El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, lunes 6 de mayo de 2019

Radicación No: 66001-31-05-001-2016-00302-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Luz Magnolia Cañaveral Marulanda

Demandado: Colpensiones

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PÉRDIDA DEL DERECHO POR NUEVAS NUPCIAS / ARTÍCULO 62 DE LA LEY 90 DE 1946 / LA INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DECLARADA EN LA SENTENCIA C-568 DE 2016 APLICA PARA MATRIMONIOS CELEBRADOS EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.**

… el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, norma que fue derogada tácitamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, establecía que el derecho a las pensiones de viudez y orfandad –hoy de sobrevivientes- cesaría con la muerte del beneficiario… o cuando la viuda contrajera nuevas nupcias, caso este último en el que la viuda recibiría en sustitución de las mesadas pensionales, la suma global equivalente a tres anualidades de la prestación.

… la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, por medio de la sentencia C 568 de 2016 declaró inexequibles las expresiones “o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias”…, al considerar que tal condición resolutoria para la mujer beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la celebración de un segundo matrimonio, es contraria a los mandatos, principios y valores de la Constitución de 1991…

… esa alta magistratura en ejercicio de sus atribuciones de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, fijó los efectos de la declaratoria de inexequibilidad a partir de la entrada en rigor de la Constitución Política vigente, estableciendo entonces que las viudas y viudos que con posterioridad al 7 de julio de 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 la declaratoria, 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 la mentada sentencia.

Como se ve, la sentencia no restableció los derechos de las pensiones suspendidas por los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1991, por tratarse de situaciones jurídicas preconstitucionales o consolidadas en vigencia de la norma constitucional anterior.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que ella pasó por alto que antes de la Constitución Política de 1991 estaba vigente la Ley 51 de 1981, que introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer - CEDAW, mediante la cual el estado colombiano se obligó a eliminar todas las formas de discriminación, derogando tácitamente, entre otros, el artículo 62 de la Ley 90 de 1946…

Se ha decantado suficientemente que la normatividad que rige una pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado, que en este caso se produjo el 27 de septiembre de 1983, por lo que la norma aplicable era el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, el cual a su vez remite a la reglamentación general para los riesgos de invalidez, vejez y muerte adoptada con la Ley 90 de 1946. No obstante, a mi juicio, la aplicación del artículo 62 de esta última disposición normativa viola el artículo 2º de la CEDAW, en virtud de la cual:

“Artículo 2: Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer...”. (…)

En consecuencia, a efectos de superar ese trato discriminatorio, se debió inaplicar para el caso de marras 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 violar los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981, o en su defecto, aplicar el principio de favorabilidad, toda vez que para la época de los hechos existían dos normas que regulaban la materia de manera distinta (artículo 62 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 2º de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-), de manera que en virtud de ese principio prevalece la Ley 51 de 1981, que fue la que introdujo en nuestro ordenamiento la Cedaw.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**  
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019), siendo las siete y cuarenta y cinco de la mañana (7:45 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso Ordinario Laboral que promueve **Luz Magnolia Cañaveral Marulanda** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***ANTECEDENTES***

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare que tiene derecho a la reactivación de la pensión de sobrevivientes que le había sido reconocida por el antiguo ISS, y en consecuencia, se condene a la entidad demandada a revocar la cesación del pago de las mesadas pensionales a partir de la fecha de suspensión y, a cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, más las costas del proceso a su favor.

Como sustento a esas pretensiones, expone que contrajo matrimonio con el señor Humberto Jaramillo Castrillón el día 21 de septiembre de 1974, en cuyo seno procrearon cuatro hijos en la actualidad mayores de edad; que aquel se encontraba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que falleció el 27 de septiembre de 1983, motivo por el cual dicha entidad de seguridad social le reconoció a ella, en calidad de cónyuge supérstite, y a sus cuatro hijos menores la pensión de sobrevivientes. Aduce que el 27 de diciembre de 1984 contrajo nuevas nupcias, y que por tal razón, el antiguo ISS a través de la Resolución 4026 del 9 de abril de 1985, fundado en el régimen de la Ley 90 de 1946, le suspendió a ella el pago de la referida prestación pensional, fijando el pago de las mesadas únicamente en favor de sus hijos; que el 2 de junio de 2016 solicitó ante la entidad la reactivación de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, le fue negada mediante la Resolución GNR 199507 de ese mismo año.

