



Sentencia C-568/16

Expediente: D-11306

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 *“Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”*

Actor: Carlos Alberto Chamat Duque

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Alberto Chamat Duque, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión *“o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias”* contenida en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946.

Mediante Auto del 22 de abril de 2016, el Magistrado sustanciador admitió la demanda y simultáneamente, en dicho proveído, ordenó correr traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto en los términos de los

artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; se fijó en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma; se comunicó la iniciación del mismo al Presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, e invitó a participar en este proceso a la Sección Segunda del Consejo de Estado, a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a la Asociación Colombiana de Administradoras de Pensiones y Cesantía - Asofondos, a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver la demanda de la referencia.

A. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada, subrayando y resaltando en negrilla el texto que se solicita sea declarado inexecutable:

LEY 90 DE 1946¹ (diciembre 26)

Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales

ARTICULO 62. A las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55. El derecho a estas pensiones empezará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, **o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias,** reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser inválido. Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida.

B. LA DEMANDA

El ciudadano demandante aduce que la norma demandada establece una causal de pérdida o suspensión de la pensión de viudez, cuando la viuda contrae nuevas nupcias, lo cual acorde con la teoría de la inconstitucionalidad sobreviniente vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP. 16), desconoce el mandato de trato igual (CP. 13) y el derecho a la seguridad social (CP. 48). Considera el actor que las mujeres viudas y pensionadas en

¹ Diario Oficial No 26.322, del 7 de enero de 1947.

aplicación del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 están en desventaja y reciben un trato diferente frente a las pensionadas supérstites del artículo 2 de la Ley 33 de 1973, pues éstas por virtud de la inexecutable declarada en la sentencia C-309 de 1996, pueden contraer matrimonio sin temor a perder la prestación económica. Adicionalmente, aduce que la norma constriñe el derecho de conformar una familia por la voluntad libre y responsable (CP.42), puesto que la mujer que tenga a su favor una mesada pensional deberá someterse a las reglas de la unión marital de hecho, en tanto que no puede hacer un uso legítimo del contrato de matrimonio.

Como sujetos en comparación, indica que reciben un trato injusto: (a) las mujeres que perdieron la pensión de viudez al preferir tener un nuevo consorte, y (b) aquellas que por no perder el beneficio pensional se quedaron solas o en unión libre frente a (c) las viudas que contrajeron nuevas nupcias y por la inexecutable del artículo 2 de la Ley 33 de 1973 no fueron despojadas de su derecho pensional.

Finalmente, argumenta que una vez la pensión es reconocida, ingresa al patrimonio de la mujer y por lo tanto es un derecho vitalicio e irrenunciable (CP.45), el cual no puede ser desconocido por un acto de autodeterminación de la mujer, como el de contraer matrimonio.

C. INTERVENCIONES

1. Intervenciones oficiales

Ministerio de Trabajo: inexecutable

El Jefe de la Oficina Jurídica² solicitó a la Corte Constitucional declararse incompetente al considerar que el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Subsidiariamente argumenta que la norma acusada es inconstitucional toda vez que le son aplicables las consideraciones de la sentencia C-309 de 1996.

Superintendencia Financiera de Colombia (SFC): inexecutable

Mediante apoderado judicial, el ente de inspección, control y vigilancia de las AFP considera que la norma es inconstitucional, pues las viudas que habiendo adquirido el derecho pensional y que deciden conformar un nuevo núcleo familiar a través del matrimonio están en desventaja frente a aquellas que en la misma situación pensional y acorde a su libre autodeterminación no perderían la prestación social al constituir una nueva familia por la vía de la unión marital de hecho.

Como resultado de un test de igualdad, concluye el interviniente que no existe una justificación del trato legal diferenciado y por lo tanto la norma debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. Asimismo, aduce que el establecimiento

² Justo Germán Bermúdez Gross.

de la condición de permanecer en estado de viudez es arbitrario y desconoce el derecho a la seguridad social.

Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones): inexecutable

La Gerente Nacional de Doctrina³ solicita la inexecutable de la expresión demandada, como consecuencia del precedente consolidado en materia de la pensión de sobrevivientes⁴. Sobre todo, tratándose de una norma anterior a la Constitución de 1991, la cual pugna con una de las garantías principales del Estado Social de Derecho, como lo es el derecho fundamental a la igualdad, el cual si bien no era mencionado expresamente en la Constitución Nacional de 1886, se garantizaba en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17.4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 3) cuya aprobación tuvo lugar mediante las Leyes 16 de 1972 y 74 de 1968, respectivamente, y que desde esa época hacían parte de la legislación interna.

Indica que pese a que la norma demandada fue derogada tácitamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, estima en su calidad de administradora de pensiones que el segmento acusado puede estar produciendo efectos jurídicos en la actualidad y aclara que si bien dicha condición se encuentra en desuso frente a los actuales principios de la seguridad social en pensiones, a fin de no comprometer la supremacía de la Constitución, la norma acusada parcialmente debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

2. Instituciones académicas

Universidad Javeriana: inexecutable

La directora del Grupo de Acciones Públicas⁵ en colaboración con algunos estudiantes⁶, concluye que la norma demandada parcialmente es inconstitucional pese a que en la práctica actualmente no es aplicable. Manifiestan que tanto la Ley 90 de 1946 como la Ley 33 de 1973 replicaron la prohibición de contraer un segundo matrimonio como condición para mantener la pensión de sobrevivientes, no obstante esta última disposición fue declarada inexecutable con la sentencia C-309 de 1996.

Universidad del Rosario: inexecutable

El Coordinador del Área Laboral del Consultorio Jurídico⁷ manifiesta que la norma demandada contraviene la Constitución actual acorde con la sólida línea desarrollada en materia pensional, en especial las sentencias de tutela T-702 de 2005 y T-309 de 2015, atinentes al carácter vitalicio de la pensión de

³ Edna Patricia Rodríguez Ballén.

⁴ La intervención hace referencia a las sentencias C-182 de 1997, C-653 de 1997, C-1050 de 2000, C-464 de 2004, C-1126 de 2004 y C-121 de 2010 por medio de la cual se consolidó en sede de control abstracto las reglas esgrimidas en la sentencia T-702 de 2005 respecto de la prohibición de contraer nuevas nupcias.

⁵ Vanessa Suel Cook.

⁶ Raúl Duque Morales y Manuel López Rusinque.

⁷ Ricardo Alfonso Avendaño Mariño.

sobrevivientes, por lo cual, en razón de haber contraído nuevas nupcias, no es dado a la administradora de pensiones revocar la pensión de viudedad.

Universidad Libre de Colombia: inexecutable

El Director del Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre de Colombia⁸ aboga por la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición acusada, toda vez que la sustitución pensional es una prestación social que tiene por objeto evitar que el núcleo familiar del trabajador quede ante su fallecimiento en situación de desamparo o desprotección. En desarrollo de la anterior finalidad de antaño el entonces Instituto de Seguros Sociales respecto del artículo 62 de la Ley 90 de 196 indicó que *“la posibilidad para que los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tuvieran los mismos derechos, siempre que por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tomada como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, pero le exige que no contraiga nuevas nupcias”*⁹.

En ese sentido, la exigencia de permanecer en estado de viudez contradice los postulados vigentes sobre la protección de la familia y la prohibición de discriminación entre las formas legales establecidas para su conformación, sin dejar de un lado la discriminación en razón del sexo, puesto que a los hombres viudos no se les prohíbe conformar una nueva familia mediante matrimonio tras el fallecimiento de su cónyuge pensionada.

3. Intervenciones ciudadanas

Academia Colombiana de Jurisprudencia: inexecutable

El presidente de la Academia¹⁰ indica que la norma respondía al contexto absolutista que imperaba en el siglo pasado respecto de la protección de la institución del matrimonio y la discriminación a la mujer, por lo que considera que si bien es cierto que la norma cuestionada es del año 1946, es igualmente claro que ella produce efectos jurídicos en la actualidad, en la medida que existen actos administrativos que suspendieron la cancelación de mesadas pensionales con fundamento en dicha disposición. Considera que a las mujeres beneficiarias de la Ley 90 de 1946 les asiste el mismo derecho de las mujeres cobijadas por los efectos de la inexecutable de la Ley 33 de 1973 declarado en la sentencia C-309 de 1996, pues en dicha providencia se dejaron incólumes las nupcias contraídas antes del 7 de julio de 1991¹¹.

⁸ Jorge Kenneth Burbano Villamarín.

⁹ Folio 62.

¹⁰ Cesáreo Rocha Ochoa.

¹¹ Sentencia C-309 de 1996 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz: “SEGUNDO.- Las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de este fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia.”

Asociación Colombiana de Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantía (Asofondos): inexecutable

La representante legal de Asofondos¹² señala que la norma acusada es inconstitucional, no solo en razón de la sólida línea en materia de la seguridad social en pensiones, sino por los pronunciamientos referentes al matrimonio como limitante del goce de un derecho en temas civiles. En ese sentido, pueden consultarse las sentencias C-588 de 1992, C-182 de 1997 y C-101 de 2005 en las cuales se concluyó que el condicionamiento de abstenerse de celebrar un segundo matrimonio vulnera el ejercicio del derecho de libertad, a conformar una familia y de igualdad de las mujeres.

