



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

E. S. D.

REF: Expediente **D-11306**. Demanda de inconstitucionalidad contra artículo 62 (parcial) de la Ley 90 de 1946.l.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; y **DIANA JIMENEZ AGUIRRE**, actuando como ciudadana y **docente del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal conforme al auto del 22 de abril de 2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. ANTECEDENTES Y NORMA DEMANDADA

El ciudadano **CARLOS ALBERTO CHAMAT DUQUE**, presentó demanda con radicado No. D-11306 mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 62 de la ley 90 de 1946.l que establece:

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

La Corte Constitucional admitió la demanda y dispuso su fijación en Lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos y presentamos la siguiente intervención.

II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad lo resume el demandante en lo siguiente:

Establece una violación a los derechos constitucionales en los artículos 13, 16 y 48 de la Constitución Política.

Para establecer dicha violación el demandante aduce que la norma demandada establece una causal de pérdida o suspensión de la pensión de viudez, cuando la viuda contrae nuevas nupcias, lo cual acorde con la teoría de la inconstitucionalidad sobreviniente vulnera el derecho al desarrollo de la libre personalidad, a la igualdad y el derecho a la seguridad social.

Considera el actor que las mujeres viudas y pensionadas en aplicación del artículo 62 de la Ley 90 de 1946 están en desventaja y reciben un trato diferente frente a las pensionadas supérstites del artículo 2 de la Ley 33 de 1973 pues están por virtud de la inexequibilidad declarada en la sentencia C-309 de 1996, pueden contraer nuevas nupcias sin temor a perder la pensión de sobreviviente

Manifiesta así mismo que esta limitación constriñe el derecho de conformar una nueva familia ya que la mujer por miedo a perder dicha prestación, se ve sometida a no ejercer su libre desarrollo a la personalidad.

III. INTERVENCIÓN CIUDADANA

La pensión de sobreviviente antes de la Constitución de 1991.

El derecho a la sustitución pensional es una garantía que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. La figura de la sustitución pensional tiene por objeto evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Esta protección familiar responde claramente a la observancia de los principios de justicia retributiva y de equidad que justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.

En desarrollo de la anterior finalidad, el Instituto de Seguro Social consagró, conforme al artículo 55, por remisión directa del precepto contenido en el artículo 62 de la Ley 90 de 1946, el reconocimiento de pensiones de viudedad y orfandad cuando estipuló “la posibilidad para que los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tuvieran los mismos derechos, siempre que por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, pero le exige que no contraiga nuevas nupcias.

Posteriormente, la Ley 12 de 1975 creó una pensión especial para sobrevivientes, que consistía en reconocer a la cónyuge o a la compañera permanente la pensión del trabajador

que teniendo derecho a ésta muriera antes de cumplir la edad establecida en la ley. Este derecho que era exclusivo de la cónyuge sobreviviente se amplió a la compañera permanente, aunque aparentemente las colocaba a las dos en un mismo plano de igualdad frente a la pensión de jubilación, esta extensión del derecho se limitó a un orden de precedencia excluyente, de tal suerte que sólo a la falta de la cónyuge, la compañera permanente pasaría a ocupar el lugar de la primera para efectos de la sustitución pensional (Ley 33 de 1973). Finalmente, el derecho a la sustitución pensional por muerte del trabajador pensionado o con derecho a jubilarse fue extendido por la Ley 113 de 1985 a los (as) compañeros (as) permanentes, poniéndolos (as) desde entonces en un mismo plano de igualdad frente a los cónyuges respecto de este derecho. Como ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, “de esta forma se puso fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que conviven en unión de hecho y sobre esta realidad erigen una familia”

La Ley 12 de 1975 y la Ley 33 de 1973, también establecían en su normatividad la prohibición a la mujer de contraer matrimonio, dicha prohibición fue declarada inexecutable por la Corte constitucional mediante sentencia C-309 de 1996, por los mismos cargos que se planean en la presente demanda uno de los argumentos planteados de la Corte para ese momento fue:

“No duda la Corte que al entrar en vigencia la nueva Constitución, la disposición legal acusada que hacía perder a la viuda el derecho a la pensión sustituta por el hecho de contraer nuevas nupcias o conformar una nueva familia, se tornó abiertamente incompatible con sus dictados y, desde entonces, bien había podido ejercitarse la excepción de inconstitucionalidad..., por lo menos a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, pugnaba con sus normas y principios. Ya se ha señalado cómo el nuevo régimen legal, en virtud de esta omisión, permite identificar nítidamente dos grupos de personas que, pese a encontrarse dentro de un mismo predicado material, son objeto un trato distinto carente de justificación objetiva y razonable.

La causa de que al momento de promulgarse la Constitución Política, pueda afirmarse la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, más adelante, al expedirse la ley 100 de 1993, se hubiere configurado un claro quebrantamiento del derecho a la igualdad de trato, no puede dejar de asociarse a la norma demandada que, por lo tanto, deberá declararse inexecutable.”

La pensión de sobreviviente en la Constitución de 1991.

En los términos contenidos en la Carta Política de 1991, se ampara a la familia como la institución básica de la sociedad (artículo 5º), lo que como ha dicho la Corte Constitucional, conduce a procurar un modelo de sociedad colombiana basado en los principios de la unidad familiar, construido desde la responsabilidad entre sus miembros, el cumplimiento de los deberes de cada uno y la satisfacción de las necesidades de todos sus integrantes.

Lo anterior ha implicado necesariamente, el reconocimiento de la realidad sociológica colombiana de las relaciones familiares, que comprende entre otras, las relaciones maritales de hecho, las que como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no sólo cumplen una función de carácter espiritual, sino de carácter material con relación a los miembros que la integran (sentencia C-190 de 1994).

Por otro lado el artículo 42 superior en desarrollo de este principio, reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y establece que ella se constituye bien sea a partir de vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre o de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Colocándose de esta manera y con fundamento constitucional, en un mismo plano de igualdad tanto a la familia constituida por vínculos naturales como jurídicos (sentencia T-042 de 1994).

Derecho a Constituir una nueva familia y la pensión de sobreviviente

La Corte ha dejado claro que no puede existir discriminación entre las formas legalmente reconocidas como medio de establecer una familia, al respecto la Corte Constitucional establece en sentencia C-1033 de 2002 que: "...el derecho a la igualdad, que a la vez constituye un principio fundamental, se traduce en la garantía 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".

De otro lado cabe señalar que la Corte alude al principio de la no discriminación, por lo que no se deben brindar tratos diferenciados en razón de la raza, sexo, familia, etc., que de manera directa o indirecta impidan, limiten o exceptúen el goce de los derechos y libertades de las personas, les niegue el acceso de un beneficio o en el peor de los casos brinde un privilegio solo a un grupo determinado de personas sin que medie una causa que justifique a la luz de la razón y la objetividad, dicha circunstancia diferenciadora.

Principios Constitucionales aplicables a la Pensión de Sobrevivientes

La Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios respecto de la pensión de sobrevivientes como forma de prestación asistencial que materializa el contenido constitucional de esta, dichos principios son:

- Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante

Busca mantener el mismo nivel de vida o al menos uno parecido para los beneficiarios del fallecido y garantizar que la persona no tenga que sufrir con el hecho de no tener un mínimo vital para solventarse a sí mismo o a la prole, si el caso; sobre este aspecto puntualiza la Corte señalando que: "Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido; que al desconocerse puede significar, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria. Por ello la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas, que dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades"¹.

- Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados.

Este principio busca una protección general a todas aquellas personas que la legislación ha reconocido como beneficiarios del causante a fin de ampararlos ante las contingencias que

¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D.C.: Sentencia C-1035 del 22 de octubre del año 2008. Expediente: D-7238. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. p.20

se puedan presentar a causa del fallecimiento de aquella persona que se encontraba devengando algún tipo de pensión que servía para el sostenimiento de su familia, en este sentido la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes.

- **Principio material para la definición del beneficiario.**

Desde la legislación y la jurisprudencia Constitucional se acoge un criterio material y se ha establecido que elemento para determinar quién es el beneficiario de la pensión estará circunscrito a quien demuestre la convivencia efectiva al momento de la muerte

En conclusión, consideramos que efectivamente existe una clara violación de la norma demandada a los principios constitucionales actuales por lo que es necesarios que la norma en cuestión sea declarada inexecutable.

SOLICITUD

El observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional que declare la INCONSTITUCIONALIDAD de aparte de la norma demandada.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

DIANA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 66716375 de Tuluá Valle

Profesora Área de Derecho Laboral

Facultad de Derecho Universidad Libre Bogotá.