

# VIOLACIONES AL DERECHO DE IGUALDAD EN LA LEY COLOMBIANA

## Análisis jurisprudencial

Javier Ramírez Gómez\*

### Resumen

*El derecho de igualdad comporta un principio fundamental: Las personas son iguales ante la ley y reciben un mismo trato y protección de la autoridades. El legislador en su papel de intérprete principal de la Constitución debe procurar por intermedio de las leyes que se establezcan las condiciones para alcanzar una igualdad real y efectiva entre todas las personas. Sin embargo, en algunos casos las leyes ocasionan una violación al derecho de igualdad por exceso o defecto o en otros casos, la igualdad resulta conculcada porque el legislador consagra en la ley privilegios injustificados en favor de sujetos determinados. Por último, la ley de forma explícita busca enmendar la situación de personas que históricamente han sido marginadas en este evento para alcanzar su equiparación con el resto de la sociedad, el contenido de la ley incluirá supuestos de discriminación positiva.*

**Palabras clave:** Derechos Humanos, igualdad, discriminación.

### Abstract

The right to equality bears a fundamental principle: people are equal before law and they receive the same treatment and protection from authorities. The legislator as the main interpreter of the Constitution should aim at establishing conditions to reach a real and effective equality for all people through law. Nevertheless, in some cases, law brings about a violation to the right of equality by excess or by lack, or in other cases equality results in violation because the legislator recognizes in the law unjustified privileges in favor of determined people. At last, law in an explicit way searches to correct the situation of people who have been historically on the fringe in this event. To put these people at the same level of the rest of society, the content of law will include assumptions of positive discrimination.

**Key words:** Human Rights, equality, discrimination.

Fecha de recepción: 17 de mayo de 2002

---

\* Abogado de la Universidad del Norte; Especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad Externado de Colombia. [jramirez@aaa.com.co](mailto:jramirez@aaa.com.co)

## 1. CONTENIDO DEL DERECHO DE IGUALDAD

Un gran número de artículos sobre el derecho de igualdad se ha ocupado de abordar la problemática de su alcance y contenido; no obstante que no es ésta nuestra intención, consideramos importante desde un punto de vista metodológico recordar que la Corte Constitucional ha establecido que su contenido se estructura a partir de la conjunción de seis elementos básicos:

1. El principio general que nos enseña que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades.
2. La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones, elemento que pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, o posición económica.
3. El deber del Estado de promover condiciones para lograr que la igualdad sea real y efectiva para todas las personas.
4. La posibilidad de conceder ventajas o prerrogativas en favor de grupos disminuidos o marginados.
5. Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y
6. La sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En definitiva, para la Corte Constitucional el derecho de igualdad implica:

*El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural,*

*etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho.* (Sentencia T-432 de junio 25 de 1992). (El subrayado es nuestro).

## 2. EL DERECHO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO DE LA LEY

La doctrina constitucional contemporánea nos enseña que en la mayor parte de las constituciones actuales el derecho de igualdad aparece consignado desde una triple óptica: En primer lugar es un valor, algo que se pretende alcanzar y que orienta toda la actividad tanto del Estado como de los particulares; en segundo lugar, la igualdad se concibe como un principio con carácter vinculante, y finalmente es también considerada como una regla, mandato concreto dentro del cual se subsume el caso concreto que se va a resolver.

No obstante, más que un derecho de igualdad, lo que realmente existe es un derecho a no ser discriminado, puesto que en la práctica nadie reclama que se le conceda un trato igual a otro que está siendo tratado en forma más desfavorable; es lo que la Corte Constitucional ha denominado «el perfil negativo del derecho de igualdad».

Sin embargo, como nos enseña la Dra. María de los Angeles Ahumada<sup>1</sup>, «*Esta exigencia no le impide al legislador determinar el ámbito de aplicación de la ley, o sea que no le impide elegir los destinatarios de la ley, lo que le impide es discriminar o utilizar criterios irrazonables o arbitrarios atendiendo el fin de la norma*».

Siguiendo con lo expuesto por la Dra. Ahumada, encontramos que el derecho de igualdad actúa con eficacia jurídica en tres niveles distintos: Primero, conlleva una exigencia de igualdad en la ley que torna a este derecho en un límite obligatorio para la actividad del legislador; segundo, su eficacia se manifiesta en la aplicación de la ley, en este plano actúa como condición exigible ante los órganos del Estado que aplican el derecho para que no haya discriminación. Por ejemplo, en los sistemas anglosajones de derecho común se encuentra en estrecha relación con la administración de justicia a través de la aplicación del precedente, es decir que los jueces juzguen igual los casos que son iguales; y por último expresa su eficacia en

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho Constitucional, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid. Comentario extraído de sus conferencias de clases dictadas en el curso de la Especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario en la Universidad Externado de Colombia.

las relaciones entre particulares, toda vez que hay situaciones en que los individuos sin ser órganos del poder público están en un status especial frente a los demás.

Resulta tan contraria a la Constitución una ley que trata de manera desigual a las personas que están en la misma situación como una ley que trata de manera igual a quienes están en diferente posición. Por ese motivo es habitual distinguir entre dos tipos de discriminación:

- *De facto*: Se produce cuando la disposición legal no tiene en cuenta las diferencias que de hecho existen en la realidad entre los sujetos que serán destinatarios de la ley.
- *De iure*: Tiene lugar cuando en la práctica las condiciones de los destinatarios de la ley son las mismas o muy similares y la ley introduce una desigualdad.

Así las cosas, una ley se torna discriminatoria cuando tanto su contenido normativo como su ámbito de aplicación no se ajustan a la Constitución, y esa discriminación surge como consecuencia de un exceso o un defecto en las previsiones que conforman la ley.

### 3. EL *OVERINCLUSIVE* Y EL *UNDERINCLUSIVE* DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Para abordar el examen de estos conceptos es necesario estar de acuerdo en algo: En nuestro país el Congreso es el más importante intérprete de la Constitución, habida cuenta que tiene a su cargo la tarea de desarrollar los distintos derechos fundamentales a través de la ley, a pesar de lo cual hay disposiciones legales elaboradas por el órgano legislativo que en tratándose del derecho de igualdad comportan su vulneración.

Para ilustrar de mejor manera la última parte de nuestra afirmación resulta obligatorio acudir a la jurisprudencia norteamericana, en la que se denomina a este fenómeno como casos de leyes *overinclusive* y *underinclusive*. El alcance y significación de estos conceptos alcanza una mejor explicación a partir de la paradigmática sentencia *Korematsu* proferida por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

El fallo *Korematsu* se origina por una ley expedida por el Congreso en los albores de la Segunda Guerra Mundial que discriminaba a los japoneses-americanos, quienes por esta sola circunstancia debían ser concentra-

dos en ciertas zonas del país donde pudieran ser fácilmente identificados y controladas, se limitaba su derecho a libre circulación y se les rotulaba como sospechosos de actos contrarios a la patria, por lo que debían ser especialmente vigilados, en definitiva, pesaba sobre ellos una presunción de que cometerían actos de sabotaje durante la guerra en contra del estado norteamericano.

Esta ley indudablemente incurría en un exceso que transgredía el derecho de igualdad, efecto *overinclusive*, porque tomando como base exclusiva el origen nacional establecía la regla arbitraria según la cual todos los americanos descendientes de japoneses incurrirían en actos de sabotaje militar y, al mismo tiempo, implicaba una violación al derecho de igualdad por defecto, *underinclusive*, al perseguir sólo a los japoneses dejando por fuera a otros virtuales enemigos de Estados Unidos como pudieran llegar a serlo los americanos de origen alemán; el punto es que sobre este subgrupo nacional también podía predicarse la misma lógica aplicada sobre los japoneses-americanos, a pesar de lo cual la ley sólo consideraba digna de sospecha y peligrosidad las actividades que desplegaran estos últimos, con lo que resulta evidente la arbitrariedad de la medida que atentaba por exceso y por defecto en contra el derecho de igualdad, lo que motivó a la Corte Suprema de Justicia a ordenar su inaplicación por ser contraria a la Constitución.

Sin embargo, como quedará demostrado en este artículo, no estamos frente a un fenómeno de ocurrencia exclusiva en el sistema de *comom law*. En las líneas siguientes presentaremos una serie de casos decididos por la Corte Constitucional en ejercicio de su función de control de constitucionalidad de las leyes que nos ofrecen la ventaja de poder afinar los conceptos antes expuestos a partir de su confrontación con la realidad.

#### 4. VIOLACIONES AL DERECHO DE IGUALDAD POR EXCESO EN LA LEY

El exceso de las disposiciones legales que atenta contra el derecho de igualdad tiene lugar cuando en el texto de la ley, tomando como base las denominadas categorías peligrosas, sexo, nacionalidad, raza, religión, etc., se establecen unas consecuencias o condiciones sobre determinados sujetos aplicables sólo a ellos, y que se encuentran exclusivamente basadas en dichas categorías, de tal forma que al hacerlo se vulnera el derecho de igualdad.

Para ilustrar mejor los supuestos de exceso en la ley que vulneran el derecho de igualdad, acudiremos a la sentencia C-267/95 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

Procedamos entonces al examen de la mencionada sentencia:

Mediante la sentencia C-267/95 se acomete la revisión de constitucionalidad del artículo 172 parcial de la ley 136 de 1994, cuyo tenor literal transcribimos a continuación:

LEY 136 DE 1994

(junio 2)

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

**Artículo 172. Falta absoluta del personero.** *En casos de falta absoluta, el Concejo procederá, en forma inmediata, a realizar una nueva elección para el período restante. En ningún caso habrá reelección de los personeros.*<sup>2</sup>

- **Argumentos del demandante**

La demanda tiene su origen porque el actor alega que la prohibición absoluta de reelección que pesa sobre los personeros desconoce el principio de igualdad ante la ley, porque se basa en la sola circunstancia de haber sido antes personero; aduce además que desconoce la doctrina del buen servicio, pues para la norma no importa si el ciudadano ejerció con decoro y rectitud el cargo, igual se convierte en objeto de discriminación y de condena por cuanto nunca más podrá desempeñarse como personero. Finalmente, el demandante estima que la norma sería ajustada a derecho si se limitara a prohibir la reelección para el período siguiente.

- **Intervenciones**

En desarrollo del trámite de la acción se produce la intervención obligatoria del Ministerio Público, quien a través del Viceprocurador conceptúa

---

<sup>2</sup> Aparte demandado.

que la prohibición absoluta contenida en la norma acusada no guarda concordancia con el tratamiento que la Constitución le confiere a la reelección de otros funcionarios del orden departamental y municipal, y esta disparidad se produce tanto en los ámbitos espacial como temporal.

Para el Viceprocurador, la norma discrimina a los personeros frente a los restantes servidores públicos y exige que la norma sea interpretada en el sentido de que la prohibición se limite, en el plano espacial, al ámbito de competencia de la entidad territorial y en el temporal, a la reelección para el período siguiente. Bajo estas condiciones solicita declarar la exequibilidad del precepto acusado.

Igualmente interviene el Ministerio de Gobierno, que considera que el carácter absoluto de la prohibición la convierte en una sanción en abstracto y permanente que no guarda relación alguna con la gestión desempeñada por estos funcionarios; sin embargo, solicita la exequibilidad condicionada en el sentido que la prohibición se extienda sólo hasta el período siguiente.

#### • **Consideraciones de la Corte Constitucional**

En primer lugar, la Corte entra a precisar que los casos de prohibición absoluta de los funcionarios públicos que contempla la Constitución son taxativos, están referidos al Presidente de la República, Vicepresidente que haya ejercido por más de tres meses la presidencia, magistrados de las altas cortes, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil y los magistrados del Consejo Nacional Electoral y obedecen a unas justificaciones muy concretas. Así las cosas, la prohibición de la reelección se presenta como una técnica excepcional del control de poder que se aplica sobre ciertos cargos ubicados en el vértice de algunos órganos de las ramas del poder público; se destaca su excepcionalidad porque la regla general en una democracia participativa es la de poder participar en la conformación del poder político, elegir y ser elegido.

La Corte intenta desentrañar las motivaciones de la prohibición consagrada en la norma acusada y llega a la conclusión de que no se basa en criterios de moralidad, tampoco de eficiencia, y afirma que si el candidato ha sido personero, esta sola circunstancia no puede repercutir en detrimento de sus aptitudes, y mucho menos puede llegar hasta anularlas, como ocurre con el artículo 172 de la ley 136 de 1994.

Observa la Corte que la prohibición halla su sustento en el temor de que el candidato utilice en su favor los instrumentos de poder que en razón de

sus funciones tenga a su disposición, pero no puede llegar a ser absoluta porque con ella se castiga a aquellas personas que habiendo ejercido el cargo en el pasado no tienen posibilidades reales de influir sobre las instancias de poder al momento de participar en nueva elección. En definitiva, se trata de permitir que todos los candidatos concurrieran en igualdad de condiciones, pero al excluir a aquellos que alguna vez ocuparon el cargo y no tienen posibilidad objetiva de influir sobre su propia designación se concede un trato que, por carecer de justificación razonable y suficiente, resulta discriminatorio y viola el artículo 13 de la Constitución Política.

Para la Corte no existen dudas en que el fin perseguido, igualdad de condiciones entre los candidatos que aspiran al cargo de personeros, podía alcanzarse sin necesidad de excluir a las personas que hubieren desempeñado dicho cargo en el pasado y que en la actualidad no tienen medios de influir en su elección. La norma, si bien alcanza el objetivo trazado, lo hace sobre la base de la violación de los artículos 13 y 40 de la Constitución.

En atención a todas estas consideraciones, la Corte resolvió declarar la inconstitucionalidad del aparte normativo demandado.

#### ■ BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL CASO ANALIZADO

Es más que evidente el exceso presente en el artículo 172 de la ley 136 de 1994, por cuanto en él sólo cobra importancia la circunstancia de haber sido en alguna época personero para automáticamente no poder aspirar nunca más a ejercer el cargo, desconociendo la experiencia, aptitud o eficiencia con la que el ciudadano se haya desempeñado en el pasado, aspectos que antes que convertirse en factores de exclusión deberían ser puntos positivos a favor del aspirante.

La norma se excede porque la finalidad que persigue la logra a costa de los derechos de los aspirantes a personero que ya han cumplido tal labor, se discrimina a estas personas en razón de su oficio anterior, lo cual implica una agresión directa al derecho de igualdad contemplado en nuestra Carta Política.

El exceso se percibe aún más directamente si auscultamos el tratamiento que la ley le otorga a otros funcionarios públicos del orden departamental y municipal, a quienes, a pesar de restringirles las posibilidades de elección con pautas claras, no se les impide poder llegar a ser elegidos, como injustamente se previó para el caso de los personeros, para quienes el haber

cumplido dicho encargo se convierte en un estigma que no les permite ejercer nuevamente la misma posición, situación a la que no se ven abocados, por ejemplo, los alcaldes, lo cual, como se dijo, refuerza la existencia de un exceso en la disposición.

Las disposiciones legales, al establecer límites a los derechos de los individuos, en este caso la posibilidad de ser elegido, derecho a la participación política, no pueden llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el derecho, es decir, de afectar su núcleo esencial, porque al hacerlo entran en franca contravía con la Constitución.

Finalmente cabría manifestar que la no reelección fue concebida por la Constitución de manera taxativa, por lo tanto, la ley puede imponer restricciones a la elegibilidad de los personeros, pero lo que no le es dado hacer es impedirla sobre la base de unos argumentos desproporcionados e injustificados.

#### 5. VIOLACIONES AL DERECHO DE IGUALDAD POR DEFECTO EN LA LEY

La transgresión al derecho de igualdad también puede tener lugar por defecto de las disposiciones legales, esto es, cuando el precepto general de la ley comprende a un número menor de individuos de los que debería y deja por fuera a determinados sujetos que merecían haber sido incluidos en ella. De esta manera se crean inequidades y tratamientos discriminatorios por omisión de las leyes que marginan a ciertos grupos o individuos, quienes recibirán un tratamiento diferente a los demás por la exclusión indebida que de ellos hace la ley.

La sentencia que se expone a continuación refleja las consecuencias que produce el defecto de las leyes en materia de igualdad, pero al mismo tiempo se hará referencia a ella en los acápite relativos al tema de los privilegios injustificados y de los remedios judiciales por cuanto contiene elementos de esos otros tópicos, que también serán tratados en este artículo.

Pasemos entonces al estudio de la sentencia C-289-00, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, que se origina por la acusación de inconstitucionalidad de las siguientes disposiciones legales:

a) Artículo 169 del Código Civil. Inventario solemne de bienes. Modificado por el decreto 2820 de 1974, artículo 5°, que textualmente dice:

*La persona que teniendo hijos de precedente matrimonio<sup>3\*</sup> bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiera volver a casarse<sup>4</sup>, deberá proceder al inventario solemne de bienes que esté administrando.*

b) Artículo 171 del Código Civil. Imposición de multas. Modificado por el decreto 2820 de 1974, artículo 7º, que en su tenor literal establece:

*El juez se abstendrá de autorizar el matrimonio hasta cuando la persona que pretenda contraer nuevas nupcias<sup>5</sup> le presente copia auténtica de la providencia por la cual se designó curador a sus hijos, del auto que le discernió el cargo y del inventario de los bienes de los menores. No se requerirá de lo anterior si se prueba sumariamente que dicha persona no tiene hijos de precedente matrimonio<sup>6</sup>, o que éstos son capaces.*

*La violación de lo dispuesto en este artículo ocasionará la pérdida del usufructo legal de los bienes de los hijos y multa de \$ 10.000,00 al funcionario.*

*Dicha multa se decretará a petición del cualquier persona, del Ministerio Público, del defensor de menores o de la familia, con destino al Instituto de Bienestar Familiar.*

- **Argumentos del demandante**

El ciudadano que pretende la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 169 y 171 del Código Civil considera que ambos resultan violatorios de los artículos 13 y 16 de la Constitución Política; concentraremos, sin embargo, nuestro esfuerzo sobre el artículo 13.

Básicamente, a juicio del demandante, los apartes normativos acusados violan el principio de igualdad porque crean un privilegio a favor de los hijos habidos dentro de precedente matrimonio y excluye, por consiguiente, a los hijos extramatrimoniales, reflejado en la circunstancia que sobre la persona que desee volver a casarse con hijos bajo su patria potestad, tutela o curatela provenientes de matrimonio anterior recae la obligación de realizar inventario solemne de bienes, obligación que no se impone cuando se tienen hijos habidos dentro de una relación extramatrimonial.

---

<sup>3</sup> Aparte demandado por inconstitucionalidad.

<sup>4</sup> Aparte demandado por inconstitucionalidad.

<sup>5</sup> Aparte demandado por inconstitucionalidad.

<sup>6</sup> Aparte demandado por inconstitucionalidad.

- **Intervenciones**

Por su parte, el Procurador General de la Nación considera que el artículo 42 de la Constitución Política consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad independientemente que ella se constituya por vínculos naturales o jurídicos. En consecuencia, para la vista fiscal merecen una misma protección los hijos habidos en matrimonio que aquellos que sean frutos de una relación natural o concebidos con ayuda científica o integren la familia por adopción; para el Procurador, las expresiones normativas acusadas establecen una discriminación por razón del origen familiar al excluir de la protección que constituye el inventario solemne de bienes a los hijos naturales, en directa contravía con el contenido del artículo 13 de la Constitución Política.

- **Consideraciones de la Corte Constitucional**

La Corte, en su labor de guardián de la Constitución, aprecia de forma nítida que el contenido de las referidas normas conlleva una desigualdad evidente, en la medida en que otorga una protección especial al patrimonio de los hijos habidos en una relación matrimonial; mas, por el contrario, nada dice con respecto al patrimonio de los hijos producto de una unión libre, permanente o no, a quienes no se les concede la misma protección a pesar de que a la luz de nuestra Constitución la decisión responsable y voluntaria de un hombre y una mujer de cohabitar sobre la base de vínculos de apoyo mutuo, solidaridad, respeto y amor también constituye una familia.

Adicionalmente que a la Corte no le asiste duda que ambos tipos de familia gozan de las misma protección y trato de la ley, encuentra que el inciso 6 del artículo 42 de la Carta Política, en lo que concierne a los hijos, consagra la igualdad de derechos entre ellos sin importar si fueron concebidos en matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica.

Entra entonces la Corte a dilucidar la finalidad de la norma, y encuentra que su propósito manifiesto consiste en proteger el patrimonio de los hijos; así las cosas, no existe una justificación constitucional para que en ella se consagre la protección sólo del patrimonio de los hijos fruto de una relación matrimonial y no de los originados en una unión libre o extramatrimonial.

En definitiva, la Corte declaró la inexecutable de las expresiones de «precedente matrimonio» y «volver a» del artículo 169 y de «precedente

matrimonio» del artículo 179 del Código Civil. Pero, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 42 de la Constitución, ordenó que el vocablo «casarse» y la expresión «contraer nuevas nupcias» fueran entendidos bajo el supuesto de que la misma obligación que se establece para la persona que habiendo estado ligada por matrimonio anterior quisiere volver a casarse, se predica también respecto de quien resuelve conformar una unión libre de manera estable con el propósito de formar una familia, a efectos de asegurar la protección del patrimonio de los hijos habidos en ella.

#### ■ BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL CASO ANALIZADO

Cuando una disposición legal debe cobijar en su contenido general y abstracto a determinados sujetos y no lo hace sin justificación constitucional alguna, aparece de forma evidente la vulneración al derecho de igualdad por defecto de la norma, es decir, la norma deviene en insuficiente, y esa falencia ocasiona que exista un trato discriminatorio en contra de aquellos que fueron indebidamente excluidos de la disposición legal.

En el caso objeto de nuestro interés, los hijos extramatrimoniales reciben un trato diferente sin que haya razones de carácter constitucional para que así sea, la omisión de la ley genera una transgresión del derecho de igualdad cuyo remedio demanda una actuación de la Corte más allá de la simple declaratoria de inconstitucionalidad, por cuanto, para que las condiciones de igualdad sean reales y efectivas, es necesario dar a la norma un alcance distinto al que ella en principio tiene, y de esta forma incluir bajo su protección a los sujetos injustamente marginados.

#### 6. PRIVILEGIOS INJUSTIFICADOS CONCEDIDOS POR LA LEY

Los privilegios injustificados tienen lugar cuando las disposiciones legales, usualmente contrariando la características de generalidad y abstracción, consagran beneficios o un trato preferente por determinados individuos o grupos sociales, claro está, sin que para ello exista una justificación razonable o una finalidad de equiparación de desigualdades materiales reales.

Se trata, en definitiva, de una transgresión abrupta del principio de igualdad formal ante la ley, según el cual todas las personas son iguales ante la ley y reciben el mismo trato de las autoridades.

Un claro ejemplo de lo que intentamos explicar lo encontramos en la sentencia C-410-96 (magistrado ponente Hernando Herrera Vergara), en la

que un grupo de mujeres, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 241, numeral 1 de nuestra Carta Política, demandó la inconstitucionalidad de la siguiente disposición legal:

DECRETO NÚMERO 1214 DE 1990

(junio 8)

*Por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.*

*El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989,*

DECRETA:

[...]

## TÍTULO VI

### SEGURIDAD Y BIENESTAR SOCIAL

#### CAPÍTULO I

##### *Prestaciones en actividad*

#### SECCIÓN PRIMERA

##### *Prestaciones Médico-asistenciales*

**Artículo 81. Servicios médicos y asistenciales.** *Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a que por la respectiva entidad donde trabajen se les preste asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos para ellos, su cónyuge e hijos menores de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando se demuestre que dependen económicamente del empleado.*

**Parágrafo 1º.** *Se exceptúan de los servicios médicos y asistenciales aquellas lesiones o afecciones anteriores al ingreso que figuren en la ficha médica y al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional,<sup>7</sup> salvo los casos de incapacidad absoluta, gran invalidez o edad superior*

<sup>7</sup> Aparte demandado por inconstitucional.

*a los sesenta y cinco (65) años.*

[...]

- **Argumentos de las demandantes**

Las actoras manifiestan que la expresión acusada consagra una discriminación por razón del sexo en la medida en que el artículo 81 del decreto 1214 de 1990 le brinda la posibilidad de asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos para el cónyuge de los empleados del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se la niega al mismo cónyuge pero de las empleadas de las citadas entidades.

Igualmente, alegan que además de la violación al artículo 13 de la Constitución Política conlleva una abierta contradicción a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 42 y 43 de la Carta Política, que establecen una igualdad de derechos y deberes entre los hombres y las mujeres.

- **Intervenciones**

El Defensor del Pueblo considera que la norma demandada, existente desde antes de entrada en vigor de la Constitución de 1991, debe desaparecer del ordenamiento jurídico por el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, habida cuenta que la norma consagra una discriminación por razones de sexo que viola el artículo 13 de la Constitución, y también porque desconoce los postulados básicos de conformación familiar contenidos en los artículos 42 y 43 de la Carta Política, que establecen una igualdad de oportunidades y derechos entre el hombre y la mujer miembros de una familia.

En términos generales, el Procurador recoge lo ya antes dicho por las demandantes y el Defensor del Pueblo; el Jefe del Ministerio Público también solicita la declaratoria de inexecutable de la norma por inconstitucionalidad sobreviniente ante el evidente choque con las nuevas preceptivas superiores. Para su concepto, la norma es un reflejo de la estructura patriarcal de la familia vigente al momento de expedición de decreto 1214 de 1990; sin embargo, en la actualidad los roles de la mujer han cambiado y participa de forma más activa en la manutención del hogar y en la vida laboral, tal y como lo reconoce la Constitución de 1991.

- **Consideraciones de la Corte Constitucional**

En primer lugar, la Corte Constitucional deja sentado que de acuerdo con la jurisprudencia anterior emanada de esa misma corporación, la norma superior de 1991 es aplicable para los efectos del examen de constitucionalidad de preceptos legales anteriores a ésta, que son contrarios a la Carta Fundamental vigente, con lo que se configuraría el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente.

En segundo lugar, encuentra la Corte que el párrafo acusado exceptúa de los servicios médicos y asistenciales al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, salvo en los casos de incapacidad absoluta, gran invalidez o edad superior a los 65 años, lo cual quebranta el mandato del artículo 13 constitucional, pues conlleva un trato diferencial respecto de los demás empleados de esas entidades.

Para la Corte no existe justificación para tamaña diferenciación; por cuanto es claro para la corporación que el párrafo del artículo 81 del decreto 1214 de 1990 transgrede el mandato contenido en el artículo 13 de la Carta Política, en virtud del cual «*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán el mismo trato de las autoridades, y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación*», e igualmente viola la prohibición, consagrada en esa misma norma, de establecer excepciones o privilegios arbitrarios a través de los cuales se pretenda excluir a determinados sujetos de beneficios concedidos sólo a otros que comparten una idéntica situación con los que resultan marginados.

En definitiva, dentro del contexto antes expuesto, no es posible para el Máximo Tribunal de lo Constitucional justificar válidamente el tratamiento eminentemente discriminatorio que envuelve el párrafo acusado, en el que se excluye de un beneficio médico asistencial a un grupo de personas frente a otras en igualdad de condiciones por la simple naturaleza femenina de las primeras. De este modo se crea un privilegio arbitrario a favor de los empleados masculinos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, quienes sí disfrutaban de todos los servicios médicos y asistenciales de que trata la norma.

Tomando como base las consideraciones aquí mencionadas, así como la posición fijada por la misma Corte en jurisprudencias anteriores, resolvió declarar la inexecutable de la expresión acusada.

## ■ BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL CASO ANALIZADO

De este caso merece la pena destacar que la Corte Constitucional, en su papel de guardián supremo de la Constitución, está facultada para excluir del ordenamiento jurídico incluso aquellas normas que dictadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 resultaban ajustadas a la Carta Política anterior pero que al confrontarlas con el régimen constitucional actual se observa que vulneran sus principales mandatos, en este caso los relativos al derecho de igualdad.

Por otra parte, es evidente que el decreto 1214 de 1990 favorecía de forma arbitraria a los trabajadores masculinos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional al excluir de los beneficios médicos y asistenciales a los cónyuges de las empleadas de esas mismas instituciones, al tiempo que se discriminaba a éstas por razones de sexo, se consagraba un privilegio carente de una justificación razonable a favor de los primeros, lo cual, como muy bien lo expuso la Corte, ocasiona una violación al artículo 13 constitucional.

Debemos finalizar el análisis destacando otra situación manifiesta en este caso: La violación también al derecho de igualdad por defecto de la norma. En efecto, un examen acucioso del artículo transcrito, y no sólo del aparte demandado, nos permite percatarnos de que la norma se refiere sólo al cónyuge del empleado pero nada dice sobre la compañera o compañero permanente del empleado(a), a quienes sin duda también se deben extender los beneficios de que trata la norma porque nuestra Constitución ampara la familia independientemente del vínculo a través del cual se forme.

Este último aspecto evidencia un claro ejemplo de defecto en el contenido de la norma que no pasó por alto la Corte Constitucional, que al respecto dispuso:

*En el caso sub-examine, el artículo 81 del Decreto Ley 1214 de 1990 además de lo expresado con respecto a la violación del artículo 13 de la Carta por la discriminación sexual que se establece en el parágrafo primero para el cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, consagra adicionalmente un trato diferenciado y excluyente en cuanto a que según se desprende de su texto, los servicios de asistencia médica, quirúrgica, etc., se radican exclusivamente en cabeza de los empleados públicos de esas instituciones, de su cónyuge e hijos menores de 21 años, desconociendo el derecho que de conformidad con el artículo 42 de la Constitución, le asiste*

*al compañero o compañera permanente del afiliado (en este caso del empleado público de las entidades mencionadas. (El subrayado es nuestro).*

Así las cosas, la norma desconoce una realidad social en Colombia, como es la existencia de un sinnúmero de familias que se encuentran conformadas por personas que de manera libre y responsable han decidido compartir su vidas; la norma margina a este segmento de la población porque al no incluirlos en su previsión les niega la posibilidad de acceder a unos servicios primordiales de salud, contrariando además del artículo 13 de la carta el 42.

No quiero finalizar la presentación de los privilegios injustificados sin antes invitar al lector para que acudamos nuevamente a la sentencia C-289-00, que ya revisamos a fondo para ilustrar la violación al derecho de igualdad por defecto de la ley, en la medida en que de la misma se puede extraer también un evento de configuración de un privilegio injustificado.

En efecto, recordemos que en la sentencia se examina la constitucionalidad de dos artículos del Código Civil que imponen la obligación de realizar inventario solemne de bienes al padre que desee casarse nuevamente y que tenga hijos bajo su patria potestad, tutela o curatela de precedente matrimonio.

Acogiendo los argumentos de la Corte Constitucional, el propósito de los artículos 169 y 171 del Código Civil consiste en proteger el patrimonio de los hijos, luego al consagrarse tal protección solamente en relación con los hijos fruto de una relación matrimonial en detrimento de los hijos extramatrimoniales productos de una unión libre o de un concubinato, se está creando un privilegio injustificado a favor de los primeros, por cuanto, como ya tuvimos oportunidad de explicar, la Constitución Política protege la familia independientemente del vínculo jurídico a partir del cual se forma.

Obviamente, en esos artículos se está discriminando a los hijos no concebidos dentro de una unión matrimonial, pero aquí debemos ser claros en afirmar que la protección contemplada en favor de los hijos matrimoniales degenera en privilegio injustificado no porque ellos no merezcan que sus bienes sean protegidos, sino porque se fija esa protección de forma exclusiva para ellos omitiendo que hay otra clase de hijos que también hacen parte de una familia que merecen igual consideración.

Es de resaltar, entonces, que el privilegio a favor de los hijos matrimoniales que resulta no conforme a la Constitución se produce por defecto de los artículos que limitan su alcance a sólo una clase de hijos en perjuicio de los demás o concretamente de los extramatrimoniales, y de esta forma se convierte una disposición de finalidad loable y en principio ajustada a derecho en un precepto legal violatorio del derecho de igualdad y sobre el cual el operador jurídico, en este caso la Corte Constitucional, debe intervenir para preservar su finalidad ajustando su contenido a la Carta Política, como pasaremos a explicar en el título de los remedios judiciales.

## 7. LA POSIBILIDAD DE *DISCRIMINACIÓN POSITIVA* EN LA LEY

Otra de las facetas en torno al derecho de igualdad objeto de nuestro estudio es la de la discriminación positiva, que consiste en el tratamiento diferenciado que se les otorga a determinados grupos de individuos en atención a su condición sexual, física o por motivos de raza o cualquier otra de las denominadas categorías peligrosas de que trata el artículo 13 de nuestra Constitución Política.

Es importante aclarar, acogiendo los argumentos de la Corte Constitucional expuestos en la sentencia que pasaremos a examinar, que si bien en principio al interior de una comunidad democrática edificada sobre los principios de libre determinación y autonomía del individuo no resulta conducente imponer limitaciones al mismo, sea por paternalismo del Estado o por simple arbitrariedad de éste, *«hay ocasiones en las que la presencia real de factores de desigualdad exigen la concreción de mecanismos que reduzcan la disparidad y hagan posible el ejercicio cabal de las prerrogativas concedidas por la Constitución a todos los ciudadanos»*. (Corte Constitucional, sentencia C-952-00. M.P. Carlos Gaviria).

Para entender mejor los supuestos de discriminación positiva resulta conveniente entrar a abordar el contenido de la sentencia de constitucionalidad C-410-94 (magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz), que consideramos especialmente ilustrativa por su marcada connotación histórico-social, toda vez que en la sentencia se aborda con notable suficiencia y profundidad el desarrollo del derecho de igualdad y las implicaciones de su aplicación frente a los hombres y mujeres en consideración exclusiva a su sexo. La sentencia tiene lugar por supuesta inconstitucionalidad de la siguiente disposición legal:

LEY 100 DE 1993

(diciembre 23)

*Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.*

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

[...]

**Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez.** *Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. *Haber cumplido cincuenta y cinco años (55) de edad si es mujer, o sesenta años (60) años de edad si es hombre.*
2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.*

**Parágrafo 1.** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:*

- a) *El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) *El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;*
- c) *El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley;*
- d) *El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión;*
- e) *Derógase el parágrafo del artículo séptimo (7°) de la Ley 71 de 1988.*

*En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.*

**Parágrafo 2.** *Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente Ley, se entiende por semana cotizada el período de (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.*

**Parágrafo 3.** *No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.*

**Parágrafo 4.** *A partir del primero (1°) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre.*

**Parágrafo 5.** *En el año 2013 la Asociación Nacional de Actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva Ley sobre la materia.*

[...]

**Artículo 36. Régimen de transición.** *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta*

para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

**Parágrafo.** Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

[...]

**Artículo 61. Personas Excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.** Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

- a) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público;
- b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más

de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

[...]

**Artículo 64. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez.** Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

**Artículo 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez.** Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

**Parágrafo.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.

[...]

**Artículo 117. Valor de los Bonos Pensionales.** Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar

la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de quince salarios mínimos legales mensuales.

Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

En todo caso, el valor nominal del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El Gobierno Nacional establecerá la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales.

**Parágrafo 1.** El porcentaje del 90% a que se refiere el inciso quinto, será del 75% en el caso de las empresas que hayan asumido el reconocimiento de pensiones a favor de sus trabajadores.

**Parágrafo 2.** Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

**Parágrafo 3.** *Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado.*

[...]