Sin embargo, aduce la interviniente que es necesario analizar el impacto de la decisión de la Corte en las finanzas públicas, en tanto que la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 90 de 1946 es del tipo de las “no contributivas”, sistema que fue desmontado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo que, acorde con el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, los efectos de la inexecutable deben ser a futuro ya que actualmente no está prevista esta obligación a cargo de los recursos escasos del sistema pensional. En ese sentido, el órgano competente para determinar el impacto financiero que generaría el reconocimiento retroactivo de dicha pensión es el legislador, toda vez que la única forma de asegurar el goce efectivo de los derechos sociales es a través de un diseño que tenga en cuenta los costos directos e indirectos de las prestaciones, tesis sostenida por Holmes y Sunstein en el libro “*El costo de los derechos: sólo puede existir un derecho si hay una estructura, y los recursos necesarios para su satisfacción*”¹³.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante Concepto No. 6119 del 14 de junio de 2016, solicita a la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse de fondo, al considerar que la prohibición de contraer nuevas nupcias para mantener el pago de la pensión de sobrevivientes, se encuentra derogada tácitamente por la Ley 33 de 1973, que consideraba que “*el derecho se pierde cuando por culpa de la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital*”. Reproche que fue resuelto por la Corte en la sentencia C-309 de 1996, en el sentido de que la norma acusada se encuentra produciendo efectos y debe ser objeto de una demanda independiente.

II. CONSIDERACIONES

¹² Clara Elena Reales Gutiérrez.

¹³ Ver HOLMES Stephen y SUNSTEIN Cass R. *El costo de los derechos*. Bogotá, 2011, Editorial Siglo XXI. Esta tesis, fue recogida por la misma Corte Constitucional en varias de sus sentencias como la T-427 de 1991 y T-595 de 2002. En dichos pronunciamientos se reconoce que todos los derechos tienen una faceta prestacional, cuyos costos directos e indirectos deben ser tenidos en cuenta por todas las ramas del Poder Público, para asegurar su exigibilidad (cita original de la intervención).

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo establecido en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución la Corte en principio es competente para conocer la demanda de inconstitucionalidad de la referencia dado que se dirige en contra de las expresiones contenidas en una ley de la República (Ley 90 de 1946).

B. CUESTIONES PREVIAS

Vigencia de la norma acusada

2. Acorde con la solicitud de inhibición propuesta por la vista fiscal y el Ministerio de Trabajo, no por inepta demanda, sino por la vigencia de la norma, resulta necesario determinar si este Tribunal es competente para pronunciarse respecto de la norma acusada. Esto teniendo en cuenta que de manera reiterada esta Corporación ha señalado que en principio el juicio abstracto de constitucionalidad no procede frente a normas derogadas, en tanto que las disposiciones que ya no están en el ordenamiento jurídico por decisión expresa o tácita del legislador no pueden ser objeto del control, por cuanto su exclusión de la legislación interna ya se produjo y, como tal, no es necesario revisar si la norma vulnera la supremacía de la Constitución.

3. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una tesis protectora frente al análisis de vigencia de una disposición, en el que no solo se debe estudiar su derogatoria, sino que además se debe determinar si aun con la exclusión del ordenamiento jurídico, la misma sigue irradiando sus efectos. En este caso, pese a que el precepto ya no hace parte del ordenamiento jurídico, a la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus funciones de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, le compete efectuar el correspondiente análisis, para determinar su compatibilidad con los mandatos constitucionales y en caso de constatar su incompatibilidad, impedir que sus efectos se sigan proyectando. Esta Corporación en la sentencia C-482 de 1998¹⁴ ha dicho específicamente sobre la vigencia de la Ley 90 de 1946 lo siguiente:

“La Corte no puede declararse inhibida para conocer sobre demandas relativas a normas derogadas, en los casos en los que esas normas siguen produciendo efectos en el tiempo. Esa es precisamente la situación que se presenta con el texto legal demandado. Si bien la norma ya ha sido derogada, ella sigue regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes, en los casos en los que los fallecimientos han acaecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”.

4. Ahora bien, teniendo en cuenta que la expresión demanda hace parte de una condición resolutoria para mantener el pago de la pensión de sustitución o de

¹⁴ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, en cuya oportunidad se estudió la inconstitucionalidad del artículo 55 (parcial) de la Ley 90 de 1946 referente al concubinato para efectos de la pensión de sobrevivientes.

sobrevivientes, respecto de esta prestación social como derecho, de antaño este Tribunal ha reiterado su imprescriptibilidad. En la sentencia C-230 de 1998¹⁵ reiterada en la sentencia C-198 de 1999¹⁶, esta Corporación manifestó que el derecho a solicitar el reconocimiento de una pensión es imprescriptible en los siguientes términos:

“No todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de las pensiones, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado “status” de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo, salvo cuando haya lugar a la sustitución pensional establecida en la ley o en las normas convencionales sobre la materia, para los beneficiarios de dicho derecho”.

5. Conforme a lo hasta ahora dicho, la expresión “*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias*” contenida en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, ubicado dentro de la Sección V del Capítulo IV referente a las prestaciones por muerte, fue derogado tácitamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993¹⁷. No obstante, al tratarse de un derecho pensional, el cual, una vez causado sigue irradiando sus efectos hasta el fallecimiento del titular del derecho, máxime cuando Colpensiones, en calidad de administradora de pensiones del régimen de prima media, reconoció en su intervención que la norma puede estar produciendo efectos, cobra sentido el examen constitucional de esta disposición que no fue derogada expresamente, 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*”¹⁸.

6. Un ejemplo claro de dichos efectos se encuentra en la sentencia del 22 de mayo de 2013, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, en cuya oportunidad el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia que negó la reanudación del pago de la pensión suspendida por virtud del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 al verificarse que la beneficiada contrajo nuevas nupcias. La sentencia no casó con fundamento en lo siguiente:

¹⁵ MP. Hernando Herrera Vergara.

¹⁶ MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷ ARTÍCULO 289. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.

¹⁸ Sentencia C-540 de 2008 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ MP. Rigoberto Echeverry Bueno, radicado 46476.

“Razón asiste a la réplica en cuanto señala que el Tribunal no pudo haber infringido directamente el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, pues resulta palmario que esa norma fue la que aplicó para dirimir el asunto sometido a su decisión, así no obstante hubiere considerado que los efectos del fallo de inconstitucionalidad C-309 de 1996 le fueren aplicables, en la medida que dicha disposición era igual a las que se refería esta sentencia (los artículos 2 de la Ley 33 de 1973, 2 de la Ley 12 de 1975 y 2 de la Ley 126 de 1985), pues para ello estimó que era necesario que la pensión en cuestión hubiera sido suspendida por hechos sobrevinientes, en momento posterior al 7 de julio de 1991; circunstancia que estimó no se daba en este caso en que la actora había contraído nuevas nupcias el 23 de noviembre de 1978, esto es, en vigencia de la Constitución de 1886, que era compatible con dicho artículo 62 de la Ley 90 de 1946. Es pues abiertamente equivocada la imputación que hace la censura al *ad quem* de haber violado tal disposición, por lo que se debió haber denunciado fue su aplicación indebida”.

En esa misma sentencia más adelante se reiteró dicha posición frente a la pensión de viudez de la siguiente manera:

“Y es que en realidad lo que la recurrente plantea en su escrito es un juicio sobre la constitucionalidad de las leyes 33 de 1973 y 12 de 1975 y del Decreto 1160 de 1989, a la luz de las normas de la Constitución Nacional de 1886 que considera quebrantadas, cuestionamiento que, desde luego, no es propio del recurso extraordinario de casación, porque no le corresponde a la Corte decidir la constitucionalidad de los citados preceptos.

Aparte de lo anterior, cumple precisar que la impugnante igualmente alude a la sentencia de la Corte Constitucional C-309 de 1996, la cual considera que fue erróneamente apreciada por el Tribunal; cuestión que así presentada, no puede ser elucidada por la modalidad de violación de la ley escogida, porque, en cuanto involucra un criterio jurisprudencial, como lo destaca el replicante, debió ser planteado por el motivo de interpretación errónea de la ley sustancial”²⁰.

7. En la misma línea, con sentencia del 9 de marzo de 2016²¹ la Sala de Casación Laboral mantiene su posición de la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

“El artículo que contenía estas reglas, aunque fue consagrado para las pensiones por accidente o enfermedad profesional, resultaba aplicable, en virtud de lo dispuesto en el art. 62 de la misma ley, a las

²⁰ Reiteración de la sentencia del 22 de agosto de 2012, radicación 44782, en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral indicó lo siguiente: “En esas condiciones, el Tribunal no podía aplicar el citado artículo 46 *ibidem*, ni el 12 de la Ley 797 de 2003, pues, se reitera, claramente indicó que la disposición vigente al momento del fallecimiento era el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, por virtud del cual “a las pensiones de viudez y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55 (...)”.

²¹ MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicado 47848.

pensiones por muerte común. Tales disposiciones no fueron modificadas por el A.224/1966, aprobado por el D. 3041 del mismo año, ni derogadas por el D. 433/1971.

Sobre este tema, la Sala en sentencia CSJ SL, 12 dic.2007, rad. 31613, reiterada en CSJ SL, 25 marzo de 2009, rad. 34401; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 37552; y CSJ SL, 24 sep. 2014, rad. 42102, se pronunció en los términos que siguen: *Ahora bien, un examen contextualizado de la normatividad de la Ley 90 de 1946 que dejó subsistente el Decreto Ley 433 de 1971, en punto a los beneficiarios de la pensión lleva a concluir que el derecho de la entonces concubina, hoy llamada compañera permanente, mantenía para 1983 el carácter supletorio que respecto de las pensiones de sobrevivientes por riesgos profesionales tenía dispuesto el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, extendido a las pensiones de vejez por expresa remisión del artículo 62 de esta ley, no derogado por el Decreto 433 de 1971. Entonces, la demandante, en el caso de demostrar que hacía vida marital con Mejía Díaz, no tenía derecho a recibir la prestación suplicada, toda vez que éste, hasta su muerte, estuvo casado y le sobrevivió su cónyuge, tal cual se anotó por la propia actora”.*

8. Finalmente, la postura de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se explica entre otras porque la sentencia C-309 de 1996 al declarar la inexecutable con efectos a partir del 7 de julio de 1991 de los artículos 2 de la Ley 33 de 1973, 2 de la Ley 12 de 1975 y el 2 de la Ley 126 de 1985 expresamente indicó que “[e]n relación con las normas legales que no se mencionan en la parte resolutive y que consagren una condición análoga a la que contienen aquéllas, no se aplicarán los efectos de este fallo y, en consecuencia, deberán ser objeto de demandas independientes y sobre su constitucionalidad la Corte se pronunciará en cada caso”. Conforme a lo expuesto, se concluye que si bien la norma fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la misma se encuentra produciendo efectos y por lo tanto es objeto de control por parte de este tribunal.

Integración normativa

9. Conforme al trámite de la acción pública de inconstitucionalidad descrito en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 “*Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*”, este Tribunal Constitucional está facultado para analizar en conjunto con la norma acusada, aquellas proposiciones jurídicas que tengan directa relación con el asunto *sub examine*, al prescribir que “*La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.*”

10. La Corte en reiterada jurisprudencia²²<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-516-15.htm> - [ftn3](#), ha decantado los supuestos en los cuales es procedente adelantar una integración normativa, e indicó que con ella se persiguen los siguientes objetivos: (i) la supremacía de la Constitución; (ii) la efectividad del control abstracto de constitucionalidad; (iii) la seguridad jurídica y (iv) coherencia del ordenamiento jurídico, entre otros.

11. En la sentencia C-500 de 2014²³ se recopilaron los supuestos en los cuales procede la implementación de la mencionada figura, así:

“En primer lugar, es posible apelar a la unidad normativa (i) cuando el artículo que se impugna carece “(...) de un contenido deóntico claro unívoco o de un ámbito regulador propio, aislado del contexto en el cual están insertadas, y se requiere precisar su alcance incluyendo en el juicio de constitucionalidad otros enunciados normativos”<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-516-15.htm> - [ftn4](#). En segundo lugar, es procedente (ii) cuando la disposición demandada o la norma que de ella se desprende, está mencionada o referida en otros artículos del ordenamiento jurídico de manera que para asegurar la efectividad de la decisión que se tome, es necesario también examinarlos. Ha explicado la Corte que en este caso las normas tienen “un sentido regulador propio y autónomo (...) pero el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada impone el examen (...) de algunos elementos normativos a los cuales hace referencia, que están contenidos en otras disposiciones no demandadas”. En tercer lugar, resulta posible acudir a ella (iii) cuando la norma que se juzga tiene una relación íntima o intrínseca con otra que, prima facie, plantea serias dudas de constitucionalidad.

Un examen de cada una de tales hipótesis permite identificar su justificación constitucional. El primer supuesto, tiene como propósito delimitar la materia objeto de juzgamiento de manera que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito. La segunda tiene como finalidad asegurar plenamente la supremacía de la Constitución y la certidumbre respecto de las normas vigentes evitando, de una parte, que luego de declarar la inexecutable de una norma ella subsista en el ordenamiento o, de otra parte, que con posterioridad a la declaratoria de exequibilidad, contenidos normativos idénticos –vigentes al momento del pronunciamiento- sean objeto de demandas iguales. La tercera propicia también la supremacía de la Constitución al evitar que disposiciones directamente vinculadas con aquellas que fueron demandadas y respecto de las cuales es posible sospechar de su

²² Se pueden consultar entre otras las siguientes sentencias: C-543 de 1992, C-226 de 1993, C-188 de 1994, C-344 de 1995, C-389 de 1996, C-178 de 1997, C-298 de 1998, C-183 de 1999, C-037 de 2000, C-328 de 2001, C-128 de 2002, C-100 de 2003, C-014 de 2004, C-591 de 2005, C-340 de 2006, C-075 de 2007, C-753 de 2008, C-409 de 2009, C-553 de 2010, C-816 de 2011, C-289 de 2012, C-156 de 2013, C-880 de 2014 y C-219 de 2015, reiteradas en la sentencia C-500 de 2014 MP. Mauricio González Cuervo.

²³ MP. Mauricio González Cuervo.

inconstitucionalidad, permanezcan en el ordenamiento sin ser juzgadas”.

12. En el caso concreto, la Corte considera que debe realizar una integración normativa con la expresión “*Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida*” contenida en la parte final del mismo artículo 62 de la Ley 90 de 1946 al cumplirse con el requisito de (i) estar inserta en la misma norma demandada y (ii) ser necesario un pronunciamiento sobre este otro enunciado normativo.

13. Toda vez que la expresión demandada a integrar guarda una estrecha relación con el concepto de la violación, pues consagra la consecuencia jurídica que sustituye a la suspensión de la mesada pensional para la viuda o viudo que celebre un segundo matrimonio, reemplazándola por una especie de indemnización al decidir perder la pensión ante el deseo de contraer matrimonio. Lo anterior, resulta necesario en la medida que en el evento de declarar inexecutable la condición “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias” quedaría sin un pronunciamiento la consecuencia jurídica de perder la pensión, que es la otra parte del artículo que contempla precisamente un reemplazo del derecho pensional por el hecho del matrimonio.

PROBLEMA JURIDICO

14. Acorde con el concepto de la violación planteado en la demanda, la Corte determinará si la condición de permanecer en estado de viudez para mantener el pago de la mesada pensional impuesta a las mujeres beneficiarias de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 62 de Ley 90 de 1946 vulnera los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social en pensiones y el derecho de conformar una familia por la voluntad libre y responsable de las cónyuges supérstites que desean celebrar un nuevo contrato matrimonial. En caso afirmativo, se planteará una segunda cuestión relacionada con la situación de las viudas y viudos a los que les fue suspendido el pago de la mesada de la pensión de sobrevivientes por el hecho de haber contraído nuevas nupcias antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 -7 de julio de 1991- y en consecuencia recibieron una sustitución equivalente a 3 anualidades de la pensión reconocida.

15. Para absolver los anteriores cuestionamientos, se estudiará brevemente: (i) la jurisprudencia constitucional sobre normas expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; (ii) el contexto histórico y social de la norma demandada; (iii) los pronunciamientos constitucionales respecto del matrimonio como condición para acceder o perder un beneficio legal, (iv) y (v) finalmente el caso en concreto.

C. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A NORMAS PRECONSTITUCIONALES

16. La jurisprudencia constitucional desde sus inicios ha manifestado la necesidad de examinar las leyes expedidas antes de la Constitución de 1991, máxime cuando éstas contravienen los principios y valores consagrados en la Carta Política vigente. En un primer momento en la sentencia C-479 de 1992²⁴ se declaró exequible el aspecto material del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, atinente a las condiciones de retiro del servicio de funcionarios del sector público del orden nacional, en cuya oportunidad se indicó lo siguiente respecto del control de la Corte frente a dichas normas:

“Cuando el estudio se refiera al contenido de los preceptos cuestionados es necesario definir su exequibilidad teniendo en cuenta la preceptiva superior vigente al momento de proferir el fallo, es decir, la Constitución de 1991, cuyo artículo 380 dispuso la derogatoria de la Constitución de 1886 y sus reformas. Según lo expresó la Corte en recientes sentencias, instaurado y en vigencia el nuevo Estatuto Constitucional, no pueden coexistir con él normas legales ni de otro nivel que lo contraríen. En cambio, por cuanto atañe a los aspectos relativos a las formalidades que debieron observarse al expedir las normas demandadas, la Corte no puede exigir la sujeción a unos preceptos que no habían entrado a regir en ese momento, sino que se hace imprescindible considerar tales aspectos con arreglo a la Carta Política que estaba en vigor cuando fueron dictados los estatutos de cuya constitucionalidad se trata”.

17. Tiempo después la anterior regla fue ampliamente aplicada, como en el caso analizado en la sentencia C-324 de 2009²⁵ en cuya ocasión la Corte declaró inexecutable la expresión “*o asignar partidas presupuestales y elementos disponibles*” contenida en el artículo primero de la Ley 36 de 1981, reiterando:

“La Corte ha diferenciado entre el control de forma o procedimental y el control de fondo o sustancial para determinar el parámetro de control que debe aplicarse frente al estudio abstracto de constitucionalidad de normas sujetas a control, cuando éstas ostentan la naturaleza de normas anteriores a la Constitución Política que rige a partir de 1991, y ha explicado que los aspectos atinentes a la forma de las disposiciones anteriores a la actual Constitución, a diferencia de su contenido material, se rigen por las disposiciones de la Carta Política vigente al momento de su expedición, en tanto que los aspectos relativos al contenido material se deben controlar en referencia con lo dispuesto en la Constitución de 1991, toda vez que se torna indispensable confrontar la preceptiva demandada con los contenidos de la nueva Constitución, debiéndose verificar si a luz del Estatuto Superior vigente en el momento de adelantar el análisis de constitucionalidad las disposiciones impugnadas tienen vocación de subsistir”.

²⁴ MP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ MP. Juan Carlos Henao Pérez.

18. Finalmente, la competencia de la Corte Constitucional para decidir las demandas de inconstitucionalidad propuestas sobre leyes expedidas con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991, fue empleada recientemente en la sentencia C-258 de 2016²⁶, por medio de la cual se declaró inexecutable de modo parcial el artículo 7 de la Ley 48 de 1920. En dicha oportunidad se siguió el pacífico precedente que reconoce la potestad de este Tribunal para decidir los casos de normas preconstitucionales mediante un control menos estricto acorde con la perspectiva histórica al empleado en las leyes expedidas en vigencia de la actual constitución. En la citada providencia, la Corte precisó lo siguiente:

“[D]ebe la Sala resaltar el hecho de que las normas acusadas hacen parte de una ley anterior a la Constitución de 1991. De hecho, se trata de una Ley histórica que se expidió durante las primeras décadas de la República de Colombia, al inicio del siglo XX. La jurisprudencia constitucional ha reiterado en varias ocasiones que éste es un aspecto relevante para establecer el grado de control al que se deben someter las normas. En efecto, cuando se trata de normas expedidas antes de la vigencia de la Constitución de 1991, pueden contener reglas en las que existan contradicciones entre lo dispuesto en ellas, y lo consagrado en la Carta Política, puesto que respondían a parámetros constitucionales anteriores. En especial cuando se trata de normas que por haber sido expedidas hace tanto tiempo, respondan a valores y jerarquías muy diferentes a las que actualmente se defienden”.

19. En conclusión, la Corte ha diferenciado entre la revisión de forma o procedimental y de fondo o sustancial para determinar el parámetro de control que debe aplicarse al estudio abstracto de constitucionalidad de normas anteriores a la Constitución Política que rige a partir del 7 de julio de 1991, y ha manifestado que los aspectos formales a diferencia de los de contenido material, se rigen por las disposiciones de la Carta Política vigente al momento de su expedición, mientras que los asuntos concernientes al contenido material se deben inspeccionar de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de 1991, toda vez que se torna necesario confrontar la preceptiva demandada con los contenidos de la Constitución vigente, debiéndose verificar si a luz del estatuto Superior en vigor al momento de adelantar el análisis de constitucionalidad las disposiciones impugnadas tienen vocación de subsistir.

D. EL CONTEXTO SOCIAL DE LA LEY 90 DE 1946

20. Ante la proliferación legislativa y reglamentaria en materia prestacional surge en la post-guerra la necesidad de armonizar la legislación conforme a las tendencias de los seguros sociales establecidos en Alemania y diferentes países de Europa y América. Es por ello, que se autoriza la creación de una caja de Seguro de Trabajo, ya sea como entidad oficial, ya como sociedad, en la cual entre el Gobierno en calidad de accionista, ya sea contratando la

²⁶ MP. María Victoria Calle Correa.

fundación de dicha caja con alguna compañía de seguros que garantice el cubrimiento de los riesgos de la vejez, la invalidez, enfermedades no profesionales, maternidad, accidentes de trabajo y la muerte, inicialmente para los trabajadores particulares, bajo un esquema esencialmente comercial.

Es así como la Ley 90 del 26 de diciembre de 1946 “*Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*” conforme con el artículo 9º se organizó de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 9. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales tendrá como funciones principales:

1o. Dirigir en el orden técnico, vigilar y controlar el conjunto de los ramos de seguros sociales;

2o. Elaborar y modificar sus propios estatutos y los reglamentos generales de los seguros sociales, sobre las bases de la presente ley, y someter unos y otros a la aprobación del Presidente de la República, sin la cual no tendrán validez. (Subraya fuera de texto).

3o. Prescribir los requisitos, plazos, modalidades y sanciones referentes a la obligación que tienen los patronos de inscribirse e inscribir a sus trabajadores en la respectiva Caja Seccional ay de avisar todo cambio de personal, toda modificación de salarios, todo accidente de trabajo y las demás circunstancias que los reglamentos del seguro determinen (...).”

21. En ese sentido, el manejo de las prestaciones sociales a cargo de dicho Instituto estaba influido por la dinámica social que imperaba en el siglo XIX. Tal y como lo señaló este Tribunal en la sentencia C-309 de 1996 en cuya oportunidad se resaltó que la pensión de viudez a pesar de surgir en beneficio de la mujer, estaba inspirada en una concepción machista de la sociedad al manifestarse en “*las ponencias presentadas en la Cámara y el Senado, se expone la justificación de la aludida condición resolutoria o extintiva del derecho a la pensión de sobrevivientes. Las nuevas nupcias o la renovada vida marital, comporta el aporte del nuevo cónyuge o compañero, lo que torna innecesaria la continuación de esta forma de protección económica a la vida familiar. De otro lado, la afrenta a la memoria del marido, que sufrirá menoscabo a raíz de la nueva relación, abonaría la pérdida del derecho a la pensión*” (subraya fuera de texto).

22. Lo anterior, aunado a los mandatos de la entonces Constitución Nacional de 1886 y sus enmiendas, como la libertad de establecer donaciones *intervivos* o testamentarias conforme a las leyes sin que sean variadas o modificadas por el legislador (art.36); la religión católica, apostólica, romana, era la de la Nación, con la orden de que todos los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social (art. 38); era permitido el ejercicio de todos los cultos que no fueran contrarios a la moral cristiana ni a las leyes (art.40); y la educación pública estaba organizada y dirigida en concordancia con la religión católica (art. 41). Por lo cual, en esa

época las restricciones al ejercicio de los derechos de la mujer en casi todas las áreas del derecho eran preponderantes.

23. El caso más representativo del contexto histórico discriminatorio en contra de la mujer, fue el estudiado en la sentencia T-494 de 1992²⁷ en cuya oportunidad se analizó la situación de la señora Esther Varela quien hizo vida marital durante 24 años con el señor Hernando Guerrero Trujillo. De dicha convivencia la pareja poseyó en conjunto el inmueble adquirido por su compañero permanente el cual, tras su muerte fue adjudicado a su hermana en calidad de única heredera, dejando por fuera de la sucesión a la accionante, ya que no pudieron contraer nupcias. La Sala Primera de Revisión tuteló los derechos fundamentales afectados y consideró lo siguiente:

“Los fundamentos culturales, ideológicos y estructurales y la lógica de la subordinación sexual que refuerza y prolonga en Colombia tal discriminación han sido estudiados recientemente en un iluminante trabajo académico, elaborado por las profesoras Elssy Bonilla Castro y Penélope Rodríguez S. quienes destacan como los atributos sexuales objetivos fundamentan "biológicamente" la división social del trabajo, que asigna "culturalmente" de manera subjetiva, espacios y responsabilidades que son mutuamente excluyentes para hombres y mujeres. Este primer referente al orden social, opera como si fuera un orden natural incuestionable que se mantiene mediante una jerarquía básica del poder, centrada en la autoridad masculina. Como producto cultural, la división social del trabajo se transforma en el tiempo, pero el uso subjetivo de los atributos biológicos se mantiene paradójicamente en la base, como constante. Este mecanismo reproduce acríticamente el contenido de las diferencias por el sexo, para sostener una relación formal de subordinación, la cual tiene repercusiones negativas para las mujeres y para la sociedad en su conjunto.

“La división social del trabajo está relacionada también con una separación entre el trabajo remunerado, identificado como productivo - aunque una porción importante de las actividades de las mujeres que se orientan hacia el mercado no son remuneradas- y el trabajo doméstico, definido como improductivo al igual que las mujeres que lo realizan, quienes quedan asimiladas con los incapacitados y los inválidos, a pesar de que el bienestar de éstos depende de las actividades de aquellas. En este sentido, la subordinación de la mujer es una realidad que permea la esfera económica y las relaciones que son externas al hogar y también la esfera doméstica y sus tareas fundamentales en la reproducción biológica, y la reproducción social. El trabajo doméstico es esencial para la economía, aunque está ligado indirectamente al proceso de desarrollo y a la acumulación de capital. El rol y la ubicación de la mujer en el proceso de desarrollo está condicionado en gran medida por su papel primario en la esfera reproductiva (Benería y Sen, 1982). Este condicionamiento implica que una parte significativa, cuando no todos los trabajos de la mujer, permanecen invisibles. El trabajo productivo no

²⁷ MP. Ciro Angarita Barón.

es fácilmente detectado por la sociedad cuando es adelantado por una trabajadora que realiza también labores domésticas.”²⁸

De otra parte, los constituyentes de 1991 fueron conscientes no solo de la discriminación salarial de que es hoy víctima la mujer colombiana sino también que muchas de ellas no reciben ningún pago por su trabajo. Es por ello que pidieron que se elevara a canon constitucional la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y se garantizaran plenamente sus derechos”.

24. Así las cosas, el concepto de moral y de discriminación integral en contra de la mujer en lo que respecta a la prohibición de contraer nuevas nupcias, también se reflejaba en otras legislaciones como es el caso español, en el que por prohibición de la legislación interna no era factible el divorcio del matrimonio católico, en cuyo caso se previó un reconocimiento pensional extraordinario o de segunda categoría de la pensión de viudedad para las uniones maritales de hecho o convivencias “*more uxorio*”. Caso que fue resuelto por vía del amparo constitucional, como el decidido por la Sala Primera del Tribunal Constitucional mediante sentencia del 18 de diciembre de 1985, No. 177/1985, en la cual se expresó lo siguiente:

“Para poder aplicar la anterior doctrina es necesario partir de los hechos demostrados en las actuaciones judiciales, y que son sin margen alguno de equivocación, los que la actora de este proceso ejercitó en la vía laboral previa y luego ante la Magistratura de Trabajo de Mieres la única pretensión de reclamar pensión sobre la exclusiva argumentación, de que fue tal pensión instituida por la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio -modificando el Código Civil, en la regulación del matrimonio y estableciendo el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio- en beneficio de quien como ella y su compañero «*no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal*» siempre que el deceso del causante ocurriera «*con anterioridad a la vigencia de esta ley*” y entablado el debate sólo sobre esta pretensión así enmarcada, el Magistrado de Trabajo dictó Sentencia reconociendo como probado que la actora siendo viuda convivió como compañera durante varios años, con un varón casado, hasta que éste falleció pero argumentando en el fundamento jurídico que para reconocer la prestación- por muerte y supervivencia debía estarse a la legislación vigente en la fecha del fallecimiento del causante y que había de aplicarse el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 y el artículo 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que exigían como requisito imprescindible la condición de «viuda» estado que no tenía la persona reclamante de la pensión por no estar ligada con aquel vínculo matrimonial y no ser por tanto consorte

²⁸ Cfr. Bonilla Castro Elssy y Rodríguez S. Penélope. Fuera del Cerco. Mujeres, Estructura y Cambio social en Colombia. Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (ACDI), Santafé de Bogotá, Colombia. 1992, p. 14, 15 (cita original).

suyo por lo que en definitiva y sobre esta única base argumental rechazó la demanda.

La regulación de las pensiones de viudedad laboral; en el actual sistema de seguridad social admite la presencia de dos pensiones de viudedad plenamente diferenciadas y que contemplan dos supuestos distintos: De un lado regula la existencia de una pensión ordinaria en el citado artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social y Orden complementaria que exigen como condición para su concesión la existencia de vínculo matrimonial entre el causante y la persona solicitante y beneficiaria, y a su vez, de otro lado, establece una pensión extraordinaria en la indicada disposición adicional décima de la Ley 38/1981 de 7 de julio en favor de quien no hubiera podido contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación que regía hasta la fecha de dicha ley, y que hubieran vivido como tal, acaeciendo el fallecimiento del propio causante antes de la vigencia- de la misma basado por tanto, tal beneficio en el hecho de la convivencia unida a la imposibilidad de poder contraer matrimonio, que es lo mismo, convivencia «*More uxorio*» mantenida con impedimento legal y óbito de su compañero antes de haber podido regularizar la situación por cambio de la legislación reguladora del matrimonio”.

25. En un caso más cercano, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica, mediante fallo No. 8210 del 19 de junio de 2013 resolvió la acción de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 15 del Reglamento del Fondo de Pensiones y Jubilaciones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Dicha norma condiciona a las viudas de un pensionado del citado Fondo, el mantenimiento del beneficio, a que no contraigan nuevas nupcias o bien constituyan una unión de hecho con otra persona. El mencionado tribunal anuló por inconstitucional el referido artículo con base en lo siguiente:

“De lo anterior se deduce que si bien el legislador ha de habilitar bajo determinadas condiciones la declaratoria de caducidad o finalización de un beneficio, ello debe hacerse dentro del respeto debido a los principios y valores constitucionales. No puede, como se mencionó en el precedente, hacer una discriminación injustificada con respecto a las personas que desean contraer matrimonio o bien tener una compañera o compañero, y enervarles la posibilidad de continuar percibiendo la pensión que han adquirido por ese solo hecho. Por lo tanto este Tribunal considera que el artículo 15 del Reglamento del Fondo de Pensiones y Jubilaciones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica es contrario al contenido de los artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política, en cuanto establece una forma de cancelación, suspensión o caducidad de la pensión por viudez, al contraer el viudo o la viuda nuevas nupcias. Así las cosas lo precedente es acoger el reclamo y declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad, sin perjuicio de las facultades que la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece para dimensionar los efectos de esta sentencia, cuya anulación

puede graduarse y dimensionarse en el espacio, el tiempo y la materia, así como su efecto retroactivo”.

26. Adicional a lo anterior, la jurisprudencia constitucional colombiana ha considerado que el tratamiento histórico de restricción de los derechos de la mujer a la luz de los postulados vigentes de la igualdad de género previstos en la Constitución son considerados altamente discriminatorios, tal y como lo ha sostenido esta Corporación desde sus inicios, y en especial en la sentencia C-297 de 2016²⁹ en la que se evidenció dicha problemática en los siguientes términos:

“La Constitución de 1991 reconoce explícitamente una protección especial a la mujer en sus artículos 40, 43 y 53 en razón a la discriminación histórica que ésta ha sufrido en las diferentes esferas sociales. Así, determina una garantía de adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la administración pública, una prohibición de la discriminación y una protección especial durante y después del parto, así como en el ámbito laboral. De otra parte, el artículo 42 establece la protección especial a la familia y proscribire cualquier forma de violencia en su núcleo. Si bien la norma no menciona explícitamente a la mujer, la jurisprudencia ha entendido que el derecho a la igualdad, que impone la salvaguarda reforzada de los sujetos en condición de vulnerabilidad, efectivamente establece para mujeres, niñas y niños una protección especial frente a la violencia intrafamiliar en cualquiera de sus formas”.

27. Pese a la existencia de normas que entrañan este tipo de limitaciones, es de resaltar que la legislación en materia pensional excluyó dicha clase de condicionamientos; es así como (i) *el artículo 21 del Decreto 3041 de 1966*³⁰; “Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte” estableció que “La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de la que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento”; (ii) posteriormente *el artículo 12 de la Ley 171 de 1961* “Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones” dispuso que “Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes”; (iii) en ese mismo sentido *el artículo 3 del Decreto 433 de 1971* “Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales” consagró que “La mujer del asegurado, los hijos menores de catorce (14) años y los mayores de esta edad no emancipados, que dependan económicamente de aquel, tendrán derecho al cuidado y promoción de la salud dentro de los

²⁹ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁰ Por medio del cual se aprueba el Acuerdo 224 de 1966.

servicios de carácter médico de que disponga el Instituto en la extensión y condiciones que determinen los reglamentos que el mismo dicte para tal efecto”; (iv) finalmente, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, *el artículo 46 de la Ley 100 de 1993* “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” reguló la pensión de sobrevivientes así “Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”.

28. Como parte del contexto histórico en el que fue redactado el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 su descripción hace referencia puntual a las viudas y huérfanos, por lo que es necesario resaltar que dicha disposición jurídica también es aplicable a los viudos, razón por la cual, todas las referencias a la pensión de viudez deberá comprenderse que también incluye a los cónyuges supérstites hombres. Ello por cuanto en otros temas pensionales la Corte ha hecho esta precisión del siguiente modo:

“La condición resolutoria del derecho de la viuda a gozar de la pensión que correspondía al trabajador fallecido - actualmente denominada “pensión de sobreviviente” -, consistente en la celebración de nuevas nupcias o la iniciación de nueva vida marital, contenida en el artículo 2 de la Ley 33 de 1973, se encuentra derogada por la Ley 100 de 1993, que no la contempla en las disposiciones que destina a regular dicha materia (arts. 46 a 49 y 73 a 78). De otra parte, distintas leyes, dictadas con posterioridad a la demandada - Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y 71 de 1988 -, universalizaron la anotada pensión extendiéndola tanto a las viudas como a los viudos y aplicándola también a las relaciones derivadas de las uniones maritales de hecho”³¹ (subraya fuera de texto).

E. EL MATRIMONIO COMO CONDICIÓN PARA ACCEDER O MANTENER UN BENEFICIO

29. Las disposiciones jurídicas del siglo pasado se caracterizaban por un modelo social en el que se destacaba la prevalencia de los derechos del varón frente a los de la mujer y de los hijos habidos dentro del matrimonio, estableciendo una serie de normas en protección de la institución del matrimonio ligada al concepto religioso. No obstante, dichos preceptos normativos con el devenir de la Constitución Política de 1991 paulatinamente han sido hallados contrarios a los postulados Superiores.

30. En un primer momento la Corte analizó los artículos 117 y 124 y del ordinal 4 del artículo 1266 del Código Civil, atinentes al consentimiento de los menores de edad para efectos del matrimonio, el cual, solo era posible con el permiso expreso, por escrito, de sus padres “legítimos” o “naturales”, y en

³¹ Sentencia C-309 de 1996.

caso de discrepancia entre ellos, prevalecía en todo caso la voluntad del padre, estableciendo como sanción el desheredamiento para el menor que contrajera nupcias sin el respectivo permiso. Si bien en dicha oportunidad declaró las normas exequibles, mediante la sentencia C-344 de 1993³² reflexionó sobre la importancia del cambio social y su influencia en la interpretación normativa del siguiente modo:

“Finalmente, hay que decir que si la ley establece la posibilidad de desheredar al menor que se casa sin permiso de su ascendiente habiendo debido obtenerlo, y no da igual tratamiento al caso de quien sólo tiene relaciones sexuales sin casarse, ello es perfectamente lógico y ajustado a la realidad, como veremos. Aun en los tiempos antiguos en que las relaciones sexuales extramatrimoniales eran vituperables, sobre todo en las mujeres, las consecuencias del matrimonio eran más graves. Hoy día, cuando han sobrevenido cambios notables en la moral general, es claro que sería ridículo asimilar las dos situaciones: la del menor que se casa sin permiso de sus padres y la del que se limita a las relaciones sexuales.

Es claro que las consecuencias del matrimonio, que hacen de él el más importante de los contratos, han llevado al legislador a tratar de impedir que los menores, por su inexperiencia, incurran en errores que podían arruinar sus vidas”.

31. Más tarde, la Sala Plena con sentencia C-309 de 1996³³ al revisar la constitucionalidad de los artículos 2 de la Ley 33 de 1973, 2 de la Ley 12 de 1975 y el 2 de la Ley 126 de 1985, normas que al igual que la ahora demandada también planteaban una condición resolutoria para la mujer beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la celebración de un segundo matrimonio, fundamentó su decisión en lo siguiente:

“No se requieren de muchas elucubraciones para concluir que la condición resolutoria, viola la Constitución Política. La mujer tiene iguales derechos a los del hombre y no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad. No puede plantearse una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, menos todavía hoy cuando la consideración paritaria de los miembros de la pareja no se ajusta más a la antigua concepción de aquélla como sujeto débil librada enteramente a la protección masculina. La norma legal que asocie a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna

³² MP. Jorge Arango Mejía.

³³ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones personalísimas”.

En esa misma sentencia esta Corporación concluyó que:

“No duda la Corte que al entrar en vigencia la nueva Constitución, la disposición legal acusada que hacía perder a la viuda el derecho a la pensión sustituta por el hecho de contraer nuevas nupcias o conformar una nueva familia, se tornó abiertamente incompatible con sus dictados y, desde entonces, bien había podido ejercitarse la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a lo que se suma la facultad de conformar un nuevo núcleo familiar, se vulneran de manera meridiana, por la anotada condición. El radio de la violación constitucional se amplía aún más cuando en 1993 se expide la ley 100, que elimina la susodicha condición, pero deja inalterada la situación que, por lo menos a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, pugnaba con sus normas y principios. Ya se ha señalado cómo el nuevo régimen legal, en virtud de esta omisión, permite identificar nítidamente dos grupos de personas que, pese a encontrarse dentro de un mismo predicado material, son objeto un trato distinto carente de justificación objetiva y razonable”.

32. Del mismo modo, la Corte en la sentencia C-653 de 1997³⁴ declaró inexecutable el artículo 6 (parcial) del Decreto Ley 1305 de 1975 aplicable a las fuerzas militares, de lo que se destaca que *“toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio y permanecer en la soltería. No cabe duda de que en esta materia el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio; más aún, se le reconocen los beneficios a condición de nunca haberlo contraído. Esto representa una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta e implica el desconocimiento que garantiza a todo individuo el libre desarrollo de la personalidad”*.

33. En esa misma línea, en una tercera oportunidad la Corte reiteró el anterior precedente y en la sentencia C-1050 de 2000³⁵ -esta vez para el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional- declaró la inexecutable de la norma indicando que *“como quiera que la expresión acusada, tiene total similitud con las normas examinadas en la jurisprudencia transcrita, se reiterara su pronunciamiento. En consecuencia, las expresiones “o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital”, incluidas en el párrafo primero del artículo 49 del Decreto -*

³⁴ MP. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁵ MP. Antonio Barrera Carbonell.

Ley 2701 de 1988, sobre las cuales recae la demanda, serán declaradas inexecutable”. Ello, con la particularidad de que en el resolutivo segundo se aclaró que los efectos surtirían a partir de la notificación de esa providencia³⁶.

34. Mediante sentencia C-507 de 2004³⁷ se estableció un importante precedente frente a la tensión de la libertad de expresión y al margen de configuración en materia de códigos. En dicho pronunciamiento, al estudiarse la desigualdad de trato de las mujeres frente a los hombres para contraer matrimonio siendo ambos menores de edad (artículos 34 y 140 Código Civil) dicha edad fue equiparada ante la constatación de la vulneración del principio, valor y derecho a la igualdad de las mujeres, así:

“A la luz de la Constitución Política es inconstitucional fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. La regla supone afectar en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuadas y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de asegurar la igual protección de niñas y niños”.

35. La respuesta constitucional al análisis del artículo 1134 del Código Civil atinente a la conservación de una asignación testamentaria para la mujer que permanezca soltera o viuda, no fue otra más que la declaratoria de inexecutable de dicha disposición al evidenciarse que la condición resolutoria afectaba gravemente la libertad de contraer matrimonio; es así como en la sentencia C-101 de 2005³⁸ la Corte expresó lo siguiente:

“En el caso *sub iudice*, si bien no se trata de un derecho legal que se haya consolidado, pues se está ante una asignación testamentaria que puede o no ser aceptada, lo cierto es que esa última voluntad del testador sí configura una intromisión indebida en la vida del asignatario. En el presente caso entran en conflicto el principio de la autonomía de la voluntad del testador y el derecho del asignatario a contraer libremente matrimonio en primeras o en segundas nupcias, se trata entonces de sopesar dos derechos: la libertad de testar con las limitaciones impuestas por la ley, y la libertad para contraer matrimonio, el uno de carácter patrimonial y el otro no. Aquí lo que se

³⁶ “SEGUNDO. Las viudas y viudos que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nuevas nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, hayan perdido el derecho a la pensión de que tratan las normas mencionadas, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia”.

³⁷ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ MP. Alfredo Beltrán Sierra.

encuentra en juego es la libertad personal del asignatario, que no puede quedar atada, ni de manera directa ni de manera indirecta a la voluntad del testador en un acto de disposición patrimonial. Es claro para la Corte que el principio de la autonomía aplicado a los actos jurídicos patrimoniales, encuentra como límite necesario la Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre los derechos humanos a ella incorporados por ministerio del artículo 93 de la Carta. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 16, establece que “[L]os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en el artículo 17 que “[S]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

36. Siguiendo con las asignaciones testamentarias, esta vez condicionada a la no celebración de matrimonio de la cónyuge supérstite que no procreó hijos con el testador, este Tribunal constitucional declaró inexecutable la expresión “*a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación*” contenida en el artículo 1133 del Código Civil en la sentencia C-513 de 2013³⁹ con fundamento en lo siguiente:

“Así pues, la Sala considera que, en esta oportunidad, la facultad otorgada por el legislador al causante de estipular en el testamento la condición contenida en la norma acusada, no resulta válida a la luz de la Constitución Política; por lo que restringe y quebranta el derecho al libre desarrollo de la personalidad del asignatario, pues interfiere, así sea en una mínima proporción, la facultad de elegir la opción de vida que considere más conveniente, ya sea decidiendo permanecer en estado de viudedad o no.

4.3.6. En suma, la Sala concluye entonces que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es una prerrogativa constitucional que cuenta con una amplia esfera de protección, la cual cobija de manera especial la facultad que tiene todo ciudadano para decidir sobre la forma en que desea constituir una familia, pues tal elección hace parte del núcleo esencial de tal derecho y no puede ceder en aras de garantizar la facultad del causante para imponer condiciones testamentarias, “pues ese derecho se encuentra sujeto a límites, uno de ellos y de gran significación, el derecho a autodeterminarse en la vida según sus propias convicciones”.

³⁹ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37. En otra oportunidad al estudiarse la causal de desheredamiento por el hecho del matrimonio prevista en el artículo 124 del Código Civil, la Corte declaró su inexecutable al considerar que son contrarias a la Constitución las condiciones testamentarias que coaccionan al legitimario -en la autodeterminación del estado civil o constitución responsable de una familia- mediante un incentivo económico; en ese sentido en la sentencia C-552 de 2014⁴⁰ se concluyó lo siguiente:

“En definitiva, sin autonomía personal plena y las garantías judiciales apropiadas que la protejan, los ciudadanos y las ciudadanas nunca podrán gozar de manera adecuada y eficaz del derecho constitucional a conformar una familia. Por eso, cualquier norma que busque limitar este derecho -como la expresión demandada- debe ser revisada a la luz de este principio. El concepto plural de familia -que la Corte ha reconocido como la interpretación más garantista del artículo 42 de la Constitución- debe ser aplicado en estos casos a través de un juicio de proporcionalidad más estricto y así garantizar la protección constitucional de todas las familias, incluidas por supuesto las que conforman los menores de edad.

Toda sanción legal, en este caso sucesoria, que haga más gravoso ejercer el derecho a conformar una familia plural de manera autónoma viola los precedentes sobre este tipo de uniones y es un obstáculo a la posibilidad de construir un proyecto de vida solidario con otra persona. La Corte debió examinar ese cargo de constitucionalidad bajo estas premisas, que descartan de plano la existencia de la cosa juzgada material, pues es un argumento que la sentencia C-344 de 1993 no consideró”.

38. De todo lo expuesto se puede concluir que: (i) se ha desarrollado un sólido precedente frente a la proscripción de la intromisión a la autonomía personal y la libertad de conformar familia mediante la condición de permanecer en soltería o viudez; (ii) la afectación del libre desarrollo de la personalidad era predicable principalmente del género femenino, lo cual, constituye una discriminación injustificada en contra de la mujer; y (iii) el derecho libre y voluntario a constituir una familia no puede ser limitado mediante el ofrecimiento de beneficios económicos como donaciones, asignaciones testamentarias, pensiones o de otra índole.

F. SOLUCIÓN DEL CASO EN CONCRETO

39. En tanto que la norma en estudio -artículo 62 (parcial) de la Ley 90 de 1946- fue expedida el 26 de diciembre de 1946 de conformidad con lo visto en el numeral 19, el control de constitucionalidad a efectuar es de fondo o sustancial, toda vez que el concepto de la violación se centra en la vulneración del derecho a la igualdad (CP.13), el libre desarrollo de la personalidad (CP.16), el derecho a la seguridad social en pensiones (CP. 48) y el derecho de

⁴⁰ MP. Mauricio González Cuervo.

conformar una familia por la voluntad libre y responsable (CP.42) de las cónyuges supervivientes que desean celebrar un nuevo contrato matrimonial y se ven constreñidas a abstenerse de celebrar dicho contrato para mantener el pago de la pensión de viudez. Por lo tanto, el contenido material de la expresión acusada se debe inspeccionar de conformidad con los mandatos, principios y valores de la Constitución de 1991.

La violación del derecho a la igualdad en el caso en concreto

40. Para resolver el asunto *sub lite* se desarrollará un juicio integrado de igualdad en su intensidad estricta, al tratarse de una categoría sospechosa en razón del sexo⁴¹; dicho criterio fue incorporado por la Corte Constitucional en la sentencia C-673 de 2001⁴² de la siguiente forma:

“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; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*.

El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser remplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”⁴³

⁴¹ Este criterio ha sido ampliamente reiterado por la Corte tal y como se afirmó en la sentencia C-015 de 2014 MP. Mauricio González Cuervo, en la que se sistematizaron algunas de las diferencias entre los asuntos y circunstancias a los que puede aplicarse cada tipo de juicio –leve, intermedio o estricto-. En efecto, el juicio estricto es aplicado cuando el juez se enfrenta a un criterio sospechoso de discriminación –género o raza-, cuando hay una afectación a personas en condiciones de debilidad manifiesta o que pertenecen a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas –por ejemplo personas en situación de desplazamiento forzado-, cuando la diferenciación afecta de manera grave, *prima facie*, el goce de un derecho constitucional fundamental –por ejemplo la intimidad- o cuando la diferenciación constituya un privilegio, salvo que se trate de una medida de acción afirmativa.

⁴² MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴³ Esta sentencia se refirió al test leve e intermedio en los siguientes términos: “En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, como por ejemplo en ciertos casos que versan

41. Conforme a lo anterior, el juicio integrado de igualdad se desarrollará conforme a las siguientes primeras etapas de análisis; por un lado se debe: (i) establecer el criterio de comparación; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) finalmente, se procederá a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada. Adicionalmente, el juicio integrado de igualdad comprende un test de proporcionalidad de intensidad alta, tal y como se dejó dicho en el numeral anterior, al tratarse de una categoría sospechosa, como lo es, la discriminación de la mujer en razón del sexo, con el fin de determinar: (i) que el fin de la norma sea imperioso; (ii) que el medio sea efectivamente conducente; (iii) que sea necesario; y (iv) finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto cuando los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.

Determinación del patrón de igualdad o tertium comparationis

42. En el presente asunto los sujetos a comparar por el desconocimiento del mandato de trato igual son las viudas beneficiarias de la pensión de viudez prevista en la Ley 90 de 1946 frente a las pensionadas en vigencia de la Ley 33 de 1973, en la medida que a éstas últimas en razón de la inexequibilidad declarada en la sentencia C-309 de 1996 -*Supra* numeral 31- se les permite contraer un nuevo vínculo matrimonial sin que pierdan el derecho a la pensión de viudedad.

Definición si en el plano fáctico y jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales

43. Los grupos en comparación se rigen por las siguientes disposiciones:

exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. En el presente caso, la norma que regula la aplicación de las normas sobre estatuto docente, capacitación y asimilaciones no encuadra en ninguna de estas hipótesis, ya que lejos de versar sobre las mencionadas materias regula aspectos de la carrera docente. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión. El artículo 4º demandado se relaciona con las hipótesis 4 y 6, lo que habla a favor de la aplicación de un test leve de razonabilidad al examen de su constitucionalidad. (...)

Un test menos intenso – llamado test intermedio – también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.”

LEY 90 DE 1946	LEY 33 DE 1973
<p>ARTICULO 62. A las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55. El derecho a estas pensiones empezará desde el día del fallecimiento del asegurado y cesará con la muerte del beneficiario, sin acrecer las cuotas de los demás, <u>o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias</u>, reciba de otra persona lo necesario para su subsistencia, o cuando el huérfano cumpla catorce (14) años de edad o deje de ser inválido. <u>Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida.</u></p>	<p>ARTICULO 2. El derecho consagrado en favor de las viudas en el artículo anterior se pierde cuando, por culpa de la viuda, los cónyuges no viven unidos en la época del fallecimiento del marido, o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital.</p>

44. De lo que se colige que se trata de un trato diferente entre iguales, dado que en ambos casos las normas hacen referencia a las mujeres como beneficiarias de la pensión de viudez; dicha prestación económica está a cargo del sistema general de pensiones; y los dos grupos se enfrentan a la pérdida de su consorte, con la diferencia de que el segundo conjunto de viudas a raíz de la inexequibilidad de la condición resolutoria declarada en la sentencia C-309 de 1996, pueden celebrar un segundo vínculo matrimonial sin que ello conduzca a la pérdida de la pensión.

Constatación de si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada

45. El supuesto de hecho objeto de análisis consagra un trato diferenciado para la mujer que siendo beneficiaria de una pensión de viudez contrae matrimonio siendo castigada con la pérdida de dicha prestación, con la particularidad de que dicha norma si bien bajo los postulados de la anterior Constitución y el contexto histórico -*Supra* numerales 21 a 26- en el que la mujer no contaba con igualdad de derechos, ni se propiciaba en la mayoría de los casos un ingreso propio, era aceptada social y jurídicamente la manutención por parte del esposo. No obstante este tratamiento deberá ser evaluado a la luz de los mandatos de igualdad (CP.13), libre desarrollo de la personalidad (CP. 16), la voluntad de conformar una familia (CP. 42) y en especial el artículo 43 del Texto Superior que consagra que “*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*” para determinar si hoy en día se encuentra constitucionalmente justificado.

Determinación del fin imperioso

46. De la contextualización del numeral 21 se resalta que la finalidad del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 persigue la protección económica del núcleo familiar más cercano al pensionado conformado por las viudas y huérfanos afectados moral y patrimonialmente con la muerte del principal proveedor de

sus ingresos, teniendo en cuenta que la mujer no podía acceder a un empleo formal y el trabajo doméstico no era considerado como un aporte económico. Asunto que visto desde la perspectiva del artículo 42 de la Constitución Política, confiere a la familia la característica de núcleo fundamental de la sociedad y dispone que “*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia*” propósito que en abstracto resulta relevante y significativo para un Estado Social de Derecho, entre otras porque reafirma la vigencia de un orden social y justo.

Medio efectivamente conducente

47. La finalidad de amparo económico para las viudas y huérfanos se materializó a través de la creación de una prestación social denominada pensión de viudez o de orfandad según el caso, que se hacía exigible desde el día de la muerte del pensionado, pero que en el caso de la cónyuge superviviente era sustituida por una indemnización equivalente a tres anualidades de mesadas en los casos en que la beneficiaria conformara una nueva familia mediante el vínculo matrimonial. Frente a éste último supuesto se constata que la medida empleada para proteger a la viuda no cumple con ese propósito al condicionar el goce del derecho fundamental a la seguridad social mediante la imposición de permanecer estado de viudez o de unión marital de hecho, sacrificando con ello además otros derechos fundamentales de gran relevancia como el libre desarrollo de la personalidad y la voluntad libre y responsable de conformar familia. En ese orden de ideas, se comparte la apreciación efectuada en la sentencia C-309 de 1996 respecto del trato injustificado propinado por la ley a las viudas que causaron su derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 así:

“No se descubre ninguna razón válida para que se mantengan regímenes diferenciados respecto de personas colocadas en una misma situación. Los destinatarios de ambas leyes, tienen el mismo título para gozar de la pensión de sobrevivientes. A quienes se aplica la Ley 100 de 1993, así contraigan nuevas nupcias o hagan parte de nuevas relaciones maritales, siguen gozando de la pensión; lo que no ocurre con las personas cubiertas por el régimen legal anterior. Dado que tales vicisitudes personales no son ni material ni constitucionalmente relevantes para sustentar una diferencia de trato, viola la igualdad que, a partir de la vigencia de la citada ley, se mantenga la anotada distinción”.

48. Adicionalmente a que la norma acusada no superó el test integrado de igualdad, la misma también sería inconstitucional si se empleara la teoría de la inconstitucionalidad sobreviniente, la cual acorde con la jurisprudencia constitucional consiste en lo siguiente:

“La inconstitucionalidad de que adolece la norma bajo examen, es de aquellas que la doctrina y la jurisprudencia califican de *inexequibilidad sobreviniente*, que se presenta cuando estando una norma vigente, aparece una nueva disposición de rango constitucional contraria a lo reglado en la primera. La Corte

encuentra que la norma acusada devino en inconstitucional con la expedición de la nueva Carta Política. Este dato impone a esta Corporación la determinación de varios puntos: en primer lugar, si el pronunciamiento de la Corte se hace necesario, o si como lo afirma uno de los intervinientes la norma debe considerarse derogada, por lo cual, por sustracción de materia, no tiene sentido el fallo sobre su inexecutable. Y eventualmente, sería necesario considerar los posibles efectos jurídicos que con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución pueda haber producido o estar produciendo la norma acusada⁴⁴ (subraya fuera de texto).

49. Del mismo modo, y en tanto que el juicio de igualdad no es único medio para analizar la vulneración del derecho al trato igual entre iguales, otra vía de análisis constitucional sería y con suficiencia argumentativa, la aplicación del sólido y reiterado precedente desarrollado específicamente en tres providencias sobre pensiones de viudez condicionadas a la no celebración de nuevas nupcias, establecido en (i) la sentencia C-309 de 1996 sobre las pensiones causadas en vigencia de la Ley 33 de 1973, Ley 12 de 1975 y Ley 126 de 1985; (ii) la sentencia C-653 de 1997 referente al régimen prestacional de las fuerzas militares previsto en el Decreto Ley 1305 de 1975, y, (iii) la sentencia C-1050 de 2000 por medio de la cual se declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 49 (parcial) del Decreto 2701 de 1988 *“por el cual se reforma el Régimen Prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional”* por medio de las cuales la Corte Constitucional reiteradamente ha constatado que la imposición de una obligación de abstención de celebrar un segundo vínculo matrimonial para mantener el pago de la pensión de sobrevivientes vulnera el derecho a la igualdad (CP.13) y el derecho a la seguridad social en pensiones (CP.48).

50. Asimismo, en cuatro sentencias C-507 de 2004, C-101 de 2005, C-513 de 2013 y C-552 de 2014 este Tribunal ha concluido que las limitaciones a la libre determinación del estado civil y las barreras legales para conformar familia son abiertamente inconstitucionales, tal y como se señaló en los numerales 33 a 36. Por lo que, al evidenciar que también en este caso el vínculo matrimonial es empleado para limitar derechos fundamentales so pretexto de extender un beneficio económico, se concluye que la norma acusada parcialmente es contraria a los derechos de libre desarrollo de la personalidad (CP.16) y libertad de conformar familia responsablemente bajo una de sus modalidades -vínculo jurídico- amparada por la Constitución.

51. Por todo lo expuesto, la disposición acusada de manera parcial será declarada inexecutable, con la indicación de que si bien en su momento la condición resolutoria de contraer un nuevo vínculo matrimonial se inspiraba en razones abiertamente discriminatorias aceptadas en ése contexto histórico y social en que la viuda debía guardar luto al esposo en razón del sustento que el

⁴⁴ Sentencia C-155 de 1999 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

nuevo consorte debía proveerle -*Supra* numeral 21-, dicha motivación hoy en día no supera el juicio integrado de igualdad, siendo una medida que no cumple con la finalidad de protección económica prevista para la viuda. En ese sentido, al ser una norma abiertamente discriminatoria es deber de todas las ramas del poder público y sus autoridades eliminar todo trato denigrante en contra de la mujer -*Supra* numeral 26-. Por otro lado es pertinente resaltar que la pensión de viudez como prestación social comporta la garantía de que una vez causada con justo título es un derecho del individuo independientemente de los vínculos afectivos que en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad desee conformar, y que toda connotación de mendicidad legislativa hacia la mujer es abiertamente inconstitucional.

Efectos de la declaratoria de inexequidad

52. Acorde con lo manifestado por algunos intervinientes y en el problema jurídico, resulta necesario dilucidar la situación de aquellas viudas y viudos que en vigencia del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 adquirieron una pensión de sobrevivientes que posteriormente fue suspendida en razón de adquirir un nuevo vínculo matrimonial y por ende les fuera entregada una sustitución económica equivalente a tres anualidades de la pensión reconocida.

53. La sentencia C-309 de 1996 si bien declaró inexequibles las expresiones “*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital*” del artículo 2 de la Ley 33 de 1973; “*o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital*” del artículo 2 de la Ley 12 de 1975; y “*por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital*” del artículo 2 de la Ley 126 de 1985, lo hizo con los siguientes efectos:

“SEGUNDO.- Las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes, podrán, como consecuencia de este fallo y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia”.

Adicionalmente se fundamentó la anterior decisión a futuro al expresar que:

“A juicio de la Corte Constitucional, con el objeto de restablecer los derechos conculcados, se impone reconocer a la viudas, que a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política hubieren perdido el derecho a la pensión - actualmente denominada de sobrevivientes - por haber contraído nuevas nupcias o hecho vida marital, su derecho a recuperar la mesadas dejadas de pagar que se hubieren causado luego de notificada la presente sentencia.

En relación con las normas legales que no se mencionan en la parte resolutive y que consagren una condición análoga a la que contienen aquéllas, no se aplicarán los efectos de este fallo y, en consecuencia,

deberán ser objeto de demandas independientes y sobre su constitucionalidad la Corte se pronunciará en cada caso”.

54. Del caso anterior se puede extraer que (i) la declaratoria de inexecutableidad restableció los derechos de las pensiones suspendidas por los matrimonios celebrados en vigencia de la Constitución de 1991; (ii) solo podrán ser reclamadas las mesadas que se causen a partir de la notificación de la sentencia; y (iii) expresamente limitó sus efectos para las normas descritas en la parte resolutoria, excluyendo de sus consideraciones a otras normas que reproduzcan ese mismo silogismo jurídico.

55. En ese sentido, la fórmula del restablecimiento de los derechos a partir de la notificación de la sentencia para las viudas o viudos que se vieron afectados por ese tipo de normas, fue reiterada en dos oportunidades, la primera como se mencionó en el numeral 31 en la sentencia C-653 de 1997 en cuya oportunidad se resolvió:

“SEGUNDO. Las viudas y viudos que con posterioridad al siete de julio de 1991 hubieren contraído nuevas nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, hayan perdido el derecho a la pensión de que tratan las normas mencionadas, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, reclamar de las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia”.

56. En ese mismo sentido la sentencia C-1050 de 2000 -*Supra* numeral 33- declaró a futuro el reconocimiento de las mesadas suspendidas a partir de la notificación de dicha providencia, metodología que será empleada en el presente caso.

57. Empero lo anterior, subsiste un vacío respecto de aquellas personas que adquirieron un segundo vínculo matrimonial antes del 7 de julio de 1991, a las cuales actualmente se les continuaría vulnerando sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social en pensiones y a la voluntad libre y responsable de conformar una familia mediante el lazo jurídico.

58. Por lo que tal y como ocurrió en el caso del reconocimiento del derecho a la indexación de la primera mesada pensional para las situaciones jurídicas preconstitucionales o consolidadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 (SU-1073 de 2012), en razón de que los efectos de una norma inconstitucional siguen proyectándose para este grupo de personas, la inexecutableidad cobijará a aquellos viudos o viudas que hayan celebrado un segundo matrimonio con posterioridad del siete (7) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), cuyas mesadas podrán ser reclamadas ante la respectiva entidad a partir de la notificación de esta sentencia. Asimismo, frente a la sustitución de la pensión, el hecho de haber sido entregada en razón de la vigencia de una norma declarada inconstitucional, no comporta la obligación para el beneficiario de compensación o devolución.

SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

59. La demanda plantea que la causal de pérdida o suspensión de la pensión de viudez, consistente en la celebración de un nuevo vínculo matrimonial por parte de la viuda beneficiaria de la pensión de viudedad, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP. 16), desconoce el mandato de trato igual (CP. 13), el derecho a la seguridad social en pensiones y (CP. 48) y constriñe el derecho de conformar una familia por la voluntad libre y responsable (CP.42), puesto que la mujer que tenga a su favor una mesada pensional, deberá someterse a las reglas de la unión marital de hecho o permanecer en estado de viudez, en tanto que no puede hacer un uso legítimo del contrato de matrimonio so pena de perder el beneficio económico.

60. Previo al análisis de fondo en el numerales 6 y 7, se constató que la norma puede estar produciendo efectos tal y como lo reconoce Colpensiones en calidad de entidad encargada de administrar dichas pensiones y se evidencia en algunos casos resueltos ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

61. El problema jurídico a resolver se centró en si la condición de permanecer en estado de viudez para mantener el pago de la mesada pensional impuesta a las mujeres beneficiarias de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 62 de Ley 90 de 1946 vulnera los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la seguridad social en pensiones y el derecho de conformar una familia por la voluntad libre y responsable de las cónyuges supervivientes que desean celebrar un nuevo contrato matrimonial. En caso de encontrar que la norma es inconstitucional, se planteó una segunda cuestión relacionada con la situación de las viudas y viudos a los que les fue suspendido el pago de la mesada de la pensión de sobrevivientes por el hecho de haber contraído nuevas nupcias antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 -7 de julio de 1991- y en consecuencia recibieron una sustitución equivalente a 3 anualidades de la pensión reconocida.

62. Tras analizar el contexto histórico en el que fueron expedidas dichas disposiciones y el desarrollo jurisprudencial en materia de condiciones resolutorias o beneficios económicos que afecten la libre autodeterminación del estado civil de las mujeres u hombres y los reiterados precedentes en materia de pensión de viudedad, la expresión acusada en este caso también será declarada inconstitucional por la vulneración del derecho a la igualdad de trato legal (CP. 13) y a la seguridad social en pensiones (CP.48), tal y como ocurrió en casos similares resueltos en las sentencias C-309 de 1996, C-653 de 1997 y C-1050 de 2000 al constatarse que la abstención de contraer un segundo matrimonio constituye un estímulo económico para mantener el pago de la mesada personal, lo que comporta una intromisión desproporcionada al libre desarrollo de la personalidad (CP.16) y la libertad de conformar una familia responsable mediante la modalidad del vínculo jurídico (CP.42).

63. En desarrollo del juicio integrado de igualdad se constató que la diferencia de trato se dirigía a grupos en igualdad de condiciones -Ley 90 de 1946 *Versus* Ley 33 de 1973- pues en ambos casos las normas hacen referencia a las mujeres como beneficiarias de la pensión de viudez; dicha prestación económica está a cargo del sistema general de pensiones; y los dos sujetos se enfrentan a la pérdida de su consorte, con la diferencia de que el segundo conjunto de viudas, a raíz de la inexecutable de la condición resolutoria declarada en la sentencia C-309 de 1996, pueden celebrar un segundo vínculo matrimonial sin que ello conduzca a la pérdida de la pensión. Adicionalmente se evidenció que el establecimiento de una pensión de viudez condicionada, como medida para alcanzar la finalidad de la protección de los miembros más cercanos del pensionado afectados moral y económicamente con su muerte, no es ni siquiera efectivamente conducente.

64. Por las razones expuestas, la Corte, reiterará su jurisprudencia y declarará inexecutable las expresiones “*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias*” y “*Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida*” contenidas en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, al comprobar la vulneración de los derechos a la igualdad (CP.13), a la seguridad social en pensiones (CP.48), al libre desarrollo de la personalidad (CP.16) y la voluntad responsable de conformar familia mediante el vínculo matrimonial (CP. 42).

65. En tanto que la norma demandada impidió el disfrute del derecho a la pensión de sobrevivientes de las viudas o viudos que causaron su derecho con posterioridad al 7 de julio de 1991, las personas que perdieron el derecho pensional con fundamento en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 podrán reclamar la reanudación de la mesada a partir de la notificación de esta sentencia.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “*o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias*” y “*Pero la viuda que contraiga matrimonio recibirá, en sustitución de las pensiones eventuales, una suma global equivalente a tres (3) anualidades de la pensión reconocida*” contenidas en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”.

SEGUNDO. Las viudas y viudos que con posterioridad al siete (7) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991) hubieren contraído nuevas nupcias y por este motivo, perdieron el derecho a la pensión de que trata el artículo 62

de la Ley 90 de 1946, podrán, como consecuencia de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, reclamar a las autoridades competentes las mesadas que se causen a partir de la notificación de esta sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta
Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
-Ausente con permiso-

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General