la Corte al colegir que todo trato igual resulta inconstitucional y que, por lo mismo, excusa de demostrar la discriminación concreta, razonamiento que la Vista Fiscal no comparte.

Igualmente, encuentra que la demanda no logra mostrar la supuesta violación del derecho a la igualdad de las mujeres a quienes se les aplica la disposición atacada de manera relacional con los demás empleados públicos, ni con los empleados cobijados por el régimen transitorio acusado. Lo anterior, por cuanto a) el régimen de transición en sí mismo, consagra un trato favorable a las mujeres, al ampararlas desde los 35 años de edad al momento de su entrada en vigencia, mientras que estableció una edad mínima para los hombres de 40 años; b) el régimen de transición es más favorable que el régimen general de pensiones, pues el presunto grupo vulnerado se beneficia de una edad de pensión igual a la que se fija para las demás funcionarias que se pensionen hasta el año 2014 y menor a la de aquellas que se pensionen con posterioridad a esa fecha, para quienes la edad se aumenta a 57 años. Señala, además, que en relación con los hombres sujetos al régimen general, la edad de pensión del grupo de mujeres supuestamente vulnerado es cinco años menor a la que exige hasta 2014 y siete años menor a la que exigirá a estos a partir del año 2014, que será de 62 años; c) el grupo de mujeres cobijado por la Ley 33 de 1985, tiene, adicionalmente, la ventaja de pensionarse con el 75% del salario del último año, mientras que la mayor parte de trabajadores se pensiona con el 65% del salario calculado sobre los últimos diez años, cálculo éste que les resulta más favorable a las supuestas afectadas.

Concluye, entonces, lo siguiente:

“Si bien, en el régimen de transición queda un grupo de hombres favorecidos por la disposición,

frente a los demás empleados públicos del sexo masculino, por poder pensionarse a los 55 años, es decir, a la misma edad que las mujeres del anterior y del nuevo régimen, no es evidente que este sólo hecho afecte a las mujeres en general y al grupo particular que aquí se señala como afectado. Especialmente cuando la disposición forma parte de una legislación anterior ya derogada, y cuyos efectos transitorios están por concluir.

(...)

No queda entonces claro cuál es la situación desventajosa y desfavorable a la que se refiere la demandante y que da lugar al desconocimiento del artículo 13 de la Constitución.”

El Ministerio Público tampoco encuentra suficientemente justificado el cargo relativo al desconocimiento de los principios contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política, en tanto la actora no especifica a qué derecho se renuncia, cuál es la realidad de la relación laboral oculta tras las formalidades, en qué sentido se vulnera la garantía de la seguridad social, en qué se afecta la capacitación, el adiestramiento y el descanso de estas mujeres, o en qué forma el Estado incumple con la debida protección especial a la mujer y a la maternidad del grupo presuntamente afectado. Igualmente, pone de presente que dicha ausencia de fundamentación también se echa de menos en relación con los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Por último, la Vista Fiscal indica que, en consideración a que lo alegado en el fondo es una omisión legislativa relativa, por cuanto el cargo no está dirigido contra el contenido de la disposición, sino contra la ausencia del trato favorable para las mujeres en cuanto a la edad para pensionarse, éste debió tener aún mayor claridad y precisión tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, pues en este caso se hace necesario que se demuestre el incumplimiento de un deber específico impuesto por la Constitución, sin cuya demostración, la Corte debe declararse inhibida. La demandante, en esta ocasión, parte de la idea de la existencia de un deber específico impuesto por la Carta Fundamental de dar un trato diferenciado para hombres y mujeres en materia pensional, y de que cualquier tratamiento igual implica la vulneración del derecho a la igualdad, con lo cual el Ministerio Público no está de acuerdo.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4° de la Carta.

El asunto bajo revisión

2.- Las demandantes plantean que el aparte cuestionado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 resulta inconstitucional por haber consagrado la misma edad, en hombres y mujeres, para acceder a la pensión de jubilación. Lo anterior, por cuanto existen mandatos superiores específicos, contenidos en el artículo 13 de la Constitución Política que establecen el deber de protección especial a las mujeres, con el fin de alcanzar progresivamente su igualdad real y efectiva, mediante la adopción de medidas de acción positiva que tiendan a eliminar la discriminación de que han sido objeto tradicionalmente y que consulten su verdadera situación, dado el rol que cumplen en la sociedad. Así, a su juicio, es discriminatorio establecer la misma edad de pensión, para hombres y mujeres, pues estas últimas demandan del Estado un trato favorable, en virtud de su condición histórica de grupo discriminado, advertida por el Constituyente de 1991. Por esto,

solicita declarar la inexecutable del aparte cuestionado.

3.- Los intervinientes plantean posiciones divergentes frente al cargo contenido en la demanda. En efecto, el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Hacienda, la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer y algunos ciudadanos defienden la constitucionalidad de la disposición parcialmente acusada, en atención a que la consagración de un requisito igual para hombres y mujeres en la edad de pensión entra en el ámbito de la amplia libertad de configuración del legislador, sin que con ello se evidencie la vulneración del derecho a la igualdad ni de las garantías laborales estipuladas en el artículo 53 constitucional. Adicional a lo anterior, consideran que se trata de una norma ya derogada por la Ley 100 de 1993, cuyos efectos en la actualidad son muy restringidos, dado que sólo cubre a las empleadas públicas amparadas por el régimen de transición. Y, por otra parte, plantean que el régimen ahora atacado resulta más favorable que el general establecido en la Ley 100 de 1993 y los desarrollos legales posteriores en la materia.

De otra parte, las intervenciones de la Defensoría del Pueblo, la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, la Corporación Sisma Mujer y la Corporación de Investigación y Acción social y Económica (CIASE), solicitan a la Corte declarar la inexecutable del requisito de edad establecido en el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 respecto de las mujeres, por desconocimiento del derecho a la igualdad material y la especial protección que en el ámbito laboral contempla la Constitución en su favor. De esta manera, consideran que, tal y como fue expuesto en la demanda de inconstitucionalidad, el legislador de la época se abstuvo de consagrar un trato más favorable para las empleadas públicas en relación con la edad de pensión, al unificarla para ambos sexos.

Puntualizaron en sus escritos de intervención que la situación laboral de las mujeres en Colombia bien merece ser tenida en cuenta, con el fin de brindarles un trato favorable, pues su condición actual de desigualdad, profundizada por la doble jornada laboral a que se ven sometidas por su rol de cuidado en el hogar, entre otros factores, debe ser valorada y verse reflejada en el sistema jurídico, en cumplimiento de los mandatos consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales, como en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos, incorporados al ordenamiento interno.

4.- A su turno, el Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación declararse inhibida para realizar un estudio de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto observan que el cargo planteado por la actora carece de los requisitos de certeza, claridad, especificidad y pertinencia. No obstante lo anterior, el concepto del Ministerio Público expone argumentos que abogan por la constitucionalidad de la disposición cuestionada, y solicita de manera subsidiaria su declaratoria de executable. Afirma que la argumentación de la ciudadana demandante no logra suscitar dudas respecto de la constitucionalidad de la disposición que controvierte, pues (i) no muestra en qué radica exactamente la situación de discriminación alegada; (ii) parte del supuesto falso, a su juicio, de que el legislador está constitucionalmente obligado a establecer tratos diferenciados en razón del sexo en materia pensional; y (iii) dicho régimen de transición es más favorable para las mujeres, quienes se vieron amparadas por éste desde los 35 años de edad, a diferencia de los hombres a quienes cubría si contaban con 40 años al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; además, por cuanto el régimen vigente establece una edad igual para las mujeres a aquella contenida en la disposición demandada y cinco años menor que la consagrada para los hombres, así como dos años menor que la estipulada para las mujeres que se pensionen después del año 2014 y siete años menor que aquella de los hombres que adquieran

el derecho después de ese año.

Asuntos preliminares: Ineptitud sustantiva de la demanda, presunto alcance del cargo relacionado con el fenómeno de la omisión legislativa, y vigencia y alcance del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Ineptitud de la demanda

5.- La Corte considera necesario hacer una aclaración previa en relación con la supuesta ineptitud sustantiva de la demanda, alegada por el Procurador General por carencia de certeza, claridad, especificidad y pertinencia en el cargo planteado. Tal carencia radicaría, según los argumentos expuestos en el concepto referido, en que las demandantes no logran suscitar dudas sobre la presunción de constitucionalidad de la disposición parcialmente acusada. No obstante, a pesar de solicitar a la Corte declararse inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo, se presentan argumentos que, como se dijo, se encaminan a defender la constitucionalidad de la misma, luego, antes que mostrar la improcedencia del estudio por razones formales, plantean argumentos de fondo que pretenden mostrar la exequibilidad de la disposición. Por ejemplo, se exponen argumentos como el carácter más favorable para las mujeres, del régimen ahora atacado frente al régimen general consagrado en la Ley 100 de 1993, así como del régimen de transición en sí mismo; la inexistencia de un deber constitucional para el legislador de hacer una diferenciación en razón del sexo en materia pensional; y, además, que el argumento genérico de las condiciones de desigualdad social de las mujeres, no demuestra por sí solo la discriminación que pretende probarse.

Las razones aducidas para sustentar la presunta ineptitud de la demanda están enderezadas, entonces, a fundamentar la constitucionalidad del aparte demandado y es por ello que la Corte Constitucional encuentra que hacen parte de un estudio de fondo antes que de un análisis previo respecto de la procedencia formal de la demanda por ausencia de cargo claro, específico y pertinente.

Alcance del cargo, presunta omisión legislativa.

6.- De otro lado se aduce también, por parte de algunos intervinientes, que el cargo presentado en el escrito de la demanda propone la configuración de una omisión legislativa. En su parecer, las demandantes han explicado que el legislador omitió introducir la distinción de edad entre hombres y mujeres en la determinación del requisito de edad para acceder a la pensión, ante la existencia de suficientes razones constitucionales para ello. Sobre esto, encuentra la Sala Plena que la correcta interpretación del cargo propuesto en esta ocasión a la Corte Constitucional, no se refiere a la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Justamente, el fenómeno de omisión legislativa sugiere que el legislador ha omitido regular un asunto específico dentro de una temática genérica, la cual es regulada a su vez en la Constitución de tal manera que sugiere la prohibición de incurrir en dicha omisión. Por ejemplo, aquella disposición legal que adjudica ciertas consecuencias jurídicas para ciertos grupos, y omite hacer referencia a algún grupo ubicado por las normas constitucionales como detentador de dichas consecuencias jurídicas.

Así, en el caso de la norma demandada, el legislador de 1985 reguló el asunto relativo al requisito de la edad para pensión según el género, bajo la consideración de que no era necesario distinguir entre hombres y mujeres. Entonces, no resulta acertado afirmar, que se omitió regular el asunto o que se omitió hacer la distinción. En efecto, el asunto está regulado; y la distinción no

se introdujo, precisamente, porque el legislador optó por un tratamiento igualitario (sin distinción) a hombres y mujeres, respecto de la configuración del requisito de la edad para pensión.

Por lo anterior, la Corte considera que el cargo bajo estudio no pretende la inexecutableidad de la disposición por omisión legislativa, sino por la vulneración de la presunta obligación constitucional, aplicable a la norma demandada, de no regular de manera igualitaria para hombres y mujeres, la precisión de la edad en la cual se adquiere el derecho de pensión.

7.- Esto lleva a concluir, que no existen razones para emitir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Esta Corporación señala en este punto que para que un cargo sea susceptible de pronunciamiento de mérito, no tiene que demostrar prima facie que el contenido normativo controvertido es contrario a la Constitución, pero sí, al menos, suscitar dudas respecto de la presunción de constitucionalidad que lo cubre, “de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”[4].

El cargo estructurado por las ciudadanas demandantes, contrario a lo afirmado en el concepto del Procurador General de la Nación, efectivamente suscita una duda respecto de la constitucionalidad del aparte demandado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por desconocimiento de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 13, según los cuales “es deber del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, para lo cual deberá adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, de lo que se deriva la garantía laboral de protección especial a la mujer y a la maternidad, más aún en atención a los desarrollos legales posteriores, en los cuales las mujeres han recibido un trato favorable en cuanto a la edad mínima de pensión respecto de los hombres.