Admitida la demanda, Colpensiones a través de su portavoz judicial allegó contestación en la que aceptó la totalidad de los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Estricto cumplimiento a los mandatos legales preexistentes” y “Prescripción”, ver fls.50 a 57.

***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 27 de junio de 2018, en la que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la entidad demandada, en consecuencia, la absolvió de todas las pretensiones iniciadas en su contra y condenó en costas a la parte vencida en juicio.

En la motiva, estimó que pese a que la Ley 90 de 1946, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 568 de 2016, tales efectos solamente cobijan a aquellos viudos (as) que celebraron sus segundas nupcias con posterioridad a la promulgación de la Carta Política de 1991, esto es, del 7 de julio de ese año, sin que tal perspectiva y análisis pueda ser trasplantado a situaciones acaecidas en vigencia de la Constitución de 1986, como es el caso de la demandante, pues así lo razonó tanto el órgano de cierre constitucional como el de la especialidad laboral en sentencias cuyos apartes citó.

***RECURSO DE APELACIÓN***

Inconforme, la parte actora interpuso el recurso de apelación en orden a que se revoque la decisión y se acceda a las pretensiones. Para el efecto, replicó que la jueza no dio aplicación a la jurisprudencia en torno al tema, según la cual el derecho a la pensión de sobrevivientes no puede restringirse al beneficiario cuando este contrae nuevas nupcias, pues tal razonamiento es vulneratorio de los derechos fundamentales. Por tal motivo, solicita se tenga en cuenta la sentencia C 568 de 2016, de la cual trajo a colación algunos apartes.

***ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver el recurso, la Sala propone el siguiente problema jurídico:

¿Los efectos de la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional por medio de la sentencia C 568 de 2016, respecto del artículo 62 de la Ley 90 de 1946, son aplicables a situaciones consolidadas con posterioridad al 7 de julio de 1991?

En caso positivo,

¿Hay lugar a reanudar el pago de la pensión de sobrevivientes que le había sido reconocida a la señora Luz Magnolia Cañaveral Marulanda por parte del Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución No. 01367 de 1983 y que le fue suspendida por contraído nuevas nupcias?

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Son supuestos fácticos no controvertidos en la actuación: (i) que el Instituto de Seguros Sociales reconoció a la actora como beneficiaria del señor Humberto Jaramillo Castrillón, en calidad de cónyuge supérstite, por lo que mediante Resolución No. 01367 del 7 de noviembre de 1983, le reconoció la pensión de sobrevivientes a ella y a sus cuatro hijos menores, con fundamento en la Ley 90 de 1946 –ver fl.26-; y (ii) que a través de la Resolución No. 557 del 9 de abril de 1985, la entidad de seguridad social suspendió a la actora el pago de dicha prestación, dado que el 27 de diciembre de 1984 contrajo nuevas nupcias, razón por la que le otorgó un seguro global en cuantía de $151.200, ver fl.27 y 85.

Para resolver la instancia, sea lo primero señalar que el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, norma que fue derogada tácitamente por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, establecía que el derecho a las pensiones de viudez y orfandad –hoy de sobrevivientes- cesaría con la muerte del beneficiario, cuando el huérfano cumpliese 14 años de edad o superara la condición de invalidez, o cuando la viuda contrajera nuevas nupcias, caso este último en el que la viuda recibiría en sustitución de las mesadas pensionales, la suma global equivalente a tres anualidades de la prestación.

Dicho precepto, pese haber sido derogado, siguió regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en los casos en que el fallecimiento del causante acaeciera en vigencia de esa norma, motivo por el que la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad, por medio de la sentencia C 568 de 2016 declaró 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”,* al considerar que tal condición resolutoria para la mujer beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la celebración de un segundo matrimonio, es contraria a los mandatos, principios y valores de la Constitución de 1991, puesto que vulnera derechos fundamentales de gran relevancia como el derecho a la igualdad, a la seguridad social, al libre desarrollo de la personalidad y a la voluntad de formar una familia bajo una de sus modalidades –vinculo jurídico-, entre otros, contenidos en su orden, en los artículos 13, 48, 16 y 42 de la Carta Política.

En ese orden, reiteró el precedente establecido en las sentencias 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 las cuales la Corte Constitucional ha constatado que la imposición de una obligación de abstención de celebrar nuevas nupcias, para mantener el pago de la pensión de viudez, es abiertamente inconstitucional.