**Artículo 133. Pensión-Sanción.** El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.*

**Parágrafo 1.** *Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.*

**Parágrafo 2.** *Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.*

**Parágrafo 3.** *A partir del 10 de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.*<sup>8</sup>

- **Argumentos del demandante**

El actor presentó demanda de inconstitucionalidad parcial en contra de los artículos transcritos de la ley 100 de 1993 básicamente por considerar que en ellos se establece una diferenciación entre hombres y mujeres que riñe con el artículo 13 de la Constitución Política, porque, afirma el actor, todas las personas son iguales ante la ley y no pueden existir discriminaciones por razones de sexo.

- **Intervenciones**

Intervienen solicitando la exequibilidad de los artículos demandados un ciudadano a título personal, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la Consejera Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia. Al ser coincidentes procuraremos sintetizar en uno solo sus argumentos. Los sujetos intervinientes consideran que antes que discriminar, la norma procura un reconocimiento merecido a la mujer, históricamente marginada, destacan su rol de madre, esposa y trabajadora que le impone un desgaste biológico mayor que a los hombres porque deben sumar a sus funciones como empleadas las labores inherentes al trabajo doméstico y a la crianza de los hijos. Además critican que el demandante concibe la igualdad como «igualitarismo matemático» sin tener en cuenta que este derecho consagrado en nuestra Constitución permite el trato igual a los iguales y el trato desigual a los desiguales.

---

<sup>8</sup> Sobre los apartes subrayados en los artículos de la ley 100/93 recae la demanda de inconstitucionalidad.

Del mismo modo, el concepto obligatorio del Procurador resulta coincidente con el de los sujetos intervinientes en la medida en que solicita la exequibilidad de las normas acusadas sobre la base que las mismas carecen de todo propósito discriminatorio y se limitan a reconocer *«que el rol reproductivo de la mujer y la tendencia hacia la mayor responsabilidad de las mujeres en el trabajo doméstico, exigen una compensación por parte del Estado»*. Concluye que en el ámbito laboral son indispensables medidas para que la igualdad sea real y efectiva y las normas acusadas están dirigidas a alcanzar esta finalidad.

- **Consideraciones de la Corte Constitucional**

En este caso, la Corte para emitir su decisión de fondo apela al acervo probatorio que le brindan algunos expertos consultados por ella; también es notorio el minucioso análisis histórico que la Corte realiza en punto a dilucidar si hombres y mujeres parten de una posición igualitaria que pudiera estar siendo afectada con las distinciones que establecen los artículos demandados de la ley 100 de 1993, a partir del cual la Corte comprueba que históricamente la mujer ha sido marginada, excluida, menospreciada en todos los ámbitos y que esta situación ha desencadenado una tendencia mundial de equiparación entre los dos sexos que ha tenido una clara evolución a nivel mundial con algunos matices propios en nuestro país.

Bajo este contexto, estima la Corte que *«las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscan paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, en principio, contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias»*.

Encuentra la Corte que la realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas, el monopolio del trabajo doméstico, la escasa valoración al trabajo de ama de casa, la prácticamente inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada de actividades diarias más larga que la del hombre, son una demostración que hombres y mujeres conforman unos grupos cuya condición es distinta, máxime en una sociedad como la nuestra que se encarga de deslindar con claridad los papeles que deben asumir unos y otros.

Rechaza la Corte Constitucional la posición asumida por el demandante que parte de un supuesto, a su juicio, enteramente falso, según pudo

comprobar esa corporación con los estudios aportados como pruebas, de que el hombre y la mujer se encuentran situados en una posición idéntica en el mundo laboral. Muy por el contrario, nuestra realidad nos demuestra que son necesarias medidas que logren equiparar la posición de uno y otro, por tal motivo la previsión de edades diferentes para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros aspectos pensionales, *«es una medida que toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada»*.

En virtud a lo anteriormente expuesto, la Corte Constitucional resuelve declarar la exequibilidad de todos los apartes demandados.

#### ■ BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL CASO ANALIZADO

Se destaca la metodología seguida por la Corte, que como primera medida acude a la opinión de expertos sociólogos, universidades y entidades especializadas en la mujer para inicialmente precisar si el supuesto del que parte el actor tiene un asidero real, esto es, la absoluta igualdad entre hombres y mujeres en el campo laboral; sin embargo, los conceptos y estudios de los expertos y un breve repaso por la evolución histórica del mundo occidental son suficientes para confirmar que esa premisa es protuberantemente errada.

Al comprobar lo anterior, es mucho más sencillo justificar el tratamiento diferenciado que consagran los artículos demandados, porque es evidente que se trata de un supuesto de discriminación positiva mediante el cual se propende porque un grupo ancestralmente discriminado alcance las condiciones de una igualdad sustancial, esto es, que disponga de medios reales para equipararse con los demás sujetos frente a los cuales está o ha venido siendo marginado.

También debemos resaltar el carácter relacional del derecho de igualdad, según el cual para definir los supuestos de una presunta violación al mismo se debe siempre precisar la diferente o igual posición de los sujetos frente a los cuales se aplica el derecho, como ocurre en este caso. Lo primero que debe observarse es el desigual tratamiento ante la ley que han recibido hombres y mujeres, así como los distintos roles sociales que cumplen unos y otros, que sin duda hacen meritorios supuestos de discriminación positiva en aspectos tales como el desempeño laboral y el acceso a las prestaciones derivadas de la ejecución de un empleo.