Vigencia y alcance del artículo 1° de la Ley 33 de 1985

8.- Las actoras demandan el contenido normativo que establece la edad mínima de pensión, sin diferenciación en razón del sexo, en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Esta ley estableció algunas disposiciones relativas a las Cajas de Previsión encargadas de cumplir, entre otras funciones, el pago de las pensiones a los servidores del sector público, denominados en dicho texto legal empleados oficiales, entendidos estos como “los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social”[5].

9.- Ahora bien, tal y como afirman los intervinientes y el concepto del Procurador General de la Nación, la disposición ahora objeto de controversia constitucional fue derogada tácitamente por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En efecto, esta Ley, en su artículo 289, estipula: “[l]a presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”. (Subrayas ajenas al texto original).

Este fenómeno de la derogación de las normas ha sido definido por la doctrina como la “acción o efecto de la cesación de la vigencia de una norma por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro adverso”[6]. Dicha institución jurídica está amparada en nuestro ordenamiento por el artículo 1° de la Constitución, cuyo contenido normativo destaca el principio democrático como elemento predominante del Estado colombiano. Lo anterior, por cuanto la idea según la cual la voluntad que prevalece es la de la mayoría que ha sido producto del proceso de renovación

constante de la democracia, es la que permite la modificación de los resultados de una mayoría que ya no funge como tal. Se sigue de lo anterior que, en ausencia de un principio constitucional cuyo sentido fuera la primacía de las decisiones de la mayoría (principio democrático), no se entendería que una ley nueva tuviera la fuerza jurídica de cesar la vigencia de la ley antigua.

A su vez, el artículo 71 del Código Civil colombiano contempla la mencionada institución, al establecer que una ley nueva puede estipular la derogatoria de una anterior y que la imposibilidad de conciliar el contenido de una ley antigua con el de una nueva, implica que la primera pierde vigencia, esto es, pasa a ser reemplazada por la segunda[7]. Así pues la derogación puede operar de diversos modos, de manera expresa “cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua” (C.C., art. 71) o tácita “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior” (C.C. art. 71).

10.- A partir de lo anterior, como se dijo, la Corte Constitucional encuentra que en el presente caso el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[8] ha derogado de manera tácita la disposición parcialmente demandada en esta ocasión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 289 de dicha Ley, arriba referido. Esto es así, como quiera que el artículo 33 mencionado establece los nuevos requisitos para obtener la pensión de vejez y son estos los que entran a regir de manera general respecto de los trabajadores colombianos, con independencia de su vinculación laboral. En este orden, ante la incompatibilidad de las dos disposiciones, es la posterior la que hace cesar la fuerza jurídica de la anterior que le es contraria.

11.- Con todo, si bien es cierto en el caso bajo examen ha operado el fenómeno de la derogatoria tácita, no lo es menos que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 rige de manera ultractiva y aún produce efectos jurídicos en nuestro ordenamiento. Esto obedece a que, en consideración a la existencia de una multiplicidad de regímenes pensionales anteriores a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, y con el propósito de proteger la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión en las condiciones particulares de cada régimen, la misma Ley, en su artículo 36, previó un régimen de transición, según el cual “[l]a edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”[9].

La Corte observa que este régimen de transición ampara a los servidores del Estado a quienes se aplicaba la regla ahora impugnada que establece los requisitos para adquirir el derecho pensional, pues los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985.

En virtud de lo anterior, el examen constitucional de esta disposición que fue derogada, cobra sentido, en la medida en que “es posible la valoración de constitucionalidad de normas derogadas, cuando se estime que las mismas, pese a la derogatoria, están produciendo o pueden llegar a producir efectos jurídicos. Así ha sostenido [la Corte Constitucional] que ‘... es menester que, a cambio de precipitar una inhibición que podría hacer viable la efectiva aplicación de la norma contraria a la Carta, la Corporación determine si, pese a la derogación del precepto acusado o revisado, éste sigue produciendo efectos, pues en caso de ser así, lo indicado es decidir, mediante fallo de mérito, acerca de la inexequibilidad planteada...’”[10] [Sentencia C-

392 de 1995]. Es por esta razón que la Corte Constitucional es competente para pronunciarse de fondo sobre el aparte acusado del inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

12.- Según lo anterior, la regla demandada aún produce efectos jurídicos para el grupo poblacional cobijado por el régimen de transición arriba descrito, esto es, aquel conformado por los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Su aplicabilidad tendrá lugar hasta el 31 de julio de 2010, o, excepcionalmente, hasta el 31 de diciembre de 2014, en caso de contar con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005[11].

Aclarado lo anterior, esta Sala procederá a plantear el problema jurídico y a exponer la estructura de la presente sentencia.

Planteamiento del problema jurídico

8.- De conformidad con lo expuesto, la controversia jurídica planteada consiste en determinar si se vulnera la obligación constitucional (art. 13 C.N) de introducir distinciones en la ley para favorecer al grupo de las mujeres, al establecerse en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 la misma edad como requisito para adquirir la pensión de jubilación, sin diferenciación por razón de sexo.

A fin de resolver esta cuestión, la Corte Constitucional empezará por determinar la tesis, que a juicio de la Sala Plena, sustenta la respuesta a la pregunta planteada como problema jurídico en la presente sentencia, para así desarrollar los argumentos que la justifican, y estructurar la metodología con la que ello se llevará a cabo.

¿Incluye la obligación constitucional (art. 13 C.N) de introducir distinciones en la ley para favorecer al grupo de las mujeres, la obligación de diferenciar por razón de sexo, en la configuración del requisito de la edad para pensionarse?

9.- La Corte Constitucional considera, que de los artículos 13 y 53 de la Constitución, puede derivarse una obligación en cabeza del legislador, consistente en no brindar un tratamiento igualitario -es decir, deber de discriminar- entre hombres y mujeres para disponer el rango de edad en el que se accede al derecho de pensión. Dicha obligación, se debe dar en el sentido de procurar un trato favorable a las mujeres respecto de los hombres.

Esto, se sustenta en dos razones. La primera, el orden constitucional colombiano autoriza las medidas de discriminación por razón de sexo, para favorecer al grupo de las mujeres, a partir del reconocimiento de dicho grupo como históricamente marginado en muchos aspectos, como por ejemplo en el laboral. Y la segunda, los ordenamientos jurídicos actuales han reconocido valor jurídico a las actividades no remuneradas que realizan las mujeres, en el contexto de su rol social-histórico como encargadas del hogar y la crianza entre otros, luego resulta adecuada una medida de orden laboral, en el sentido de otorgarle la pensión a una edad mas temprana que a los hombres.

La tesis que acaba de esbozar la Sala, antes de ser aplicada al caso concreto del contenido normativo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, requiere para su desarrollo la explicación de los siguientes tópicos: (i) se estudiará el principio de igualdad desde sus acepciones formal y material, así como sus contenidos normativos de prohibición de discriminación en razón del sexo y el deber constitucional de adopción de acciones afirmativas en favor de la población femenina,

y, a partir de ello (ii) se señalarán los criterios que permiten la aceptación del grupo de las mujeres como grupo históricamente marginado, sobre todo en el campo laboral, luego autorizan que dicho grupo sea sujeto de acciones afirmativas; estos temas se han desarrollados ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Luego, (iii) se analizarán las condiciones de desigualdad en el campo laboral entre hombres y mujeres en Colombia y sus repercusiones en el acceso a la pensión, así como al reconocimiento jurídico de las actividades no remuneradas realizadas por las mujeres. Igualmente, se hará referencia a (iv) la regulación histórica del requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión en el ordenamiento jurídico colombiano. Posteriormente, y a la luz de lo anterior (v) se analizará el caso concreto del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, según el cual las mujeres acceden al derecho a la pensión a la misma edad que los hombres.

Igualdad formal y material. Contenidos normativos del artículo 13 constitucional. Reiteración de Jurisprudencia

10.- La Corte ha determinado que la protección jurídica de los intereses de las personas atiende a dos criterios principales. Uno de ellos es el principio general de igualdad de la Constitución Política (art. 13), según el cual en nuestro ordenamiento imperan, para su plena satisfacción, tres obligaciones claras[12]: la primera, de trato igual frente a la ley[13], que para el caso concreto es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley). La segunda, consistente en la igualdad de trato[14] o igualdad en la ley[15], que para el caso, es que la ley debe procurar una protección igualitaria (obligación para el legislador) y toda diferenciación que se haga en ella debe atender a fines razonables y constitucionales. Y la tercera es la prohibición constitucional de discriminación cuando el criterio diferenciador para adjudicar la protección sea sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (C.P., art. 13). En el presente análisis esto significa que la protección jurídica que brinda el Estado debe ser prestada sin utilizar criterios diferenciadores como el sexo.

11.- Con todo, el segundo criterio consiste en proteger en mayor medida los intereses de ciertas personas. Su fundamento se da en razón a la interpretación que esta Corporación ha dado a los incisos segundo y tercero del artículo 13 constitucional[17], en el sentido de determinar que en ellos se establece, en primer lugar un deber especial del Estado de otorgar un trato preferente[18] a grupos discriminados o marginados[19] y en segundo lugar un deber de protección especial a grupos determinados, en atención a específicos mandatos constitucionales que en conjunción con el mencionado artículo 13, así lo determinan. En lo que se refiere al presente análisis, habría que tener en cuenta que dentro de los mencionados grupos se ha incluido a las mujeres, por lo que existe entonces frente a ellas el deber de trato preferente, en ciertas circunstancias, por parte de la ley y de las autoridades.

Dicho deber se desprende del propio artículo 13 Superior, y surge, asimismo, de los artículos 43 y 53 de nuestro orden constitucional que establecen expresamente beneficios o prerrogativas en el caso de las mujeres, específicamente para brindarles una protección reforzada por el particular papel que cumplen en la sociedad como madres y trabajadoras.

12.- De lo anterior se deriva que las autoridades deben dispensar un trato igual en la aplicación de la ley (igualdad ante la ley) a hombres y mujeres y que, a su vez, en cabeza del legislador radica la obligación de brindar mediante las leyes una protección igualitaria (igualdad de trato o

igualdad en la ley) a las personas de ambos sexos, junto con la prohibición expresa de incluir diferencias en las mismas por razón de su condición de varones o mujeres (prohibición de discriminación). No obstante, el deber de trato preferente de las autoridades y también del legislador a grupos discriminados y a sujetos de especial protección constitucional como el de las mujeres, funge, asimismo, como un principio superior que ordena tener en cuenta las diferencias para lograr una igualdad real y efectiva.

13.- Es por lo anterior que la Corte abordó el presente estudio de control de constitucionalidad, desde la perspectiva de si la decisión del legislador de tratar igualitariamente a hombres y mujeres en relación con la edad en la que adquieren el derecho a la pensión, contenida en el artículo parcialmente demandado, desconoce su deber constitucional de promoción de condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva. Y esto, en atención a la condición de estas últimas como grupo tradicionalmente discriminado y sujeto de especial protección constitucional, o si por el contrario, resulta constitucionalmente válida en virtud del mandato de igualdad de trato en la ley y prohibición de discriminación en razón del sexo.

Para ello, esta Sala se referirá a los casos en que el trato diferenciado es legítimo, como manifestación de acciones afirmativas en favor de determinado grupo, en este caso el de las mujeres, por oposición a las discriminaciones indirectas que, si bien buscan favorecer, producen en últimas un efecto perverso que perjudica al sujeto de especial protección.

Permisi6n de tratos normativos diferenciados como fundamento de acciones afirmativas o discriminaciones positivas a favor del grupo de las mujeres, y reconocimiento de dicho grupo como hist6ricamente marginado. Reiteraci6n de Jurisprudencia

14.- El 6mbito de la prohibici6n expresa de discriminaci6n por raz6n de sexo contenida en la cl6usula general de igualdad se materializa para la Corte en el presente caso, en primer t6rmino en que “[l]a igualdad de protecci6n consagrada en la Constituci6n de 1991 asegura, efectivamente, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades”[20]. Y en segundo t6rmino, en que los criterios expresamente prohibidos (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religi6n, opini6n pol6tica o filos6fica) obran como l6mites constitucionales de la libertad de configuraci6n del legislador, para establecer tratos diferenciados.