Por tal motivo, esa alta magistratura en ejercicio de sus atribuciones de salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, fijó los efectos de la declaratoria de inexequibilidad a partir de la entrada en rigor de la Constitución Política vigente, estableciendo entonces que las viudas y viudos que con posterioridad al 7 de julio de 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 la declaratoria, 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 la mentada sentencia.

Como se ve, la sentencia no restableció los derechos de las pensiones suspendidas por los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1991, por tratarse de situaciones jurídicas preconstitucionales o consolidadas en vigencia de la norma constitucional anterior.

Idéntica postura asumió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 21799 del 6 de diciembre de 2017, radicación 55412, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al indicar que comparte no sólo la decisión de inconstitucionalidad referida en relación con el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, por cuanto la extinción de la sustitución pensional por nuevas nupcias contraría los derechos fundamentales dictados en la Constitución de 1991, sino también el límite temporal de los efectos temporales fijados en dicha declaratoria, que cobija únicamente a las viudas que hubieren contraído vínculo matrimonial con posterioridad al 7 de julio de 1991.

Al respecto, precisó esa Corporación:

“*En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL3210-2016, adoctrinó que esa perspectiva de análisis, adelantada frente a unos contenidos materiales de una Carta Política forjada desde la filosofía política, social y económica imperante en 1991, no puede trasplantarse sin mayores reflexiones a situaciones acaecidas en vigencia de la Constitución de 1886, como es el caso de la accionante.*

*Así lo explicó, en aquella oportunidad:*

(…) en su momento, la restricción de las viudas de contraer nuevas nupcias so pena de perder la pensión de sobrevivientes de su ex cónyuge fallecido, se justificaba en virtud a la organización que regía la economía familiar, ya que, se presuponía que al contraer nuevas nupcias la mujer contaba con el aseguramiento económico de su nuevo esposo, de suerte que la protección brindada por la pensión perdía su razón de ser. Además, el ideal de comportamiento moral de la mujer durante y después del matrimonio de esa época, dista del de hoy, en el cual prevalece su condición paritaria y su libertad para autodeterminar los designios de su vida según sus propias convicciones.

Por ello, esa forma de ver las cosas, si bien desde una perspectiva jurídica, política e incluso moral, hoy es inconcebible, en su momento se encontraba justificada, por lo que no podría tildarse esa regulación como contraria al orden público otrora vigente ni mucho menos ilegítima para, a partir de allí, invocar su inaplicación. (…)

Por esta precisa razón, en rigor, los fundamentos de derecho de los actos administrativos, salvo el caso de las viudas que contrajeron matrimonio en vigencia de la Constitución Política de 1991, no desaparecen, pues, en efecto, son los que gobiernan las situaciones acaecidas durante su vigencia. (…)

Además de todo lo anterior, la decisión que hoy adopta la Sala y que en verdad viene a ser una ratificación de su postura en torno a la situación de las viudas que con anterioridad a la Carta Política de 1991 volvieron a contraer matrimonio y por esa razón perdieron su derecho a la sustitución pensional (CSJ SL369-2013; CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 44782), se fundamenta en otras razones institucionales poderosas. Específicamente, en el acatamiento estricto de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad y la prohibición general de irretroactividad; la igualdad en la aplicación de la ley ante supuestos de hecho y de derecho semejantes; la seguridad jurídica; y la sujeción de las autoridades administrativas y judiciales al orden jurídico imperante, como garantía y presupuesto indispensable de la separación de poderes, la estabilidad de los Estados contemporáneos, la convivencia pacífica y la salvaguarda misma de los derechos y libertades de todos”.

Acorde con lo anterior, la Sala concluye que siendo la norma que rige esta prestación (Ley 90 de 1946) anterior a la Constitución de 1991, no puede esta Corporación interpretar su contenido bajo la égida de una Carta Política que no estaba vigente al momento en que surgió y se extinguió el derecho que se reclama, porque ello sería darle efectos retroactivos a la norma constitucional actual, efecto en el tiempo que no tienen tal disposición. Cosa distinta sucede, cuando esa norma, a pesar de ser anterior a la actual Constitución, disciplina hechos ocurridos en vigencia de esta, caso en el cual, ciertamente debe interpretarse bajo los nuevos postulados constitucionales, como lo ha hecho innumerables veces la Corte Constitucional.

Así las cosas, en atención a la orientación jurisprudencial referida y los supuestos fácticos que no son objeto de discusión, se concluye tal como lo hizo la sentenciadora de primer grado, que como la actora contrajo nuevas nupcias el 27 de diciembre de 1984, no hace parte del contingente de personas que se beneficia con los efectos de la sentencia de inexequibilidad –C 568 de 2016. Por ende, habrá que confirmarse la sentencia objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. **Confirmar** la sentencia dictada el 27 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

**2**. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandada.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Salva voto

Providencia: Sentencia del 6 de mayo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-001-2016-00302-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Luz Magnolia Cañaveral Marulanda

Demandado: Colpensiones

Magistrado ponente: Dr. Francisco Javier Tamayo Tabares

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la decisión mayoritaria por cuanto considero que ella pasó por alto que antes de la Constitución Política de 1991 estaba vigente la Ley 51 de 1981, que introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la **Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer - CEDAW,** mediante la cual el estado colombiano se obligó a eliminar todas las formas de discriminación, derogando tácitamente, entre otros, el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, tal como se reseña a continuación:

1. **Norma aplicable a la pensión de sobrevivientes**

Se ha decantado suficientemente que la normatividad que rige una pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento del afiliado, que en este caso se produjo el 27 de septiembre de 1983, por lo que la norma aplicable era el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, el cual a su vez remite a la reglamentación general para los riesgos de invalidez, vejez y muerte adoptada con la Ley 90 de 1946. No obstante, a mi juicio, la aplicación del artículo 62 de esta última disposición normativa viola el artículo 2º de la **CEDAW**, en virtud de la cual:

***“Artículo 2:*** *Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:*

*a) (…)*

*c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y* ***garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes*** *y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; (…)”*

Pero además, viola los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal der los Derechos Humanos, en virtud de los cuales:

***“Artículo 1.-*** *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

***Artículo 2.-*** *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.(…)*

***Artículo 7.-****Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

***Artículo 8.-****Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.*

1. **Génesis y finalidad de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-**

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países.

La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. La labor de la Comisión ha coadyuvado a poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre. Estos esfuerzos en pro del adelanto de la mujer han desembocado en varias declaraciones y convenciones, de las cuales la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* es el documento fundamental y más amplio.

La Convención define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos.

En su preámbulo, la Convención reconoce explícitamente que *"las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones"* y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana. Según el artículo 1, por discriminación se entiende *"toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (... ) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*. La Convención afirma positivamente el principio de igualdad al pedir a los Estados Partes que tomen *"todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre"* (artículo 3).

Colombia ratificó esta convención a través de la Ley 51 de 1981, año a partir del cual el tratado hace parte de la legislación nacional y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento.

1. **La norma aplicable al caso contiene un trato discriminatorio que atenta contra la mujer viuda que contrae nuevas nupcias, así como el derecho a la igualdad proclamado en tratados internacionales**

Como se dijo anteriormente, la norma que regula el presente caso es el Acuerdo 224 de 1966, en razón a que la muerte del causante ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991; acuerdo que a su vez se remite a la reglamentación para el riesgos de muerte adoptada en el **texto original** artículo 62 de la Ley 90 de 1946, según el cual:

**ARTICULO 62.** A las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo [55](http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946_pr001.htm#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.** *(Negrillas para resaltar).*

Ahora, si bien la intelección de la Corte Suprema de Justicia citada en el fallo mayoritario se acompasa a los efectos de la Sentencia C-568 de 2016, en virtud de la cual la inexequibilidad de 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*, se aplica a partir del 7 de julio de 1991 (fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991), lo cierto es que desconoce que ese trato diferenciado violaba también normas internacionales que regían en Colombia antes de la actual Constitución.

En efecto, la expresión que la Corte Constitucional encontró violatoria del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Magna, trasgrede también el derecho a la igualdad protegido en los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1.969, de manera que la violación del derecho a la igualdad ya se presentaba desde 1969 por el carácter vinculante de ese instrumento internacional para nuestro país.