As6 mismo, el 6mbito de la especial y reforzada protecci6n de la mujer contenido en los incisos segundo y tercero del art6culo 13 y en los art6culos 43 y 53 de la Constituci6n, por un lado en el reconocimiento de la discriminaci6n hist6rica a que se ha sometido a la mujer, aceptado no s6lo por la Constituci6n de 1991 y por la Corte Constitucional colombiana[21] sino tambi6n por los distintos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos[22] y por los numerosos pa6ses que los acogen.

15.- La prohibici6n expresa de discriminaci6n por raz6n de sexo de la cl6usula de igualdad contempla igualmente una excepci6n. Esta consiste en que el trato normativo diferenciado por raz6n de sexo que la Constituci6n proh6be es aquel que es desfavorable. Pues, al tenor de los incisos 2º y 3º del mismo art6culo 13 y de los art6culos 43 y 53 superiores, dicha prohibici6n convive en nuestro sistema jur6dico con el deber de proteger -dictando las medidas necesarias para ello- reforzada y especialmente a las mujeres. Lo que hace viable que a partir de la Constituci6n no s6lo se permita sino que se obligue a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a las mujeres, para favorecerlas. De este criterio, surge la posibilidad -y en ocasiones la obligaci6n-, de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protecci6n especial (acciones afirmativas)[23].

Por lo anterior, para la Corte ha sido claro que el trato diferenciado entre hombres y mujeres por parte del derecho y de las autoridades sólo es posible cuando dicho trato se configura como una medida a favor de éstas, y siempre que no tenga como trasfondo una supuesta protección que se sustente en la asunción de la mujer dentro de los roles tradicionales a los cuales se ha visto sometida históricamente. Esto es que no implique una discriminación indirecta[24].

16.- De este modo, junto con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas en contra de las mujeres, se revela la existencia de un tipo de diferenciación, que no es desfavorable sino favorable a las mujeres y por tanto permitida constitucionalmente. Tal como se dijo, resulta ser discriminación (discriminación inversa) en la medida en que sustenta medidas normativas cuyo criterio diferenciador es uno de los criterios prohibidos por el artículo 13 de la Constitución. Aunque, se fundamenta en el deber del Estado de tomar las medidas adecuadas para proteger a grupos históricamente marginados como el grupo de las mujeres, entre otros.

La dinámica que despliega este deber estatal, se ha denominado “acción[es] positiva[s]”. Éstas sugieren en la mayoría de los casos tan sólo una posibilidad, y en otras una obligación del legislador, de hacer uso de criterios en principio discriminatorios con el fin de equiparar situaciones de hecho que se han presentado tradicionalmente en detrimento de algunos grupos[25]. Sobre el particular es amplia la jurisprudencia de esta Corporación y resulta pertinente hacer una breve referencia a ella.

17.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desplegado ampliamente el contenido del mandato constitucional de promover las condiciones y adoptar las medidas a favor de los grupos discriminados o marginados para la consecución de una igualdad real y efectiva, contenido en el inciso 2° del artículo 13 de la Carta. Junto con la inclusión del colectivo de las mujeres en estos grupos discriminados, no sólo por medio de los artículos 43 y 53 constitucionales sino también de la suscripción por parte de Colombia de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[26], y de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer[27]. Lo que ha interpretado esta Corporación como un ejercicio necesario de equiparación de las condiciones y oportunidades de las mujeres respecto de las de los hombres. Es así, en un sentido proactivo, que este Tribunal Constitucional ha entendido el concepto y alcance de las acciones positivas derivadas del mencionado artículo 13 en su inciso 2°:

“Este inciso, entonces, alude a la dimensión sustancial de la igualdad, "al compromiso Estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos"[28]. Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2° de la Carta, de perseguir un orden justo.

Las acciones afirmativas, incluyendo las de discriminación inversa, están, pues, expresamente autorizadas por la Constitución y, por ende, las autoridades pueden apelar a la raza, al sexo o a otra categoría sospechosa, no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables.

En síntesis, no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria, pues como

bien lo ha afirmado esta Corte, ‘mal podría un Estado tratar de mejorar la situación de un grupo marginado, sin expedir regulaciones que mencionen el factor que provocó su segregación. Así, si la ley quiere mejorar la situación de la mujer frente al hombre, o aquella de los indígenas frente a los blancos, pues es obvio que la ley debe recurrir a clasificaciones étnicas o sexuales’. [29]

Pero en últimas, lo que sucede es que en la discriminación inversa no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la discriminación injusta. Para ilustrar esta afirmación con un ejemplo, mientras que en la discriminación que la Constitución prohíbe, a X se le otorga un tratamiento distinto por el simple hecho de ser mujer o ser negro, en los casos de discriminación inversa un tratamiento preferencial se otorga sobre la base de que X es una persona que ha sido discriminada (injustamente) por ser mujer[30] o por ser negro’. [Énfasis fuera de texto (C-371 de 2000)].

La sentencia C-371 de 2000, fue adoptada por esta Corporación al analizar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria "por la cual se reglamenta la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones", denominada ley de cuotas. El proyecto fue encontrado ajustado a la Carta, al observar que el mecanismo estipulado, según el cual el 30% de los cargos de “máximo nivel decisorio”, así como el mismo porcentaje de los cargos de otros niveles decisorios deberían ser desempeñados por mujeres, configuraba una medida de acción afirmativa o discriminación inversa a favor de esta colectividad, con la finalidad de procurar equilibrar la participación de la población femenina y masculina en cargos directivos del Estado, pues los mismos eran mayoritariamente ocupados por individuos del sexo masculino. Precisó que las medidas de discriminación inversa, dentro de las cuales se enmarca la analizada, buscan remediar la situación de desigualdad de un determinado grupo poblacional tradicionalmente discriminado, con fundamento justamente en el criterio que ha servido para su marginación histórica. Puntualizó al respecto:

“Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.”

18.- De ello dio cuenta también la Corte Constitucional, cuando justificó la necesidad de medidas especiales y específicas en favor de las mujeres, a la luz de lo dispuesto en el mencionado inciso 2º del artículo 13 superior, para protegerlas de la violencia a que se han visto sometidas:

“...[L]as medidas de protección a las mujeres víctimas de la violencia armonizan con el deber del Estado de proteger prioritariamente a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad (CP art. 13) a fin de hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales de estas poblaciones.

(...)[Las estrategias destinadas a mostrar en toda su dimensión la extensión de la violencia contra la mujer y a incidir en la educación y la cultura para prevenir esas formas de violencia corresponden plenamente a los principios constitucionales de la tolerancia, la igualdad entre los sexos] [(C-408 de 1996) Énfasis fuera de texto].

En últimas, las acciones afirmativas son medidas adoptadas a partir de contenidos normativos, que si bien discriminan para otorgar consecuencias jurídicas diferentes a ciertos grupos, buscan en últimas lograr la igualdad de todos los grupos. Valga decir, son medidas que pretenden hacia futuro, equiparar la situación de aquellos grupos históricamente discriminados, luego atender a la igualdad real y efectiva estipulada en el artículo 13 superior.

19.- Así mismo, esta Corporación ha considerado que la diferenciación a favor de la mujer en cuanto al requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, lejos de violar el principio de igualdad, lo hace efectivo desde la perspectiva de la igualdad sustancial[31], como quiera que pretende compensar las condiciones discriminatorias que en el campo laboral han enfrentado tradicionalmente las mujeres. En efecto, la sentencia C-410 de 1994[32], indicó sobre este punto:

“La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.

(...)

La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada” [Énfasis fuera de texto].

No obstante lo anterior, se recalca, no toda diferenciación en razón del sexo es legítima a la luz de los principios constitucionales, pues aquellas medidas que buscan proteger a la mujer, las cuales tienen como sustento ideas estereotipadas que resultan más perjudiciales que beneficiosas, tampoco lo son[33]. “Por ello, no sólo están prohibidas las diferenciaciones normativas que directamente adjudican consecuencias jurídicas diferentes a hombres y a mujeres sin que se pretenda favorecer a éstas, sino que también resultan contrarias a la Constitución, aquellas diferenciaciones normativas que pretenden proteger a las mujeres sobre la base de que ellas son débiles, vulnerables, inferiores o cualquier otro estereotipo ofensivo o dañoso. A lo anterior se le puede denominar prohibición de discriminaciones indirectas”.

Reconocimiento del grupo de las mujeres como históricamente marginado, y de manera especial

en el campo laboral. Reiteración de Jurisprudencia.

20.- De igual manera se debe hacer mención a que la consagración en nuestro orden constitucional, de las mujeres como un grupo al que se le debe brindar protección especial y tratamiento favorable por considerársele un colectivo históricamente desfavorecido y marginado, ha ido más allá de dicho reconocimiento. La Constitución incluye dentro de las características que pueden ser tomadas en cuenta para la implementación de acciones positivas a favor de las mujeres, el supuesto consistente en que "...[D]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada" (C.P., art. 43). El establecimiento de acciones positivas en virtud del aparte del artículo constitucional transcrito, ha dado lugar a medidas que sugieren una discriminación positiva o favorable, en la que el sexo es el elemento que fundamenta el trato normativo disímil. En el derecho laboral por ejemplo, de conformidad con lo dicho en la sentencia T-426 de 1998, así se demuestra:

"La reciente jurisprudencia de esta Corporación[35] ha dejado en claro que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección en su trabajo, pues la Constitución y los tratados internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar el derecho de la mujer, en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una `estabilidad laboral reforzada`. En efecto, el Legislador ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...)[L]a protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5º, 13, 42, 43 y 44) [C-470 de 1997 Citada en la sentencia transcrita]" (Énfasis fuera de texto).

21.- La discriminación positiva y permitida por razón de sexo, es aún más evidente en el inciso final del citado artículo 43 superior. Es la prescripción de una orden al Estado para que apoye "...de manera especial a la mujer cabeza de familia". El trato diferenciado en estos casos pasa de ser permitido a ser obligado por la Constitución misma. El legislador está conminado a regular, respecto de las mujeres embarazadas y de las mujeres cabeza de familia, estableciendo diferencias por razón de sexo con el fin de favorecerlas a ellas[36].

Las condiciones de desigualdad en el campo laboral entre hombres y mujeres en Colombia, sus repercusiones en el acceso a la pensión y reconocimiento jurídico de actividades no remuneradas realizadas por las mujeres.

22.- La situación de la mujer en materia laboral ha estado marcada por una profunda desigualdad frente al hombre. Esto, sin lugar a dudas, guarda estrecha relación con los roles tradicionalmente adjudicados a uno y otro sexo, y a la exclusión social, política y económica a que han sido sometidas las mujeres a lo largo de la historia. De esta manera, el ejercicio de la maternidad y el rol reproductivo no parecen, aún hoy en día, ser compatibles con el ejercicio del derecho al trabajo, a la seguridad social y a la equidad en cuanto a la remuneración.

Es importante anotar, no obstante, que la condición de la mujer en ese campo ha experimentado una evolución favorable que ha permitido un aumento significativo de su participación en la actividad económica. Este fenómeno ha tenido lugar, en parte, debido a la disminución en las tasas de natalidad y a un acceso mucho más igualitario a la educación, factores estos que han redundado en mayor disponibilidad de tiempo y mejor cualificación que necesariamente se ven

reflejados en facilidades de ingreso al mercado laboral en condiciones más equitativas. Con todo, muchas de las causas de las desigualdades en materia laboral aún persisten y están lejos de desaparecer.

23.- Así pues, según datos arrojados por la encuesta de hogares realizada en 1991 en las 4 principales ciudades del país, las mujeres constituían el 41% de la población económicamente activa, para la época. Lo anterior como resultado de la incorporación masiva de la población femenina en el mercado laboral. Por ejemplo, entre 1973 y 1985 se incorporaron cerca de 3 mujeres por cada hombre que ingresó a la fuerza de trabajo[37] y su ingreso ha continuado en aumento, pues en 1990 el ingreso de la población femenina al mercado laboral fue de 47% y pasó al 52% en 1998.