Pero además y como quiera que en el presente caso **la demandante es una MUJER**, esa disposición violaba la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW-**desde 1981 cuando fue ratificada por Colombia, toda vez que el artículo 62 contiene una discriminación contra la mujer que no tiene justificación alguna, como pasa a explicarse: En primer lugar, no puede perderse de vista que el tenor literal del artículo 62 se dirige exclusivamente a MUJERES, aplicando unos efectos nefastos injustificados en aquellos casos en los que contrajeron nupcias con posterioridad al deceso de su esposo o compañero permanente.

En la búsqueda de las causas que expliquen este trato discriminatorio, hay que concluir, con tristeza, que dicha norma no era más que el reflejo del momento histórico que se vivía en el país en el año 1946, cuando se expidió la ley 90 de ese año, pues recuérdese que a comienzos de los años treinta (1930) y la década de los 40 las mujeres colombianas no tenían derecho al voto, no eran ciudadanas, no eran sujetas de derecho, muy pocas tenían acceso a la educación formal, ninguna tenía acceso a la educación superior, no tenían voz ni representación legal, no tenían igualdad jurídica con los hombres y se encontraban bajo el yugo de la potestad marital. El 10 de diciembre de 1934 se presentó al Congreso un proyecto de ley para que las mujeres pudieran ingresar a la universidad en igualdad de condiciones que los hombres, pero ello suscitó una gran controversia como todo lo que tenía que ver con los derechos de las mujeres y muy pocas se atrevieron a ingresar a la universidad. El voto se ejerció por primera vez en el plebiscito de 1957 y sólo hasta 1974 la mujer casada dejó de estar bajo la potestad del marido al haberse estipulado la igualdad de derechos entre los esposos. El Código Civil Colombiano para esa época introdujo una serie de privilegios para los hombres y a la mujer la redujo a la ”capitis deminutio”, es decir, a una disminución de sus derechos, bajo el estereotipo, entre otros, de que el único proyecto de vida de la mujer era el matrimonio y su única labor la de ser exclusivamente ama de casa. El Estado confesional de nuestro país para esa época, exacerbó el sistema patriarcal imperante, disminuyendo enormemente a la mujer, de manera que la discriminación legislativa contra la mujer era sólo el reflejo del reproche social y moral que se ensañó especialmente contra las mujeres, a quienes se las castigaba cuando no se acomodaban al arquetipo religioso de ese momento.

En conclusión, todo el panorama familiar, social, económico, político, religioso, jurídico y cultural menospreciaba a las mujeres, poniéndolas en una evidente desventaja frente a los hombres en el disfrute de los más básicos derechos humanos. Eso explica, por ejemplo, que el legislador concibiera la pensión de sobrevivientes sólo para las mujeres y no para los hombres, pues para esa época en el caso de las parejas (casadas o en unión libre) el único que cumplía el rol productivo era el varón y no la mujer. Con el paso de los años, la mujer se fue abriendo espacio en el mercado laboral, y por eso la jurisprudencia se vio en la necesidad de extender la pensión de sobrevivientes a los varones, a pesar del tenor literal de la norma que regulaba esa prestación únicamente a favor de las mujeres.

Pero este trato diferenciado contra la mujer no fue exclusivo de Colombia, pues se vivía a lo largo y ancho del mundo, y por esa razón la Organización de las Naciones Unidas se vio en la necesidad de emitir la **Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-**a la cual tuvimos oportunidad de referirnos momentos atrás, pero posteriormente han nacido otra serie de instrumentos internacionales que tienen igual fin, como son la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en las mujeres Belem do Pará en 1993, el Estatuto de Roma 1998, la Cumbre del Milenio ONU 2000, las Conferencias Mundiales de México en 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, Viena 1983, Beijing 1995, entre otros instrumentos internacionales.

Sin embargo, para efectos del caso que nos convoca nos remitiremos sólo a la CEDAW, convención que estaba vigente para la fecha del deceso del causante, en cuyo artículo 2º establece una serie de obligaciones a las que se someten los Estados Partes en la búsqueda de una política que acabe con todas las formas de discriminación contra la mujer. Dice el artículo 2º:

**Artículo 2:** Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

1. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
2. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
3. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, **por conducto de los tribunales nacionales o competentes** y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
4. Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
5. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
6. Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
7. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

A pesar de la importancia de todo este artículo, a efectos del presente asunto conviene resaltar dos aspectos: *i)* se vinculó directamente al poder judicial a quien instó para que garantizara efectivamente los derechos de la mujer contra todo acto discriminatorio. *ii)* No se condicionó la aplicación de tales deberes a que previamente se plasmaran en una ley, pues cuando se refiere a las medidas legislativas, la Convención las toma como una simple alternativa, de donde se infiere que la Convención es vinculante y de aplicación directa para los Estados Partes.