Empero, de acuerdo a las estadísticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-[38], si bien en 1994 la fuerza de trabajo en el país estaba conformada mayoritariamente por mujeres, en un 56%, de dicho total, únicamente el 30% de las trabajadoras ejercía actividades remuneradas. Lo anterior, en contraste con la situación de los varones, ya que ellos, en su totalidad, recibían una remuneración como contraprestación a su labor. De esta suerte, el 16% de las mujeres que hacían parte de dicha fuerza de trabajo, desempeñaban trabajos familiares sin remuneración. Para 1999, la cifra de mujeres con trabajos remunerados presentó un leve aumento, pues para ese año, alcanzó un porcentaje de 36%, aún cuando aumentó, simultáneamente, el porcentaje de población femenina en desempeño de actividades domésticas sin remuneración, a un 20%. En 2002, estas cifras se mantuvieron casi inalteradas.

24.- Resulta evidente entonces, que, pese a los avances alcanzados en el país en materia de equidad entre la población masculina y la femenina en el campo laboral, la participación de las mujeres continúa siendo muy inferior y tiene lugar en condiciones desventajosas en cuanto a ingresos percibidos, menor acceso a la seguridad social y baja participación en los niveles decisorios.

25.- De ello dan cuenta estadísticas oficiales recientes[40]. En efecto, en el año 2006, en la población económicamente activa, la proporción de mujeres era de 43% frente a un 57% representado por los hombres. De igual manera, la población económicamente inactiva estaba compuesta por 67,6% de mujeres, en contraste con el 32,4% de varones. La tasa de desempleo para la población femenina ascendió a 16,8%, mientras que la de la masculina fue un porcentaje considerablemente menor, de 9,7%, esto es, casi la mitad que el porcentaje de desempleo entre las mujeres. La proporción global de participación de los individuos de sexo masculino alcanzó la cifra de 70,6%, mientras que las mujeres representaron el 46,5%. Es destacable, además, que un alto porcentaje de las mujeres que se hallan insertas en el mercado (38,3%), desempeñan labores, sociales, comunales y personales de baja remuneración.

26.- Estas cifras, además de mostrar el significativo incremento de la incorporación de la población femenina al mercado laboral en las tres últimas décadas en Colombia, revelan, asimismo, que su participación continúa siendo marcadamente desigual con respecto a los hombres, como ya fue puesto de presente. Lo anterior ha implicado una doble jornada de trabajo para muchas mujeres en el país, en la medida en que, adicional a su jornada laboral remunerada, asumen la atención y el cuidado de sus hijos y familias[41], lo cual, además de representar una labor que exige dedicación especial, ha sido completamente subvalorada y no reconocida en nuestra sociedad. Esta situación ha sido exaltada por la Corte Constitucional, en sentencia C-410 de 1994, ya reseñada en el acápite anterior de esta providencia. La sentencia hizo mención especial de este fenómeno para fundamentar la constitucionalidad de la diferenciación por razón

del sexo en el requisito de edad para la pensión de vejez, consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Las consideraciones al respecto serán transcritas in extenso dada su pertinencia para el caso materia de análisis por esta Corporación:

“Ahora bien, la creciente vinculación de la mujer a la fuerza productiva no ha sido suficiente para relevarla del cumplimiento de las labores domésticas que tradicionalmente se han confiado a su exclusiva responsabilidad; esas tareas no retribuidas, no reconocidas y ejecutadas sin la ayuda de nadie, preceden a la existencia del mercado económico regular y continúan hoy en día al margen del mismo; de ahí que las heterogéneas y complejas labores del ama de casa ligadas a la función "reproductiva y alimentadora" y que abarcan desde la crianza y educación de los hijos hasta la producción y transformación de alimentos, pasando por la provisión de servicios, el aseo y el cuidado de enfermos o impedidos, además de no retribuidas sean desconocidas como trabajo efectivo, incluso por las mismas mujeres, quienes suelen entender por trabajo exclusivamente el empleo remunerado que desarrollan fuera del hogar. Como invisible, difuso o trivial, el trabajo doméstico que suele coincidir con el periodo reproductivo de la mujer; la Defensoría informa que "El 75% de las mujeres trabajadoras tienen edades entre 20 y 49 años, época en la cual se concentra gran parte de su período reproductivo que puede verse afectado por las condiciones de trabajo, es el tiempo de mayor responsabilidad familiar, donde la mujer asume también el rol de compañera, ama de casa y muchas veces realiza trabajos adicionales para alcanzar un salario que le permita el sustento diario".

El trabajo doméstico cumple un papel decisivo en el funcionamiento del sistema económico, en el proceso de socialización y en el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo; a pesar de esto, y como resultado de la nula valoración de este tipo de labores, los planificadores ignoran esta faceta del trabajo femenino que según algunos cálculos equivale a una cifra que oscila entre la quinta y la tercera parte del producto nacional bruto; semejante limitación afecta las estadísticas sobre la mujer, que participa cada vez más en la fuerza laboral, supeditando las más de la veces su actividad productiva a las responsabilidades primarias del hogar. El trabajo doméstico, consecuentemente, escapa a los registros de la seguridad social y a los beneficios y prestaciones que ésta proporciona; en definitiva, en una sociedad en la que todavía el papel del sexo femenino es puesto, en buena medida, en el lado contrario al de los roles vinculados al éxito y a la efectividad, lo que se considera trabajo productivo no depende tanto de la actividad que se despliegue como del sujeto que la realice.

La suma del trabajo doméstico y del trabajo remunerado aporta una idea acerca de la complejidad y heterogeneidad de las funciones que las mujeres incorporadas a la fuerza laboral deben atender y, además, permite captar la especificidad de las tareas femeninas en términos de intensidad; los variados campos en los que la mujer trabajadora interviene, la sujetan al cumplimiento de una "doble jornada", pues habitualmente reservan un tiempo prudencial a las tareas domésticas antes y después de cumplir con su horario de trabajo remunerado. Según datos aportados por la Defensoría "... el trabajo de una mujer con doble jornada asciende a las 12 y 13 horas diarias. En una investigación realizada entre madres usuarias de los CAIPS se encontró que el 35,2% de las mujeres trabajan más de 5 días, incluyendo los días en que los niños no van al jardín, situación especialmente difícil para las mujeres que laboran también los domingos. Las horas requeridas para las responsabilidades de casa y el tiempo necesario para el trabajo, suma en la mayoría de las veces 96 horas semanales, comparadas a las 48 horas semanales de los hombres".

De las cifras transcritas se deduce que la noción de tiempo de descanso resulta prácticamente vacía de contenido para la población femenina trabajadora; los fines de semana y los feriados,

cuando no están dedicados al trabajo remunerado, son utilizados para adelantar actividades domésticas, y mientras tanto los restantes miembros de la familia se entregan al ocio. De acuerdo con la Defensoría, la investigación realizada entre madres usuarias de los CAIPS indicó que "un 82% de las madres consideraron que dedicaban su descanso a realizar oficios en el hogar, considerando como tiempo libre aquel que no se destina a una actividad remunerada".

Las duras jornadas y la carencia de tiempo libre hacen del grupo femenino, un sector especialmente propenso al deterioro de su salud física y mental. Pese a que, en promedio, las mujeres tienen una mayor expectativa de vida, según el profesor Javier Sáenz Obregón, Jefe del Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, "investigaciones en otros países señalan que los hombres gozan de una mayor calidad de vida, padecen en menor grado que las mujeres de problemas de enfermedad, pobreza, soledad e institucionalización".

Si como lo afirma el profesional citado "... la enfermedad tanto física como mental no constituye un fenómeno exclusivamente biológico", resulta fácil concluir que la más alta exposición de las mujeres a los factores de riesgo viene determinada por el papel que se les ha atribuido; de modo que la desigualdad entre los sexos tiene incidencias en la posición de unos y otras ante la enfermedad. En concepto que fue pedido al Departamento de Psicología de la Universidad Nacional -que al igual que los otros citados dentro de esta providencia forma parte del expediente- el profesor Ramiro Alvarez Cuadros expone: "Además de las causas aludidas en las respuestas anteriores acerca del deterioro físico proveniente de trabajos arduos y/o rutinarios - objeto de estudio de la Biología y de la Medicina Laboral- considero que, mientras la procreación, la crianza y el levantamiento de los hijos sea de responsabilidad exclusiva de la mujer, su potencialidad psíquica está abocada a dos fuentes de preocupaciones igualmente ansiógenas o 'estresantes': el hogar y el trabajo, no sólo por la escisión taxativa entre 'familia' y 'fábrica' (Alvarez, 1993). Sin duda, la intensidad y frecuencia de esta doble presión necesariamente minan la estructura y funcionamiento del organismo de la mujer..."

Así pues, la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros."

27.- Las circunstancias reseñadas en este aparte, tomadas en conjunto, tienen repercusiones directas sobre el acceso de las mujeres a la pensión. Factores como una mayor tasa de desempleo, una menor participación en el mercado laboral y un número de años de cotizaciones menor, en relación con los hombres, hacen que la población femenina encuentre más obstáculos para reunir las condiciones exigidas a fin de beneficiarse con la prestación y, que en muchos casos, quede completamente excluida de la posibilidad de acceso al derecho pensional. Muchas son las mujeres que ven frecuentemente interrumpida su vida laboral, lo cual se ve reflejado, necesariamente, en un menor tiempo de cotizaciones al sistema de pensiones. Tales

interrupciones obedecen a múltiples causas, asociadas, en buena parte, a su rol de cuidado y atención de hijos, padres, personas enfermas o con discapacidad. De igual manera, las dificultades que encuentran para insertarse en la fuerza de trabajo y la informalidad a la que se ven abocadas, afectan las condiciones de acceso a la pensión de vejez por parte de las mujeres colombianas, como quiera que bajo estas modalidades de trabajo[42], difícilmente pueden hacer aportes en seguridad social.

De nuevo, resulta importante presentar datos estadísticos que respaldan lo anterior. En Colombia, las mujeres entre los 50 y los 64 años de edad que se encontraban pensionadas, era de apenas 3,8% a mediados de la década de los 90, y tan sólo del 3,1% a finales de la misma; frente a cifras de 7,9% y 6,8% de la población masculina en tal condición. A su vez, las mujeres mayores de 65 años en condición de pensionadas en 1994, era de 4,4%, y en 1999, de 5,5%; mientras que los varones pensionados en dichos períodos, constituían un 17,8% y un 18,5%, respectivamente[43].

Esta Corte observa, entonces, que las marcadas desigualdades en las condiciones laborales de los miembros de uno y otro sexo, tienen un impacto definitivo sobre sus posibilidades reales de acceso a la pensión de vejez. Justamente en atención a los fenómenos socioeconómicos y culturales descritos en este acápite, el legislador, ya desde 1968 había contemplado una medida de compensación a favor de la mujer, que posibilitara su acceso a este derecho a más corta edad que el varón.

Conclusiones preliminares

28.- De lo expuesto, es posible concluir que la especial protección de la mujer, conlleva la aceptación de tratos discriminatorios con un fin constitucional. O que -para decirlo de otra manera -, la protección reforzada y especial de los derechos de las mujeres es un fin constitucional cuya satisfacción admite en ciertos casos el sacrificio de la cláusula general de igualdad, que además cuenta con la implementación de instrumentos y mecanismos internacionales para ello[44].

La protección normativa de las mujeres es por tanto igualitaria respecto de la dispensada al hombre, y a la vez exclusiva cuando tiende a equiparar las situaciones entre los sexos. Y, tal como se explicó más arriba, dicha protección mediante acciones afirmativas, busca en últimas atender al principio de igualdad, en su contenido normativo relativo a la obligación de lograr una igualdad real y efectiva (inc. tercero art 13 C.N)

29.- Ahora bien, el reconocimiento del grupo de las mujeres como históricamente marginado y discriminado, sobre todo en el campo laboral, permite adecuar su situación al supuesto normativo de rango constitucional que autoriza las acciones afirmativas en su favor, cuyo contenido verse sobre medidas de orden laboral. En relación con lo anterior, la Corte Constitucional entiende y acoge, por supuesto, las tendencias relacionadas con la igualdad jurídica entre hombre y mujeres, entre otros, en el ámbito laboral. Tal como lo hacen ver algunos intervinientes, y como se sostuvo más arriba, los tiempos actuales han significado la superación de situaciones que antaño no encontraban en la práctica ninguna excepción. Valga decir, los roles sociales y familiares entre géneros no están definidos en la actualidad, de manera que presenten como situaciones deseables y aceptables, aquellas en las cuales las mujeres no accedan en igualdad de condiciones al mercado laboral, o en las cuales son las únicas responsables de las actividades del hogar y la crianza, o trabajan por salarios inferiores a los hombres. No obstante ello es así, la protección reforzada derivada de discriminaciones inversas o positivas para su favorecimiento, surge principalmente de una condición histórica marginal innegable, y de la

verificación, mediante los datos que ha presentado esta Corporación, de que dicha situación ha mejorado pero no se ha superado.

30.- A juicio de esta Sala, las acciones afirmativas, siempre serán susceptibles de reparos, pues sugieren un quiebre excepcional al principio de igualdad. Principio que es uno de los pilares más importantes de los estados constitucionales de derecho como el colombiano. Sin embargo, están sólidamente justificadas en la conciencia de que las medidas de protección de derechos de los ciudadanos, pretenden el logro y mantenimiento de condiciones cada vez más acordes y evolucionadas, en relación con el concepto de dignidad.

De ahí, que el factor determinante para sustentar este tipo de medidas discriminatorias positivas, sea el reconocimiento de eventos históricos que obran como puntos de no retorno. De otra manera, no se podría entender ni aceptar, excepción alguna al principio de igualdad formal, que en sí mismo, también procura ser un punto de partida sobre el cual no se puede retroceder, justamente porque la conciencia moderna no permite pensar en formas de organización social, como las de la antigüedad, basadas en desigualdades irrepetibles.

31.- En este orden, tampoco resultarían admisibles, los argumentos que concluyen que las medidas de protección reforzada de ciertos grupos, así como las acciones afirmativas en su favor, sugieren efectos perversos sobre los miembros del grupo en cuestión. Por ejemplo, el argumento según el cual la protección reforzada de las mujeres en el campo laboral, representa para ellas la apatía del mercado laboral, pues las medidas de protección significan cargas adicionales y excesivas para los participantes y responsables de dicho mercado. Reconocer lo anterior, implicaría aceptar que los derechos y su protección, logrados a lo largo de la historia, admiten retrocesos según las circunstancias. Así, se admitiría retroceder sobre la justificación de las acciones afirmativas laborales en favor de las mujeres, so pretexto de la tendencia por crear condiciones igualitarias para ellas en relación con los hombres en dicho campo, y porque pueden incidir de una u otra manera en el comportamiento de los agentes del mercado laboral. La Corte encuentra que, si ello fuera posible, también lo sería retroceder en asuntos como la prohibición de la esclavitud, si se llegasen a presentar razones o circunstancias que pretendieran justificarla.

32.- De otro lado, esta Sala ha procurado dejar claro, que las medidas de protección reforzada implementadas mediante acciones afirmativas, buscan equilibrar una situación que de plano no ha sido equitativa. Por ello, otra de las razones relevantes para analizar el cargo propuesto en la demanda, sugiere que la medida consistente en exigir una edad menor a las mujeres para pensionarse, que la exigida a los hombres, reconoce el valor de las actividades no remuneradas realizadas por las mujeres. El mantenimiento del hogar, la crianza y el especial papel de las mujeres en la procreación, entre otros, representan actividades que no son reconocidas jurídicamente como trabajo. Éstas se han llevado a cabo históricamente por las mujeres casi de manera exclusiva, y sin consideración de que ello tienda en la actualidad a ser de otra manera, autoriza su reconocimiento jurídico con medidas especiales que pretendan equilibrar su situación en relación con los hombres.

A continuación se analizará la medida concreta a favor de las mujeres, consistente en permitir que reciban la pensión en una edad inferior a la de los hombres.

Regulación histórica del requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión en el ordenamiento jurídico colombiano. Diferenciación en favor de la mujer como medida de equilibrio.

33.- En este aparte la Corte recogerá algunas de las regulaciones en materia pensional, anteriores a la Ley 33 de 1985, con el propósito de ilustrar el panorama jurídico existente en el país antes de su entrada en vigencia, particularmente en lo relativo al requisito de edad que es lo que interesa para el caso bajo estudio. Procederá, entonces, sin pretensión de exhaustividad, a reseñar algunos textos normativos[45]. Paso seguido, explicará brevemente cuál es el estado actual después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones en la materia.

34.- La Ley 6ª. de 1945[46] que reguló algunas materias relativas al derecho del trabajo, se ocupó, entre otros temas, del contrato individual, de las convenciones y los conflictos colectivos de trabajo, así como de las prestaciones patronales y oficiales. Dentro de estas últimas, reconocidas a “los empleados y obreros nacionales de carácter permanente” (art. 17), incluyó la pensión vitalicia de jubilación, para cuya adquisición se requería una edad de 50 años y 20 años de servicio continuo o discontinuo, y cuyo monto equivalía a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de 30 pesos ni exceder de 200 pesos mensuales[47]. De igual manera, ordenó la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones denominadas oficiales (art. 18), esto es: el auxilio de cesantía; la pensión vitalicia de jubilación; la pensión de invalidez; el seguro por muerte del empleado u obrero; el auxilio por enfermedad no profesional contraída por el empleado u obrero en desempeño de sus funciones; la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que hubiere lugar; y los gastos del entierro del empleado u obrero (art. 17). Tal regulación cobijaba, asimismo, al personal al servicio del Estado, cuando estableció que si el pensionado hubiese servido, al menos 10 años, en empleos o cargos públicos nacionales, el total de la pensión reconocida sería cubierto por la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales (art. 29, par. 1º).

35.- Posteriormente fue expedido el Decreto 3135 de 1968, mediante el cual se integró la seguridad social entre el sector público y el privado y se reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. En éste, el legislador extraordinario después de definir a unos y otros servidores del Estado, describió las diferentes prestaciones a que estos tenían derecho. Así, determinó que las vacaciones, la prima de Navidad[48] y el auxilio funerario eran prestaciones a cargo de las entidades en donde el empleado o trabajador prestara sus servicios (arts. 8º a 13). Más adelante reseñó las prestaciones a cargo de las entidades de previsión a las cuales se encontrarán afiliados los trabajadores o empleados, así: asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; servicio odontológico; auxilio por enfermedad no profesional; auxilio de maternidad; indemnización por accidente de trabajo; indemnización por enfermedad profesional; pensión de invalidez; pensión vitalicia de jubilación o vejez; pensión de retiro por vejez; seguro por muerte. De igual manera, estipuló para los pensionados por invalidez, jubilación o vejez y retiro por vejez la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; el auxilio funerario; y la sustitución de la pensión a beneficiarios del pensionado fallecido (art. 14).

El artículo 27, expresamente derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985[49], ahora parcialmente demandada, contenía una diferenciación en razón del sexo respecto de la edad de pensión de jubilación o vejez de 5 años en favor de las mujeres. El contenido normativo era el siguiente:

“ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague

una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.” (Resaltado fuera del texto).

También incluía esta normatividad una pensión de retiro por vejez para el empleado público o trabajador oficial que fuera retirado del servicio por haber cumplido los 65 años de edad y no reuniera los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, a cargo de la entidad de previsión a la cual se encontrara afiliado y por un monto equivalente al 20% del último salario devengado, con un 2% adicional por cada año de servicios. No obstante, se condicionó el reconocimiento de dicha prestación a la carencia de recursos “para su congrua subsistencia” del potencial beneficiario (art. 29).

Se precisó, asimismo, que el monto de la pensión de jubilación, de invalidez o de retiro por vejez, no podría ser superior a 10.000 pesos ni inferior a 500 pesos, salvo esta última, que en virtud del artículo 29, podía ser inferior al mínimo legal (art. 30).

36.- Más adelante, en el Decreto 1848 de 1969, mediante el cual fue reglamentado el Decreto 3135 de 1968, se mantuvo la distinción en cuanto a la edad para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. Así, en el artículo 68 se establecieron los mismos requisitos, esto es, 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad, para los varones, o 50 años para las mujeres, con la precisión de que regía para los empleados oficiales que hubiesen laborado en “las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1° de este Decreto”, es decir aquellas de la Rama Ejecutiva: Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta. Mantuvo, asimismo, el monto de la pensión en un valor equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas del último año de servicios.

De igual manera, en este texto normativo se conservó la pensión de retiro por vejez y se precisaron los medios por los cuales debía probarse la falta de recursos para la congrua subsistencia. El monto de dicha prestación debía ser liquidado de la misma manera estipulada en el Decreto 3135 de 1968.

37.- Con posterioridad es expedida la Ley 33 de 1985. Este texto normativo implicó unas modificaciones en el régimen existente para los servidores del Estado. Buscaba, principalmente, dar una solución a largo plazo a los problemas financieros de la Caja Nacional de Previsión, así como liberar el presupuesto nacional de parte de la carga pensional que reconocía dicha Caja[50].

En su artículo 1°, cuya constitucionalidad se analiza, el legislador estableció como requisitos para la pensión, 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad. Respecto del monto, señaló el mismo previsto por el ordenamiento, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Como se observa, esta Ley introdujo una modificación en cuanto a la edad para adquirir el derecho, pues la unificó en 55 años para los empleados de ambos sexos, mientras que en el régimen anterior, la edad exigida era de 50 años para la mujer y de 55 para el hombre, de manera tal que estableció un requisito más gravoso para las servidoras del sector público, en tanto aumentó su edad de pensión en 5 años. La exposición de motivos del proyecto de ley, explica que la propuesta de aumentar la edad de pensión para las mujeres obedece a los siguientes factores:

“a) La esperanza de vida en Colombia ha aumentado en forma notable en las últimas décadas.

b) No es lógico ni justo obligar a personas que todavía tienen mucho que aportar al país, a desvincularse de su servicio.

c) La edad de pensión en muchos países es de 60 y aún de 65 años”.[51]

De igual manera, justificó la igualación de la edad para los servidores de ambos sexos con los argumentos que a continuación se transcriben:

“d) En esta época de igualdad de deberes y derechos, nada justifica una edad diferencial para hombres y mujeres.

e) La mujer tiene una esperanza de vida superior al hombre y, por tanto, una edad inferior para la mujer resulta de un costo casi insostenible para las entidades de previsión social e, indirectamente, para el Presupuesto Nacional.”[52]

38.- Años después es promulgada la ley 100 de 1993, la cual creó el sistema de seguridad social integral. En el mismo fueron incluidos: el sistema de pensiones, salud, riesgos profesionales y los denominados servicios sociales complementarios. Esta Ley creó dicho sistema integral con una pretensión de unificación de la normatividad existente en la materia (art. 6°), la cual se caracterizaba por su dispersión. Si bien los efectos jurídicos de las regulaciones anteriores cesaron con el nuevo sistema, el legislador contempló el régimen de transición normativa para garantizar los derechos adquiridos, como ya fue analizado en el acápite anterior de esta providencia.

En lo relativo al sistema general de pensiones reconoce dos regímenes, cuales son, el denominado régimen solidario de prima media con prestación definida (ya existente) y el llamado régimen de ahorro individual con solidaridad, cuya gestión fue asignada a las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

Este nuevo sistema integral, de igual manera, reconoce la pensión de vejez, la pensión de invalidez y aquella de sobrevivientes.

En relación con la pensión de vejez, la Ley 100 (art. 33) y las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 (art. 9°), establecen el requisito de edad en 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres. Esta última Ley, no obstante, dispuso que a partir del 1° de enero del año 2014, las edades mínimas exigidas aumenten en 2 años, de manera que el requisito para los hombres será, a partir de dicha fecha, de 62 años de edad, y para las mujeres, de 57 años. Como se observa, en el régimen general vigente opera la diferenciación en cuanto a la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, en razón del sexo, de suerte que las mujeres adquieren tal derecho con 5 años menos que los hombres.

Así mismo, esta Corporación, en sentencia C-410 de 1994, encontró ajustada a la Constitución tal diferenciación en favor de la mujer, en tanto se trata de una medida que toma en consideración las desventajas sociales que este grupo poblacional enfrenta en numerosos ámbitos, dentro de los cuales se destaca el laboral, con la finalidad de compensar la desigualdad advertida, ya no como una manifestación del mandato superior de igualdad formal, sino de igualdad real y efectiva, consagrado en el segundo inciso del artículo 13 constitucional. Al respecto, puntualizó:

“La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la

pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.”

Respecto del requisito de tiempo de servicios o cotizaciones, la Ley 100 de 1993 había establecido originalmente un requisito mínimo de 1.000 semanas de cotización, el cual sufrió una modificación significativa con la Ley 797 de 2003, pues esta última dispone que el número de semanas de cotización exigido depende del año de pensión, de forma que se requiere más cotizaciones en los próximos años hasta 2015. A partir del 1° de enero de 2005 el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 aumentan en razón de 25 semanas por año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015 (art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 de 2003).

Por último, el monto de la pensión está dado por un porcentaje determinado del ingreso base de liquidación de la pensión. La Ley 100 de 1993 dispuso que dicho ingreso base de liquidación de la pensión de vejez es el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó el afiliado en los últimos 10 años, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor –IPC-. El artículo 21 de la Ley permite que, de manera excepcional, se tome el promedio de toda la vida laboral del afiliado, también actualizado, si dicho porcentaje resultara mayor. Estos criterios no sufrieron modificaciones con la Ley 797 de 2003, de suerte que siguen aplicándose tal y como fueron contemplados por la Ley 100.

Los requisitos reseñados brevemente son aplicables a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida. Dicha prestación en el régimen de ahorro individual tiene otras características y los criterios para su reconocimiento son completamente diferentes. En efecto, en este régimen la pensión de vejez no se encuentra sometida, en principio, a requisitos de edad ni de tiempo de cotizaciones, sino que ésta se causa “cuando el afiliado reúne en una cuenta individual el capital necesario para financiar la pensión de vejez.” (Ley 100 de 1993, art. 64). La cuantía mínima consagrada en la Ley corresponde a un 110% del salario mínimo al momento en que la pensión empieza a ser recibida (art. 64).

39.- A partir del recuento elaborado, se observa que en el ordenamiento jurídico colombiano ya en la década de los 60 había sido prevista una diferenciación a favor de la mujer en el requisito de edad para la pensión. Posteriormente, con la Ley 33 de 1985, la edad mínima para adquirir el derecho pensional fue unificada, con fundamento en el principio de igualdad formal, esto es, la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres. En el régimen vigente, brevemente descrito, el legislador regresó a la diferenciación en razón del sexo, en tanto estableció una edad mínima para las mujeres 5 años menor que aquella que deben alcanzar los varones. Esto, justificado en la aplicación del principio de igualdad material consagrado en los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Constitución, según el cual, como se expuso, es deber del Estado en aras de promover condiciones de igualdad de grupos tradicionalmente marginados o discriminados.

En el siguiente aparte, la Sala examinará si la medida consistente en distinguir según el género, para establecer la edad de pensión es adecuada y necesaria para favorecer a las mujeres en el campo laboral.

La diferenciación en la edad para adquirir el derecho a la pensión, opera como una medida de acción afirmativa.

40.- Según las precisiones hechas a lo largo de esta sentencia, la Sala reitera que, si bien la cláusula general de igualdad prescribe tres mandatos, cuales son, (i) el de igualdad ante la ley, (ii) el de igualdad de trato[53], y (iii) la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición funcional; la misma admite una excepción. En efecto, como ya fue dicho, tal excepción surge del artículo 13, incisos 2° y 3° y de los artículos 43 y 53 superiores, y está dada por el deber de proteger - dictando las medidas necesarias para ello- de manera especial a la mujer. Lo que permite y, en ocasiones, obliga a un trato diferenciado por parte de la ley y las autoridades a este grupo social, para favorecerlo. De este criterio, se deriva la posibilidad -y en ocasiones la obligación-, de implementar normas sobre la base de criterios discriminatorios con el fin de favorecer a grupos que son objeto de protección especial (acciones afirmativas).

De esta manera, hay casos expresamente consagrados en el Texto Superior, en los que el Estado no está simplemente autorizado, sino que tiene la obligación de adoptar medidas que favorezcan a la población femenina y a otros grupos que por su condición física, psíquica, económica, entre otras, requieren de apoyo especial. En este caso, se subraya la especial protección que le confiere el ordenamiento constitucional a la mujer y que se traduce en mandatos como el contemplado en el artículo 43, inciso 1°, según el cual, se debe una especial protección a la mujer en estado de embarazo; de otra parte, el prescrito en el segundo inciso del mismo artículo constitucional, que ordena al Estado “apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia”; y, por último, el mandato de especial protección a la mujer y a la maternidad, dentro de los principios que deben orientar el estatuto del trabajo (C.P., art. 53). Pese a existir casos específicos en que el Estado se encuentra en la obligación de proteger de manera especial a la mujer, esta Corporación observa que del mandato de igualdad material del inciso 2° del artículo 13 constitucional, surge un deber genérico de eliminación progresiva de las circunstancias que han perpetuado las desigualdades presentes por años, en la sociedad, entre ellas, desde luego, aquella que ha tenido lugar entre hombres y mujeres a lo largo de la historia.

41.- Ahora bien, a pesar de que está claro para las autoridades y para el legislador el deber de adoptar medidas en favor de la mujer en los ámbitos arriba mencionados, así como la obligación de tener en cuenta las desigualdades para tratar de remover progresivamente los obstáculos, de una parte, y compensar dichas situaciones en aras de materializar el presupuesto axiológico de igualdad efectiva, por otra, el ordenamiento constitucional no menciona la manera como dichas medidas deben concretarse.

Es así como la diferenciación por razón de sexo en la edad para la pensión, es sólo una de aquellas medidas que pueden ser adoptadas por el legislador, con la finalidad de compensar la situación de desequilibrio que se presenta en materia pensional entre personas de uno y otro sexo[54]. En efecto, se trata de una acción afirmativa que busca, de alguna manera, equiparar las condiciones socioeconómicas de las personas de ambos sexos, cuando por haber cumplido los requisitos necesarios, adquieren el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación o vejez.

42.- Según lo anterior, la adopción de una medida en este sentido no es ordenada expresamente por la Constitución, por lo cual corresponde al legislador analizar de manera seria y objetiva las condiciones fácticas existentes en la sociedad al momento en que va a regular determinada materia, para poder responder, de manera adecuada, a las desigualdades advertidas y no contribuir a profundizarlas aún más. Por ello, estas decisiones no pueden ser tomadas sin tener en cuenta el contexto en el cual van a tener aplicación, pues es éste, justamente, el que da los

elementos que permiten determinar su relevancia y conveniencia en una sociedad dada. Y, análisis como los que se acaban de hacer, han permitido concluir, por parte del mismo legislador, bajo qué parámetros se establece la necesidad y adecuación de que la regulación de la edad en materia de pensiones introduzca diferencias según el sexo, para disponer medidas favorables a las mujeres, tal como se pasa a explicar.

La diferenciación en el requisito de edad para la pensión es una medida adecuada y necesaria, pero su regulación igualitaria en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 no configura una regulación discordante ni desproporcionada dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

43.- El legislador, consciente de las desigualdades arriba descritas, ha tomado medidas, desde mucho tiempo atrás, tendentes a compensar las desventajas estructurales que la población femenina ha tenido que enfrentar tradicionalmente en materia laboral. En efecto, recuérdese el aparte respectivo de esta providencia, en el cual fueron reseñados algunos textos normativos que estipularon edades diferenciadas para hombres y mujeres en el acceso a la pensión.

Ya desde 1968 la distinción había sido prevista y la misma se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico colombiano con la reforma introducida por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones de la Ley 797 de 2003. Se colige de lo anterior, que la regla que establece igual requisito de edad para hombres y mujeres del sector público, se podría presentar como discordante frente a la sucesión normativa en la materia. Pero, en virtud del alcance real de la norma acusada, y de la amplia potestad legislativa para establecer los requisitos de acceso a la pensión, la medida de igualación dispuesta en la proposición normativa estudiada, guarda correspondencia con el orden constitucional vigente.

44.- En este orden, un cambio en un punto central como la igualación de la edad de pensión para hombres y mujeres, introducido por el legislador de 1985, pudo ser analizado en su momento desde la perspectiva de la justificación que el legislador en mención erigió para ella. Así, de conformidad con lo expuesto, podría decirse que dichas justificaciones, basadas en la igualdad formal de género y la necesidad financiera de la medida de igualación, no sustentarían de manera satisfactoria una regulación general que no estableciera la distinción. Sin embargo, la Corte Constitucional encuentra, que no existe una medida general en tal sentido en la regulación de los requisitos para la pensión en Colombia. Por el contrario, como se acaba de exponer nuestro ordenamiento jurídico ha acogido la necesidad de la distinción según el género, en la determinación del requisito de edad para pensión.

En efecto, para el caso del contenido normativo artículo 1° de la Ley 33 de 1985, se encuentra que su alcance es restringido a un grupo determinado de mujeres, y que su vigencia de igual manera se limita en el tiempo, tal como se explicó en el aparte relativo a la vigencia de la norma demandada, hasta el momento en que todas las personas queden cobijadas por las regulaciones del Sistema General de Seguridad Social. Sistema que, como se explicó, contiene la medida de distinción referida.

45.- Por ello, esta Corte considera que no se presenta el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente[55], como quiera que, pese a que el examen de exequibilidad se realiza sobre una disposición anterior a la Constitución de 1991 tomando como parámetro de valoración precisamente el orden superior vigente, dicha disposición no resulta una medida de carácter general que afecte el sentido de las regulaciones actuales en materia de distinción por género en cuanto al requisito de edad para pensión. Además, no resulta desproporcionada su aplicación pues otorga la pensión a las mujeres a una edad (55 años) que es la misma que estableció el

sistema general vigente en la actualidad.

Por lo anterior, a juicio de la Sala, la vigencia de una norma preconstitucional que disponga la igualación de la edad entre hombres y mujeres, bajo el orden constitucional actual -con un ámbito de aplicación restringido como se ha insistido-, debe ser interpretada como un régimen de transición, cuya implementación no vulnera los principios constitucionales que se desarrollaron a lo largo de este fallo.

46.- La Corte observa pues, que la medida de compensación, resultado de la solicitud del cargo de inconstitucionalidad bajo estudio, no resulta obligatoria en relación con aquellas mujeres a quienes les es aplicable la norma acusada. En primer término, no se vulneran los derechos fundamentales de las mujeres mencionadas, pues el alcance de la regulación vigente indica que no se encuentran desfavorecidas (en ambos casos la edad exigida a las mujeres es de 55 años); y, dicha situación señala que la edad que se les exige para pensión, está dentro del umbral que el legislador posterior a la Carta del 91, ha configurado a partir de la necesidad de reconocer valor jurídico a las actividades no remuneradas realizadas por ellas. En segundo término, no conviene llevar al extremo la tesis según la cual, la manera de hacer efectiva la obligación de lograr una igualdad real de género, se da siempre mediante distinciones legales. Lo que, excluye sin duda la proliferación de otro tipo de medidas, por demás necesarias, y sugiere la compensación legal como único método para ello.

47.- En consideración a lo expuesto, esta Corporación advierte que la medida de igualación del legislador de 1985, cuestionada constitucionalmente, no sólo no resulta desproporcionada respecto de la garantía de los derechos constitucionales de las mujeres a las que se aplica, sino que además es acorde con la potestad de configuración del legislador, en materia de regímenes de transición. Recuérdese que la vigencia de la norma demandada, se sustenta en su efecto ultratractivo que surgió a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Es decir, fue el mismo legislador el que estableció que la disposición acusada mantuviera vigentes sus efectos en ciertas condiciones, como régimen de transición.

De manera general, respecto de las normas transitorias que pretenden regular la transición de una legislación a otra en determinados temas o instituciones, la Corte Constitucional ha dicho que “...en función del principio de confianza legítima, que encuentra sustento constitucional en la buena fe (CP art. 83), tal y como esta Corte lo ha señalado[56], lo único que constitucionalmente se puede exigir del Legislador es que la normatividad establezca un período razonable de transición, que permita a quienes venían ejerciendo esa actividad, ajustarse a las nuevas regulaciones...”[57]. En el presente no se puede concluir que el legislador haya dispuesto la vulneración del mencionado principio de confianza legítima. Éste, en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación “...fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada[58], pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación...”[59] [Énfasis fuera de texto]

En el mismo sentido, se afirmó recientemente en la sentencia C-074 de 2004 lo siguiente: “[I]a

Corte considera que una norma legal transitoria es aquella expedida para un fin específico y concreto o por un período de tiempo determinado. Usualmente tiene como objetivo evitar que durante el tránsito de una normatividad constitucional o legal a otra se presenten vacíos, inseguridad jurídica o traumatismos respecto del asunto nuevamente regulado.”[60] [Énfasis fuera del texto]

De esta manera, las normas de transición en materia de Seguridad Social gozan de una presunción según la cual, no pretenden de plano favorecer a unos y desfavorecer a otros. Pretenden por el contrario reconocer que el régimen que se instaura requiere de un momento de transición, que lo haga racional y efectivamente aplicable.

48- La Corte encuentra pues, al hacer el ejercicio de comparación entre el contenido normativo acusado y la Constitución vigente, que esta normativa preconstitucional no resulta contraria al artículo 13 superior que demanda del Estado la promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados (inc. 2° y 3°), a la vez que no representa un desconocimiento de mandatos constitucionales que imponen el deber específico de protección a las mujeres (C.P., arts. 43 y 53).

Por lo explicado, la Corte declarará la exequibilidad de la norma, únicamente por los cargos estudiados en la presente sentencia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos estudiados, el aparte demandado del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Ausente en comisión

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Al respecto menciona a la Red PREM – Poverty Reduction and Economic Management Network-.

[2] Al respecto, trae a colación la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual establece en sus artículos 2° y 3° que los Estados parte se obligan a la adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, las cuales no constituyen discriminación mientras sean temporales y no se extiendan más allá de cuando se haya alcanzado la igualdad de trato (art. 4°).

[3] [cita del aparte citado] Cfr. Carrasco, Cristina y Mayordomo Maribel. Tiempos, Trabajos y organización social: reflexiones en torno al mercado laboral femenino. En Carrasco Cristina (ed). Mujeres y Economía. Nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas. Icara editorial, Barcelona 1999.

[4] Ver Sentencia C-1052 de 2001.

[5] Ley 33 de 1985, artículo 13. Este artículo contiene la definición de los destinatarios de la Ley, así como la de las Cajas de Previsión, en los siguientes términos: "se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por Ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes."

[6] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo I. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 1991. Pág. 415.

[7] El tenor literal del artículo 71 del Código Civil es el siguiente: "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. // Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. // Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con

las de la ley anterior. // La derogación de una ley puede ser total o parcial."

[8] Los requisitos establecidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003) son: "1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. // A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. // 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. // A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (...)". (Subrayas ajenas al original).

[9] Este régimen de transición, permite, entonces, que quienes cumplieran con los requisitos de edad o tiempo de servicios al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se les aplicaran las normas del régimen anterior respectivo, en cuanto a edad, tiempo de cotización y monto de pensión. En relación con el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplica la regla contenida en la misma Ley 100, esto es, el promedio de lo devengado en el tiempo faltante para adquirir el derecho, con la indexación correspondiente. Dicho régimen de transición fue modificado por la Ley 797 de 2003 que, en su artículo 18, cambió las reglas básicas de pensión aplicables a quienes quedaron cobijados por tal régimen. Este artículo estipulaba que únicamente el requisito de la edad sería el establecido en el régimen anterior, mientras que el tiempo de cotización y el monto de la pensión se regirían por las disposiciones de la Ley 797, menos favorables que aquellas establecidas en la Ley 100. No obstante, el artículo 18 referido fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1056 de 2003 por vicios de procedimiento. Con posterioridad, entonces, fue promulgada la Ley 860 de 2003 que intentó introducir otra modificación al régimen de transición. Así, en su artículo 4° dispuso que los requisitos de edad, tiempo de cotización y monto de la pensión se regían por el régimen anterior, pero sólo hasta el 31 de diciembre de 2007 y de ahí en adelante únicamente se mantendría el requisito de edad, pero el tiempo y monto se regirían por las nuevas normas estipuladas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin embargo, esta disposición corrió igual suerte, al ser declarada inexecutable por esta Corporación, mediante sentencia C-754 de 2004. De la misma manera, la Corte encontró vicios de procedimiento en el trámite de la Ley, pero, además, señaló que el cambio de las reglas de juego para quienes estaban próximos a pensionarse resultaba inconstitucional, cerrando así la posibilidad de que el legislador introdujera nuevos cambios por esta vía. Finalmente, la modificación pretendida se hizo mediante la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, conforme al cual, el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 tiene vigencia únicamente hasta el 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos amparados por tal régimen que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tuvieran cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, quienes conservan el derecho a ser cobijados por el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, momento a partir del cual dicho régimen cesa de manera definitiva sus efectos, y la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones entra a cubrir a toda la población colombiana.

[10] Cfr. Sentencia C-774 de 2001.

[11] Remitirse a la explicación consignada en la nota a pie de página No. 9 de esta sentencia.

[12] En varios pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que el principio de igualdad se estructura en tres dimensiones. Siguiendo lo establecido en la C-673 de 2001, en la C-507 de 2004 se dijo: "[s]e trata pues de tres dimensiones diferentes del principio de igualdad. La primera de ellas es la igualdad ante la ley, en virtud la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a

todas las personas. Este derecho se desconoce cuando una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas. Esta dimensión del principio de igualdad garantiza que la ley se aplique por igual, pero no que la ley en sí misma trate igual a todas las personas. Para ello se requiere la segunda dimensión, la igualdad de trato. (...) Ahora bien, ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato garantizan que ésta proteja por igual a todas las personas. Una ley, que no imponga diferencias en el trato y se aplique por igual a todos, puede sin embargo proteger de forma diferente a las personas. (...) No basta con saber si el derecho se aplicó de forma diferente en dos casos en los que se ha debido aplicar igual o si el derecho en sí mismo establece diferencias no razonables, se requiere determinar si la protección brindada por las leyes es igual para quienes necesitan la misma protección.

[13] Constitución Nacional, "artículo 13: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley..."

[14] Ibíd. "Todas las personas (...), recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de las mismos derechos y oportunidades...". En la sentencia C-673 de 2001 esta Sala presentó la obligación de la igualdad de trato como en el derecho comparado se ha desarrollado. En algunos casos se ha establecido como "el principio de igualdad de trato". En dicha sentencia se recordó que: "[e]n efecto, en los Estados Unidos desde el año 1920 se menciona explícitamente el test leve aplicable al examen de una medida legislativa para determinar si vulnera el principio de igualdad de trato. (...) La Corte [Europea de Derechos Humanos] adoptó esta metodología por considerar que debía seguir los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable..." (énfasis fuera de texto). De esta evolución de la obligación de trato igual, como principio de igualdad de trato contenido en el principio general de igualdad, ha hecho parte también esta Corte. Entre otras, en la citada C-504 de 2004: "[en] la segunda dimensión, la igualdad de trato (...) se garantiza a todas las personas que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables".

[15] Parte de la doctrina ha definido la obligación de igualdad de trato contenida en el principio general de igualdad como uno de los subprincipios de éste. Lo ha denominado principio de igualdad en la ley en contraposición con el tradicional principio de igualdad ante la ley. Pues la consideración doctrinaria general es que al segundo (igualdad ante la ley) vino el primero (igualdad en la ley) en la evolución del Estado Social de Derecho. "Con la crisis del Estado Liberal de Derecho se produce una ruptura de la identificación entre igualdad y ley, y se va a ampliar el juicio de igualdad de la aplicación a la misma creación de la norma, esto es, a la razonabilidad de su contenido". (Rey Martínez Fernando. El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1995. Pág 44).

[16] Al igual que los subprincipios de igualdad ante la ley e igualdad en la ley de la cláusula general de igualdad del artículo 13 superior, la prohibición de discriminación se deriva de éste. De ahí que la Corte lo haya incorporado igualmente al contenido de esta cláusula: "[e]n principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad. Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a

manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución."(Énfasis fuera de texto) Op. Cit. C-673.

[17] Artículo 13.- (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta (...). (Énfasis fuera de texto)

[18] Rey Martínez Fernando. Op. Cit. Pág. 64.

[19] La Corte ha hecho manifiesta esta interpretación en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo la Sala ha establecido la necesidad de variar el grado de intensidad del test de igualdad dependiendo de si la desigualdad objeto de estudio de constitucionalidad se refiere a estos grupos discriminados o marginados. Así, en sentencias como la C- 180 de 2005 que sigue lo estipulado en la C-091 de 2003, se dijo: "[c]uando se trata de medidas de promoción de los desfavorecidos la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se deben aplicar escrutinios intermedios de constitucionalidad. Se reconoce en consecuencia un margen relativamente amplio de configuración por parte del legislador para implementar los mecanismos que hagan efectiva la igualdad material en favor de los grupos marginados". (Énfasis fuera de texto). En otra ocasión, en la C-426 de 1997, la Corte estableció que en la asignación de bienes escasos en la sociedad colombiana a los ciudadanos, existía no sólo la permisión sino también el deber de las autoridades de privilegiar a los menos favorecidos, y ello se presentó como un criterio objetivo: "[p]or eso se ha considerado que la exigencia que se deriva del principio de igualdad para estos estados de cosas se restringe a que todas las personas interesadas tengan iguales posibilidades de acceder al proceso de selección de los beneficiarios y puedan tener la certeza de que la distribución de los bienes se hará acatando los procedimientos establecidos. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen."

[20] C-507 de 2004. De ahí que esta dimensión del artículo 13 constitucional sea "...sustantiva y positiva. (...) [S]ustantiva porque parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual. Es positiva porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, lo que procede es asegurar que el Estado adopte acciones para garantizar la igual protección" (C-507 de 2004 Fundamento Jurídico No. 6).

[21] En la sentencia C-507 de 2004 (Fundamento Jurídico No. 4), esta Corporación al declarar inexecutable la diferencia de edades según el sexo, en la configuración de una causal de nulidad del matrimonio, explicó que del análisis histórico de las normas del Código Civil colombiano en materia de derechos de las mujeres, se podía constatar que las diferencias de trato con base en el género obedecían a concepciones tradicionales de la situación y el rol de la mujer en la sociedad. Ellas, desde el derecho romano, estaban supeditadas a la potestad, bien del padre o del marido y sus funciones sociales eran las atinentes a la procreación y al hogar familiar. En la C-371 de 2000 se reconoció igualmente esta situación: "[n]o hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para

ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino. Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula "de" como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones." En la C-408 de 1996, se dijo al respecto: "...la Corte considera que esas estrategias educativas y culturales son de la mayor importancia pues, como ya se ha señalado en esta sentencia, la persistencia de esquemas culturales fundados en una visión patriarcal de la sociedad es uno de los aspectos que hace más difícil la tarea de erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer. Así, incluso el proyecto humanista de la Modernidad, durante mucho tiempo, consideró natural excluir a la mujer de los pactos sociales que fundaron las sociedades democráticas, que fueron entonces pensadas por los hombres y para los hombres. No por casualidad el principal documento político de la Revolución Francesa se denomina "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", con lo cual, según algunos comentaristas, la mitad de la población, las mujeres, habría quedado prácticamente excluida de los designios democráticos e igualitarios de la Ilustración. Por ello muchos movimientos feministas, en especial en el Quebec canadiense, han propuesto que se sustituya la expresión clásica en lengua francesa "Droits de l'Homme" (Derechos del Hombre) por otras como "Droits Humains" (Derechos Humanos) o "Droits de la Personne" (Derechos de la Persona), a fin de evitar de esa manera la discriminación de género implícita en la primera."

[22] "En cuanto a la igualdad de género, el PIDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos '1966'] establece que los Estados Partes se "comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos" que el mismo Pacto reconoce. Recientemente el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas indicó al respecto que "en virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben 'adoptar todas las medidas necesarias' para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos." [Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 La igualdad de Derechos entre hombres y mujeres '2000'] El Comité observa que tales medidas comprenden (i) "eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad", (ii) "dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos" y (iii) "ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto", además de las "medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria." El Comité recalca la necesidad de combatir de forma celer y efectiva las "tradiciones" que justifiquen violaciones a los derechos de la mujer, dice al respecto, "La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. (...) Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto. (...)" (C-507 de 2004 F.J 6.2.1).

[23] Cfr., principalmente las sentencias C-410 de 1994 y C-371 de 2000.

[24] Sobre la noción de discriminación indirecta se puede consultar la sentencia C-534 de 2005, fundamentos jurídicos 25 y ss.

[25] En la C-507 de 2004, en los fundamentos jurídicos Nos. 6.1.2 y 6.1.3 se dijo al este respecto: "[u]no de los "fines esenciales del Estado" es "garantizar la efectividad de los

principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 2º, CP). Así pues, el derecho fundamental a la igualdad de protección implica al Estado "adoptar las medidas necesarias" para asegurar materialmente el goce efectivo de los derechos. Esto es, acciones sustanciales y positivas orientadas a que toda persona reciba la misma protección de las "autoridades", según el texto constitucional (art. 13), que no distingue entre autoridades públicas, civiles, militares, judiciales o de cualquier otra naturaleza, como la legislativa. Una concepción material de la igualdad tiene por fin asegurar no sólo la igualdad ante la ley, sino también "la igualdad ante la vida", como se sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente [declaraciones a este respecto del delegatario Horacio Serpa Uribe en el debate del 16 de abril de 1991 en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, citadas en la sentencia que se transcribe en la nota # 106]. Por esto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la fórmula política del estado social y democrático de Derecho se manifiesta en la promoción de la igualdad real y "(...) se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos. (...)" [C-1064 de 2001, citada en la sentencia que se transcribe]. A los jueces de la República, en su calidad de "autoridades", les corresponde adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la igualdad de protección, que se distingue de la técnica de las acciones afirmativas, la cual también responde a una concepción sustantiva y positiva de la igualdad [La sentencia que se transcribe cita apartes de la Ley 581 de 2000 mediante la que se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política]. Además de las disposiciones constitucionales a las que se ha hecho referencia, interpretadas conforme a los tratados y convenios internacionales sobre la materia (art. 93 y 94, CP), son diversas las disposiciones legales que demandan del juez una acción decidida en defensa de cualquier persona, y en especial de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta".

[26] Esta "Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada el 17 de julio de 1980; ratificada por el Congreso de la República mediante la Ley 51 de 1981.

[27] Suscrita en la ciudad de Belén Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994. Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 1995, y revisada su constitucionalidad por la sentencia C-408 de 1996.

[28] C-410 de 1994, citada en la C-371 de 2000.

[29] C-112 del 2000, citada en la C-371 de 2000.

[30] La misma Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que: "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención (...)". (artículo 4º). Citada en la C-371/00.

[31] La sentencia explica que "[l]a igualdad sustancial revela (...) un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos". Y más adelante continúa: "Esa constatación de que ciertos individuos y grupos, pese a ser iguales ante la ley no lo son en la realidad, ejerce notable influjo sobre la misma norma que, en

ocasiones, abandona las tradicionales características de generalidad, abstracción, universalidad y permanencia, tornándose específica, esto es, dirigida a sectores concretos de la población, o temporal, en cuanto agota sus efectos en un determinado lapso; todo con miras a elevar las condiciones sociales o económicas de sus particulares destinatarios".

[32] Mediante este fallo, la Corte Constitucional declaró exequible la diferenciación por razón del sexo establecida en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 en cuanto a la edad para la pensión de vejez. Este artículo determina que el requisito es de 55 años para las mujeres y de 60 para los hombres.

[33] A este respecto puede consultarse, por ejemplo, la sentencia C-622 de 1997 que declaró inexecutable la disposición del Código Sustantivo del Trabajo que prohibía a las mujeres desempeñar trabajos nocturnos. Esta Corporación consideró que la norma pretendidamente protectora, era paternalista y devenía abiertamente discriminatoria contra la mujer, quien se veía en imposibilidad de laborar durante la noche en las empresas industriales. Para la Corte, esto la situaba en condición de desigualdad frente al hombre y contrariaba la cláusula general de igualdad, según la cual unas y otros tienen iguales derechos y oportunidades.

[34] Cfr. sentencia C-534 de 2005, fundamento jurídico No. 28.

[35] [Cita de la sentencia T-426/98 transcrita] Ver las sentencias T-568 de 1996, C-710 de 1996, C-470 de 1997.

[36] Recientemente, en la sentencia C-991 de 2004 la Corte Constitucional se pronunció sobre la aplicación temporal que disponía el artículo 8º de la Ley 812 de 2003, de la protección especial (Retén Social) para madres cabeza de familia sin alternativa económica, dentro de los programas de renovación de la administración pública, establecida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002. La Corte consideró que la protección dispensada a las madres cabeza de familia mediante la regulación del llamado retén social, no podía ser temporal, en tanto ellas configuran un grupo de especial protección. En otra oportunidad, y en virtud del anterior criterio, esta Corporación, por medio de la sentencia SU-388 de 2005 ordenó el reintegro de más de 1.000 mujeres cabeza de familia a la Empresa Telecom en Liquidación.

[37] Cifras tomadas de la sentencia C-410 de 1994.

[38] Información consultada en la página electrónica: www.eclac.cl/mujer.

[39] En efecto, en 2002, el porcentaje de mujeres con trabajos remunerados fue de 35%, mientras que aquellas que desempeñaban trabajo familiar no remunerado constituía el 22% del total de la fuerza laboral femenina en el país.

[40] Según la encuesta integrada de hogares, III trimestre de 2006. Información consultada en la página electrónica del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–: www.dane.gov.co.

[41] Según una encuesta nacional de empleo urbano en México (1999), las mujeres no vinculadas al mercado de trabajo dedican 48,9 horas semanales al trabajo del hogar, mientras los hombres sólo dedican 5,5 horas a la semana. Por su parte aquellas vinculadas al mercado laboral, se ocupan de actividades domésticas por 32,8 horas a la semana, frente a escasas 6,1 horas destinadas a tales actividades por parte de sus esposos o compañeros. Con fundamento en estos datos, el documento del Banco Mundial "Inequality in Latin America and the Caribbean,

Breaking with history?", señala que "[l]a contribución de las mujeres casadas al asumir el funcionamiento del hogar y sus familias es equivalente a un trabajo tiempo completo. (...) Por lo tanto el trabajo de las mujeres en el hogar no es simplemente una especialización del trabajo puesto que aún cuando las mujeres están vinculadas al trabajo en el mercado, ellas deben asumir la mayoría del trabajo del hogar." [Cita hecha en: "Persistencia de inequidades de género en la participación laboral de las mujeres", Ana Isabel Arenas. Publicado en la página electrónica: www.actualidadcolombiana.org.]

[42] Según cifras del DANE, el 37,5% de las mujeres se encuentra en la informalidad, como trabajadoras independientes. Ver al respecto los resultados de la encuesta integrada de hogares, III trimestre de 2006.

[43] Información consultada en la página electrónica: www.eclac.cl/mujer, correspondiente a estadísticas de la CEPAL.

[44] Esto es claro en lo referente a las medidas que buscan proteger a las mujeres contra la violencia. La C-408 de 1996 hizo una sistematización de los instrumentos internacionales al respecto: "[l]os artículos 10 a 12 [de la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer"] desarrollan mecanismos de protección específicos en el ámbito interamericano a fin de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia. Así, se establece que en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados deben incluir información sobre los factores que estimulan la violencia contra la mujer y las medidas adoptadas para prevenirla y erradicarla, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas (art. 10). Igualmente se estipula que los Estados y la Comisión Interamericana de Mujeres pueden requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11). Finalmente, el artículo 12 regula un mecanismo de queja individual pues señala que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por violación de los derechos reconocidos por la Convención. En tal caso, la Comisión aplicará al trámite de tales quejas las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos."

[45] La complejidad de la regulación anterior a la Ley 100 de 1993 en materia pensional, estaba dada por la multiplicidad de regímenes de pensiones, pues en el sector público la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- recogía los aportes de algunos grupos de servidores, pero muchos de ellos contaban con fondos y regímenes propios, como Ecopetrol, el Banco de la República, los maestros, la Federación de Cafeteros, entre muchos otros. Los trabajadores del sector privado, por su parte, estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales y se regían por el Código Sustantivo del Trabajo.

[46] "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo."

[47] La Ley 65 de 1946 "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras", en su artículo 3º, estipuló que la pensión mensual vitalicia de jubilación establecida en el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª. de 1945, sería equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Dicha

disposición cobijaba a "los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa". Se entiende aplicable a este grupo de trabajadores, por cuanto a ellos expresamente se reconoció el derecho al auxilio de cesantía, en el artículo 1° de dicho cuerpo normativo. Posteriormente, la Ley 4ª. de 1966, introdujo una nueva reforma que aumentó el monto de liquidación de las pensiones de jubilación e invalidez. En efecto, en su artículo 4° preceptuó que "las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios". Señaló en el siguiente artículo que aquellas que ya hubiesen sido reconocidas con anterioridad a la vigencia de la Ley, serían aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al 75% de la asignación actual del cargo que sirvió de base para la liquidación, o su equivalente (art. 5°). De igual manera, dispuso que las pensiones de jubilación o invalidez no podrían, en ningún caso, ser inferiores a 500 pesos mensuales (art. 6°).

[48] Quedaron expresamente excluidos del derecho a la Prima de Navidad, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestaran sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tuvieran derecho a primas anuales similares (art. 11, par. 2°).

[49] El artículo 25 de la Ley 33 de 1985 es del siguiente tenor literal: "Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias."

[50] Historia de las leyes, Legislatura de 1985. Tomo I. Bogotá D.E., 1987, pág. 586.

[51] *Ibíd.*, pág. 588.

[52] *Ibíd.*, pág. 588.

[53] Este mandato de la cláusula general de igualdad establece que todas las personas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

[54] El Tribunal Constitucional Español, en sentencia STC 19 de 1989, encontró no discriminatoria la diferencia de trato establecida en los Estatutos de la Mutualidad Laboral sobre pensión de jubilación en el sector textil (que estaban derogadas, pero que continuaban produciendo efectos en virtud de normas de transición), la cual consistía en que cuando la jubilación se producía entre los 60 y los 64 años de edad, el monto de la pensión de la mujer podía llegar al 80% del salario, mientras que el monto de la pensión del varón podía alcanzar como máximo el 70% de su salario. Para el Tribunal, no se trataba de una disposición discriminatoria, por cuanto, aunque implicaba un mejor trato para el personal femenino, tenía aplicación en un sector de la industria en el que por esa época, la mujer se encontraba en condición de inferioridad en cuanto a trabajo y salario, respecto del hombre, y adscrita a categorías profesionales de menor calificación. La diferencia de trato, a juicio del Tribunal, no resultaba entonces discriminatoria y era legítima constitucionalmente, ya que su finalidad no era colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que padecía la mujer en lo laboral y en lo social. (Rey Martínez Fernando. Op. Cit. Págs. 31 y 32).

[55] En relación con el tema de la inconstitucionalidad sobreviniente, pueden consultarse, entre

otras, las sentencias C-027 de 1993, C-399 de 1999, C-1026 de 2004.

[56] [Cita de la Sentencia transcrita] Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1996, T-396 de 1997, T398 de 1998, SU-250 de 1998 y C-478 de 1998.

[57] C-964 de 1999

[58] [Cita de la Sentencia transcrita] Ver, entre otros, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Editorial Civitas, Tomo II, pág 375.

[59] C-478 de 1998

[60] Esta posición se reiteró en la sentencia C-733 de 2005.

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