En ese sentido, si la rama judicial por cuenta de ese instrumento internacional estaba obligada a garantizar efectivamente los derechos humanos de las mujeres, le correspondía, a través de sus jueces y juezas, adoptar medidas que superaran el trato diferencial que se encontrara implícito o explícito en la aplicación de una norma a un caso determinado, obligación que subsistía desde 1981, cuando entró a regir la CEDAW en Colombia y no solamente desde la Constitución de 1991 como se ha entendido. Mantener el trato diferenciado, so pretexto de que la Carta Magna actual entró a regir el 7 de julio de 1991 desconoce que el derecho a la igualdad que tutela esa norma superior, hacía parte desde 1969 de los tratados internacionales ratificados por Colombia y que lo único que hizo el Constituyente del 91 fue, en cumplimientos de esos compromisos internacionales, **consagrar** en la Constitución el principio de la igualdad del hombre y de la mujer, como en efecto se hizo. En otras palabras, no fue una dádiva de la Asamblea Constituyente del 91 consagrar el derecho a la igualdad para todos los colombianos y colombianas, sino el acatamiento de un deber internacional, amén de que constituía un presupuesto para el establecimiento de un Estado social de Derecho.

En ese hilo conductor, los razonamientos que la Corte Constitucional tuvo para declarar inexequible 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”* que contiene el artículo 62 de la ley 90 de 1946 tienen igual vigencia y contundencia para antes de la Constitución del 91, por cuenta de la consagración del derecho a la igualdad en los tratados internacionales ratificados por Colombia antes de la Constitución de 1991.

En consecuencia bajo el amparo de los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981, también resulta válido afirmar, como lo hizo en su oportunidad la Corte Constitucional que:

*“respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida... La exigencia de que ambos compañeros permanentes conserven el estado de soltería durante su unión para poder acceder a la sustitución pensional, constituye una vulneración del derecho de los compañeros permanentes a que la familia que ellos conforman reciba un trato igual a aquéllas que surgen del contrato matrimonial”.*

Al argumento anterior habrá que agregarse el hecho de que la norma consagraba una limitante al derecho de constituir una familia, de manera que el artículo 62 de la ley 90 de 1946 restringía enormemente el proyecto de vida de las mujeres que enviudaban y luego se volvían a casar.

En consecuencia, a efectos de superar ese trato discriminatorio, se debió inaplicar para el caso de marras 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 violar los artículos 1, 2, 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969 y el artículo 2° de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-, ratificado por Colombia en 1981, o en su defecto, aplicar el principio de favorabilidad, toda vez que para la época de los hechos existían dos normas que regulaban la materia de manera distinta (artículo 62 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 2º de la Convención sobre eliminación de todas las forma de discriminación en la mujer -CEDAW-), de manera que en virtud de ese principio prevalece la Ley 51 de 1981, que fue la que introdujo en nuestro ordenamiento la Cedaw.

1. **Solución al caso concreto**

Como quiera que la norma aplicable al caso es el artículo 62 de la Ley 90 de 1946 sin las expresiones declaradas igualmente inexequibles por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-588 de 2016,corresponde ahora establecer si la demandante cumple el resto de requisitos establecidos en la norma para hacerse acreedora a la pensión de sobrevivientes que dejó causada el Sr. Humberto Jaramillo, los cuales corresponden a los siguientes:

**4.1 Que hubieran hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del asegurado, a menos que hubieran procreado hijos comunes:**

En el proceso existe evidencia de la procreación de cuatro hijos, que nacieron entre momento en que la pareja contrajo matrimonio -el 21 de septiembre de 1974- y el momento del fallecimiento del causante –ocurrido el 27 de septiembre de 1983- Esta circunstancia eximía a la demandante de probar la convivencia durante los tres años anteriores al deceso del señor Humberto Jaramillo.

En consecuencia, podía concluirse válidamente que en el en caso bajo examen se cumplían los requisitos de los artículos 55 y 62 de la Ley 90 de 1946 para declarar que a la actora le asiste el derecho a que Colpensiones reanude retroactivamente la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Humberto Jaramillo.

En estos términos sustento mi salvamento de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada