
La acción afirmativa constitucional y la propuesta encaminada a igualar edades pensionales entre hombres y mujeres en Colombia*

The constitutional affirmative action and the proposal to match the pensionable age for men and women in Colombia

Germán Rodrigo Lizarazo Arias**

Universidad La Gran Colombia
rodrigolizarazo@yahoo.com

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito reflexionar sobre la recomendación hecha por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico “OCDE” a Colombia, encaminada a igualar la edad pensional de mujeres y hombres, y la viabilidad que esta iniciativa puede llegar a tener a la luz de la acción afirmativa constitucional. Para poder cumplir con los objetivos de este trabajo, se utilizó un método cualitativo a través del cual se llegó a formular un análisis crítico del objeto de estudio.

Dentro del análisis se pudo establecer que la OCDE pretende eliminar la acción afirmativa, establecida por la Ley 100 de 1993, que define una edad más temprana de pensión en el régimen de prima media con prestación definida para las mujeres.

De aprobarse una ley igualando las edades pensionales se desafiaría la acción afirmativa y haría que la recomendación sea inconveniente y potencialmente inviable, teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Palabras clave: edad pensional, OCDE, acción afirmativa, edad de jubilación de hombres y mujeres.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the recommendation made to Colombia by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), aimed to match the pensionable age for women and men, and the feasibility this initiative can have in the light of the constitutional affirmative

Fecha de recepción: 20 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 29 de abril de 2016

* Como citar este artículo: Lizarazo Arias, G. (enero-junio, 2016). La acción afirmativa constitucional y la propuesta encaminada a igualar edades pensionales entre hombres y mujeres en Colombia. *Revista Diálogos de Saberes*, (44). Universidad Libre (Bogotá).

Este artículo científico es un resultado y parte del proyecto de investigación realizado por la línea de Seguridad Social del Grupo Reforma Laboral y Mundo del Trabajo de la Universidad La Gran Colombia, reconocido por Colciencias como Grupo Colombiano de Investigación Científica y clasificado en la Categoría C.

** Abogado de la Universidad del Rosario. LLM International Legal Studies, American University, Washington D.C. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá D.C. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Universidad del Rosario. Profesor Investigador Universidad La Gran Colombia, Facultad de Derecho.

action. To meet the objectives of this work, a qualitative method was used through which a critical analysis of the matter was made.

It was established in the analysis that the OECD aims to eliminate the affirmative action, established by Law 100 of 1993, that defines an earlier retirement age in the average premium plan with defined benefit for women.

To approve a law matching the pensionable age would challenge the affirmative action and the recommendation would be inconvenient and potentially unfeasible, taking into account what was established by the jurisprudence of the Constitutional Court.

Key words: pensionable age, OECD, affirmative action, retirement age of men and women.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis reflexivo sobre la recomendación hecha por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante “OCDE”) en su estudio sobre Colombia de enero de 2015, en donde se recomienda equiparar la edad de jubilación entre hombres y mujeres (OCDE, 2015) con el fin de analizar, de forma general, si dicha medida es conveniente o inconveniente desde el punto de vista de la acción afirmativa constitucional.

La OCDE, dentro del proceso de admisión de Colombia como miembro de dicha organización, ha formulado una serie de recomendaciones en relación con diversos aspectos económicos y de políticas laborales. En el caso de este artículo, se analizará en forma específica la recomendación del capítulo de análisis del sistema pensional, en donde se propone equiparar la edad de pensión de hombres y mujeres con el fin de equipararlas, esto a la luz de la teoría de la acción afirmativa, utilizada para mitigar desigualdades, teoría que ha sido acogida por la Corte Constitucional de Colombia.

El estudio de esta recomendación en materia pensional es completamente relevante para el futuro de la regulación de la seguridad social en Colombia ya que estos estudios de organismos internacionales son tenidos en cuenta por los países, en este caso el de Colombia, para configurar las reformas a los sistemas institucionales. En este caso Colombia tiene un especial interés en realizar este tipo de reformas con el fin de ser admitida en la OCDE.

Si bien el tema de equiparar las edades pensionales no se ha tratado de forma directa por parte del legis-

lativo en Colombia, es un tema que probablemente será objeto de debate en el futuro. Dado el interés de Colombia en pertenecer a la OCDE y debido al impacto que las recomendaciones formales de los organismos multilaterales internacionales, este intento de igualar edades pensionales posiblemente será propuesto en una futura reforma al sistema de pensiones de Colombia.

Por otra parte, el tema que se analizará aquí es relevante y pertinente debido a que una reforma en las edades de pensión, equiparando la edad de pensión para mujeres y hombres, impactará directamente en la población femenina y tendrá repercusiones directas para las mujeres colombianas.

El análisis de esta temática se realizará utilizando un método cualitativo, el fundamento teórico de este artículo gira en torno a cinco temas:

1. Se estudiará el propósito de la OCDE y la recomendación hecha a Colombia en materia pensional.
2. Se analizará de forma general la condición de la mujer frente al hombre en Colombia.
3. Se hará un análisis sobre las acciones afirmativas de la Corte Constitucional de Colombia a favor de la mujer.
4. Se mencionará la normatividad colombiana que establece la diferencia de edad para acceder a la pensión dentro del sistema de prima media con prestación definida entre hombres y mujeres.
5. Se reflexionará sobre la recomendación de la OCDE en materia de igualación de edades entre mujeres y hombres con base en la acción afirmativa constitucional, para luego formular las conclusiones finales del análisis.

1. MARCO TEÓRICO

1.1 OCDE- Recomendaciones

La OCDE, según su propia definición, tiene como misión la de promover políticas que mejorarán el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Colombia ha iniciado un procedimiento para poder pertenecer a dicha organización, procedimiento dentro del cual el país tendrá que someterse a un proceso de evaluación. En el transcurso de este proceso se generan documentos con recomendaciones acerca de la configuración económica del país candidato (OCDE, 2015).

Dentro de las recomendaciones emitidas en el proceso de admisión de Colombia, debe destacarse el estudio de enero de 2015 sobre Colombia en donde se recomienda que el país debe igualar la edad de jubilación puesto que: “(...) la equiparación de la edad de jubilación entre hombres y mujeres –actualmente fijada en 62 y 57 años respectivamente– aumentaría la cobertura de las pensiones para las mujeres al establecer unos mayores periodos de contribución y ofrecer mayores oportunidades para cumplir los requisitos necesarios” (OCDE, 2015, p. 41).

Este documento formaliza una recomendación de cambio de política pública pensional en cuanto a equiparar edades de mujeres y hombres para poder acceder a las pensiones del régimen de prima media, basándose en la premisa que se beneficiaría al género femenino aumentando su cobertura al establecer unos mayores periodos de contribución y mayores oportunidades para cumplir con los requisitos de pensión.

Sin embargo, la recomendación no analiza los antecedentes que se tuvieron para no tener una edad idéntica pensional para hombres y mujeres en Colombia, tampoco analiza si dichas condiciones especiales se siguen cumpliendo en Colombia, omitiéndose también el análisis sobre si es viable o no la adopción de un sistema de equiparación de edades pensionales dadas las condiciones sociales y jurídicas de Colombia.

Por otra parte, el documento indica que la recomendación ofrecería una mayor oportunidad para

las mujeres con el propósito de lograr los requisitos de pensión (OCDE, 2015, p. 41). No obstante, es de anotar que en ninguno de los acápite del estudio se demuestran los beneficios que la recomendación dice tener para que las mujeres puedan tener mayores oportunidades para poder cumplir los requisitos, los cuales hoy en día son tener 57 años de edad y tener acumuladas 1300 semanas de cotización, es decir aproximadamente 25 años continuos de cotización. Esto implicaría que una mujer de 18 años que ingresara al mercado laboral tendría que trabajar aproximadamente hasta los 43 años para poder obtener el requisito de semanas cotizadas, es decir, que cumpliría con el requisito de semanas cotizadas para poderse pensionar 15 años antes de tener la edad mínima pensional.

El anterior análisis demuestra que el argumento utilizado por la OCDE en su recomendación de igualación de edades pensionales entre mujeres y hombres no toma en cuenta el hecho de que la mujer tenga, con esta medida, una mayor oportunidad para lograr el cumplimiento de sus requisitos, todo lo contrario, aumenta la edad de acceso a la pensión aumentando el riesgo de no poder acceder a dicha pensión y disminuyendo los años de disfrute de la pensión a partir del cumplimiento del requisito de edad igualada.

En consecuencia, la falta de análisis y de datos claros sobre este punto generan dudas sobre si lo que pretende la OECD es favorecer a las mujeres o si simplemente se quiere equiparar las edades pensionales para solucionar un problema de cálculo actuarial y de viabilidad del sistema, sin tener en consideración las condiciones especiales de la mujer en Colombia y su protección afirmativa constitucional, enunciando un beneficio que no es demostrado en el estudio y presenta dificultades de argumentación, el cual es utilizado como justificante para equipar las edades pensionales.

1.2 Consideraciones generales sobre la situación de la mujer en Colombia

La situación de la mujer en Colombia en tema de trabajo, uso del tiempo y pobreza es precaria, comparada con la situación de los hombres. Los

estudios muestran la posición de desventaja en la que se encuentran las mujeres frente a los hombres, hecho que las hace más vulnerables que los hombres en cuanto a cambios legislativos. Esta vulnerabilidad se debe a diversos factores, entre ellos el cultural y el de asignación de roles en la sociedad

(...) En el caso de las mujeres la vulnerabilidad se ve incrementada porque la estructura es regida por parámetros arcaicos de distribución de actividades entre los géneros, disposición que impone profundas restricciones a las posibilidades de inserción en la actividad económica. La asimetría y la segregación que las mujeres viven en el campo laboral se transcribe en la organización familiar y en el trabajo doméstico (Fernández, 2007, p. 140).

Son estos elementos los que generan diferencias entre las condiciones laborales, de consecución de trabajo y de pobreza entre mujeres y hombres que serán exploradas a continuación y que evidencian una disparidad de condiciones que merecen una protección especial.

1.2.1 Carga laboral y uso del tiempo

En primer lugar, los estudios demuestran que la mujer tiene una mayor carga laboral durante su vida. Uno de los factores que determinan la mayor carga laboral es que, aparte de atender sus funciones laborales se debe ocupar en mayor medida del cuidado del hogar. Esto se corrobora de acuerdo con la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo 2012-2013, ya que:

9 de cada 10 mujeres realizan actividades de trabajo no comprendido en el Sistema de Cuentas Nacionales (SCN) y dedican 7 horas y 23 minutos diarios de promedio a ello. Estas mismas actividades son realizadas por 6 de cada 10 hombres dedicando 3 horas y 10 minutos. Del total del número de horas de trabajo doméstico y de cuidados no remunerado (TDCNR), dedicados en Colombia, el 79,38% es realizado por mujeres y el 20,61 por hombres. En el mismo sentido mientras que el 18,7% de los hombres desarrolla actividades culturales, deportivas o de aficiones en un día promedio,

estas mismas actividades son realizadas por un 9,2% de las mujeres (DAFP, 2014, pp. 12-13).

Lo anterior evidencia una mayor carga para la mujer frente al hombre que, aunque no se ve reflejada en las encuestas laborales generales, si se ve evidenciada en los estudios que evidencian a profundidad no solo las cargas laborales formales remuneradas, sino también las cargas que por su condición de género la mujer debe soportar. De esto se evidencia que es la mujer quien lleva en su mayor parte la carga del hogar, convirtiéndose el rol de la mujer en fundamental dentro de la creación y mantenimiento de los hogares de Colombia.

Por otra parte, los estudios evidencian también una inequidad en la jornada laboral de las mujeres en comparación con la de los hombres. Demuestran los informes que:

La jornada laboral de las mujeres sobrepasa a la de los hombres en 10 horas semanales. Esta división del trabajo caracterizada por una adjudicación de las labores domésticas y de cuidado del hogar en las mujeres ha creado una barrera de entrada de la población femenina al mercado de trabajo, limitando su capacidad de competir en condiciones igualitarias a las de los hombres, además de un bajo reconocimiento social a ese trabajo altamente invisibilizado (DAFP, 2014, pp. 12-13).

Se muestra entonces una desigualdad que se origina en inequidades reiteradas entre mujeres y hombres en el ámbito laboral que limitan a la mujer y crean inequidades en su contra.

Es de resaltar que, según estudios recientes, “En los últimos años las mujeres no solo son proveedoras de trabajo no remunerado sino también como proveedoras de ingresos a través de su trabajo remunerado. Sin embargo, es importante mencionar que también existen brechas importantes entre mujeres y hombres en cuanto a las actividades de cuidado y oficios domésticos sin remunerar dentro del hogar” (DNP, 2015, p. 10).

Por otra parte, en la sociedad “Las mujeres, han sido y continúan siendo las responsables del trabajo

no mercantil y aunque trabajan más horas que los hombres, aún hoy, la mayor parte de su trabajo es trabajo no remunerado (por lo menos no de manera directa), que se desarrolla en el ámbito familiar” (Echebarria & Larrañaga, 2004, p. 15). Estos aspectos aumentan las responsabilidades de la mujer en la edad productiva y el desgaste que una carga mayor conlleva, ya que las mujeres resultan atendiendo las labores del hogar y las que demanda su trabajo, sin una mayor remuneración y en una mayor proporción frente a lo sucedido en el caso de los hombres.

Se puede concluir entonces que las mujeres tienen una mayor carga laboral, remunerada y no remunerada, que los hombres. Esta situación las coloca en una desventaja de género que amerita una protección especial.

Adicionalmente, no puede considerarse ningún tipo de reforma legislativa en temas de condiciones que afecten a la mujer en su condición laboral y de seguridad social, sin tener en consideración los factores de desigualdad que se han considerado en este acápite. Puesto que la sociedad ha colocado a la mujer, en razón a su género, en condiciones de inferioridad frente al hombre, la mujer merece una protección y consideración especial, dado su rol en la sociedad, el cual es desempeñado en condiciones de desigualdad frente al hombre.

1.3 Trabajo y rotación en puestos de empleo

Una problemática que afecta a las mujeres es la tasa de rotación en el empleo, la posibilidad de perderlo y las menores de posibilidades de emplearse en relación con la población masculina.

Dentro del grupo de población con menores niveles de educación, las mujeres tienen un mayor riesgo de perder su empleo frente a los hombres:

(...) Las cónyuges con menor escolaridad exhiben las mayores probabilidades de perder sus trabajos asalariados y de convertirse en desocupadas; presentan las menores chances de conseguir, desde el desempleo y la inactividad, puestos asalariados, y ,cuando tienen

niños, tienen las mayores probabilidades de acceder, desde el desempleo, a trabajos no asalariados pobremente remunerados. Paralelamente, presentan la menor tasa de participación de todos los grupos sociales y las mayores chances de seguir siendo inactivas. (BID, 2015, p. 3).

Ahora bien, una vez desempleadas, es más difícil para la población femenina volverse a emplear.

Las probabilidades anuales de conseguir, a partir del desempleo o la inactividad, un trabajo asalariado (paneles B y C) son mucho más bajas en el caso de las mujeres, en especial en el de las cónyuges. Además, tanto en el caso de estas últimas como en el de las jefas de hogar, la presencia de hijos menores disminuye radicalmente las chances de conseguir un trabajo asalariado desde el desempleo, y en el caso de las cónyuges también disminuye las chances de conseguirlo desde la inactividad. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, p. 29).

Adicionalmente, el acceso a puestos de trabajo afecta a las mujeres, en especial a las de menor nivel educativo, haciéndolas más propensas a tener un nivel menor de cotizaciones al sistema de seguridad social, con la consecuente dificultad de acceso al sistema pensional.

(...) la población con menor nivel educativo, en particular las mujeres, tienen más dificultades para acceder a los trabajos asalariados y presentan mayores niveles de informalidad. Asimismo, las mujeres participan mucho menos del mercado laboral, cotizan escasamente al sistema previsional y difícilmente podrán pensionarse. Para mejorar sus condiciones laborales hay que diseñar políticas laborales y sociales adecuadas que, además, no generen incentivos para que se mantengan en la informalidad (...). (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, p. 4).

De igual forma, el desempleo e inactividad laboral afecta de una forma más grave a la población femenina, generando barreras de acceso al sistema contributivo pensional y haciendo más difícil el acceso a una pensión. Lo anterior se ilustra de esta forma:

El desempleo y la inactividad son las peores opciones laborales (ingreso cero). En lo que respecta a la PEA de 18 a 55 años, la tasa media de desempleo fue del 11,3% en el período considerado, y resultó mayor en el grupo de las mujeres (sin educación superior, 15,6%; con alguna formación terciaria, 13,9%) y menor en el grupo de los hombres (7,8% y 10,2%, respectivamente). Por su parte, la tasa media de inactividad (19,7% de la población de 18 a 55 años) fue muy baja en el grupo de los hombres pues casi todos participan del mercado laboral, y muy elevada en el grupo de las mujeres (...). (Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, p. 12).

Los anteriores datos en donde se refleja la facilidad de las mujeres para perder su empleo y la dificultad para poderse emplear, demuestran que se encuentran en una posición distinta a la de los hombres, la cual merece una protección reforzada a este grupo poblacional.

1.3.1 Mujeres y pobreza

Otro tema crítico, que refuerza la heterogeneidad de condiciones de vida de la mujer frente a las del hombre, es el tema de la pobreza. En Colombia dicho fenómeno afecta de forma más grave a las mujeres.

Estudios reportados en el año 2014 indican:

El 51,6% de las personas que viven en Colombia por debajo de la línea de pobreza son mujeres, lo que supone casi 8 millones de ciudadanas. De ellas, el 69,4% vive en zona urbana y el 30,6% en zonas rurales. En las cabeceras, los hombres presentan una tasa de pobreza de 29,8%, y las mujeres de 30,9%. En el resto, los hombres presentan una tasa de incidencia de 44,3%, y las mujeres 48,1%. El ingreso monetario de las mujeres ocupadas en 2011 fue de un 20,9% inferior al de los hombres. El mismo año, en las zonas rurales, los hombres presentaron una tasa de incidencia de la pobreza monetaria de 44,3%, mientras que para las mujeres fue del 48,1%. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2014, p. 13).

Por otra parte, debe anotarse en relación a las diferencias en edades de pensión entre mujeres y hombres que el sistema:

Exige una edad de pensionamiento por vejez menor que para los hombres. Esto quiere decir que las mujeres serán beneficiarias de asignaciones por pensión durante un mayor número de años, pero esto sucede para un porcentaje reducido de ellas vistas sus condiciones de participación laboral total, su propensión a estar en el sector informal y ser trabajadoras por cuenta propia (Uribe Mallarino, 2002, p. 21).

Salta a la luz, entonces, la desigualdad entre mujeres y hombres que es determinada debido a factores decisivos en el tema laboral como el acceso al trabajo y las condiciones laborales.

Estas desventajas justifican diferencias en edades pensionales, tal como se afirma en el siguiente artículo de investigación:

“(…)A nivel teórico, una edad de jubilación femenina más baja puede ser la consecuencia de dos tipos de mecanismos sociales: uno, relacionado con diferencias de género en las estructuras de oportunidad (restricciones), y otro, relacionado con diferencias de género en normas y preferencias (decisiones) (. Por un lado, un efecto de género puede surgir a raíz de la menor dotación de la mujeres con capital humano o su posición más baja en la jerarquía ocupacional. Los trabajadores de baja cualificación tienen un mayor riesgo de perder el empleo y verse empujados hacia la jubilación anticipada. Dado su inferior nivel de empleabilidad, la situación desventajosa de las mujeres debería dar como resultado una edad de jubilación más baja que entre los hombres” (Radl, 2013, pp. 111-112).

Todo lo anterior demuestra que las mujeres se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a la pobreza en comparación con los hombres. Esto refuerza la desventaja que implica ser mujer en Colombia y la necesidad de una protección especial al género femenino expresada en una edad de jubilación más baja frente a la requerida para los hombres.

1.4 La acción afirmativa constitucional

1.4.1 Tratamiento en la doctrina

Una definición aplicable a la acción afirmativa es la siguiente: “(...)Las acciones afirmativas son políticas públicas de promoción de grupos histórica y actualmente desaventajados. Su función es la de remover de hecho los obstáculos que impiden la realización de una igualdad real y efectiva, tomando positivamente los criterios sospechosos de diferenciación que usualmente han sido utilizados para discriminar (Garzón Cárdenas, 2006, p. 40).

De esta definición se puede concluir que las acciones afirmativas están encaminadas a proteger los grupos que se encuentran en indefensión, a través de mecanismos que aumentan sus derechos frente a los grupos frente a los cuales son discriminados, generando una igualdad real en contraste con la igualdad aparente que se podría dar en una legislación con trato idéntico a situaciones distintas.

En Colombia surgen las acciones afirmativas en la génesis misma de la Constitución de 1991, inspiradas en teorías internacionales. Sus propósitos se resumen en este aparte de una entrevista hecha a Manuel José Cepeda, uno de los padres de la teoría de la acción afirmativa en Colombia: “(...) Manuel José Cepeda dejó en claro que la acción afirmativa en su forma original protege al grupo discriminado, no al integrante de ese grupo. Fue desde un comienzo una medida con tinte social, sólo que en los Estados Unidos estaba dirigida a combatir una discriminación racial histórica y evidente que se había extendido como una hipertrofia maligna a toda la sociedad Estadounidense” (Wiesner Morales, 2007, p. 63).

Es entonces la acción afirmativa un mecanismo de protección ante la discriminación, cuya característica es la salvaguarda grupal y no individual que se centra en las problemáticas de discriminación contra un grupo en general, contra una sumatoria de individuos, no contra ciertas personas específicamente consideradas.

Asimismo, “las acciones afirmativas tienen por objeto establecer una igualdad de oportunidades no sólo en términos formales, es decir, lograr una igualdad ante

la ley, sino una igualdad de resultados, lo que significa que se dé una igualdad real en la práctica. Así, las acciones afirmativas buscan remediar, en la parte formal y en la práctica, las imperfecciones que se presentan en cuanto a la exclusión y discriminación generadas por la dinámica del sistema mismo” (León & Holguin, 2004).

Por ello la acción afirmativa permite equilibrar las cargas en razón a las desigualdades que se generan en la vida práctica, generando ajustes necesarios que trascienden la simple igualdad y que generan situaciones más justas para los desiguales y se constituye en una herramienta fundamental para proteger los derechos de los sectores de población más vulnerables a inequidades.

1.5 Tratamiento jurisprudencial

La Corte Constitucional ha reiterado la validez de proteger a la mujer debido a su desigualdad frente al hombre, mediante acciones afirmativas, dada su vulnerabilidad y posición desigual frente al hombre en diversos aspectos de la vida en sociedad.

Dicha corporación de justicia ha establecido, en sentencias reiteradas y concordantes, la importancia de proteger a la mujer en los distintos aspectos de la vida en sociedad a través de acciones afirmativas que mejoren su condición de desventaja frente a los hombres.

En un fallo reciente de constitucionalidad la Corte Constitucional afirmó que “Este Tribunal considera entonces imperativo precisar que el fundamento de la decisión adoptada en esa oportunidad se encuentra, no en las referidas razones vinculadas a estereotipos incompatibles con el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, sino en las disposiciones constitucionales que permiten –e incluso ordenan– la implementación de acciones afirmativas a favor de las mujeres” (Corte Constitucional, Sentencia C-007, 2016).

Aquí la Corte hace claridad sobre la necesidad de implementar acciones en favor de las mujeres, interpretando más allá de lo literal el principio de igualdad, que debe corresponder a circunstancias que permitan una mayor equidad en el tratamiento a los

desiguales para poder lograr así la materialización de la igualdad real. Una igualdad simplemente legal desconocería ciertas circunstancias que ponen en condiciones de inferioridad a una parte del grupo social, en este caso a las mujeres. Por eso se necesitan acciones afirmativas que contribuyan a que exista una igualdad real y no simplemente formal.

De igual manera, en este mismo tema, la Corte subrayó:

(...) En efecto, tal y como lo reconoció este Tribunal –incluso antes de la sentencia C-511 de 1994– la igualdad de los sexos dispuesta por la Constitución impone, no solo (i) la prohibición de discriminación fundada en el género (arts. 13. Inc. 1 y 43 –primera y segunda frases–) sino también (ii) la obligación de las autoridades públicas de adoptar medidas positivas que aseguren la plena e igual participación y desarrollo de la mujer, en todos los ámbitos de la vida familiar y comunitaria (arts. 13 inc. 2, 43 –tercera y cuarta frases– y 53) (Corte Constitucional, Sentencia C-007, 2016).

De lo aquí establecido se colige que la Corte permite la existencia de normas heterogéneas que puedan asegurar la plena e igual participación de la mujer, es decir que derriben las diferencias entre mujeres y hombres para así poder lograr una igualdad real en las condiciones de vida de las mujeres, sector poblacional que por razón a su género está en desigualdad de condiciones en Colombia.

La Sentencia C-007 de 2016, aquí analizada directamente, reitera lo establecido en la Sentencia C-410 de 1994, citándola de forma textual y reiterando lo siguiente:

Aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta; así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales. No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es

preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima, de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapisas (Corte Constitucional, Sentencia C 410, 1994).

De esta manera, la Corte avala desde 1994 la existencia de acciones afirmativas, en este caso de leyes que ayuden a superar la desigualdad de la mujer, con el fin de eliminar las desventajas de género que se han gestado en Colombia. Estas acciones afirmativas indican que la igualdad de condiciones debe atender a las desigualdades de cada grupo, teniendo que ir más allá de la formulación de una norma legal que garantice una igualdad formal, para trascender hacia condiciones que eliminen la discriminación y permitan el ejercicio de los derechos en iguales condiciones entre hombre y mujeres.

Por otra parte, la misma sentencia del año 1994 establece:

No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social. Las medidas de protección, que implican especiales derogaciones de la igualdad formal, exigen la determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que deben operar (...) (Corte Constitucional, Sentencia C 410, 1994).

Aquí la Corte expresa la validez que tiene el adoptar acciones positivas, afirmativas y proactivas que intenten compensar la desigualdad de la mujer, medidas

que implican protección a las mujeres, quienes son el sector vulnerable frente a los hombres. De esta forma el alto tribunal permite que existan normas que mejoren la condición de la mujer frente a su situación de desequilibrio frente al hombre.

Finalmente, la Sentencia primigenia de 1994 de la Corte Constitucional dispone lo siguiente:

“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. No basta la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas protectoras en favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen (...) (Corte Constitucional, Sentencia C 410, 1994).

De esta forma, la Corte Constitucional reitera que la mujer debe ser sujeto de protección legal, protección que sin embargo ha de estar condicionada a la existencia de circunstancias de discriminación o de inferioridad.

Para poder operar la acción afirmativa debe existir una condición que haga que la situación de la mujer sea más gravosa frente a la del hombre, condición que refuerza aún más el principio de acción afirmativa que es avalado plenamente por la Corte Constitucional de Colombia.

1.6 La consagración legal de la diferencia de edad para acceder a la pensión de hombres y mujeres como acción afirmativa legal

La Ley 100 de 1993 establece una diferencia de edad para lograr la pensión en el régimen de prima media con prestación definida. De acuerdo con el artículo 33, para tener el derecho a la pensión de vejez el

afiliado deberá haber cumplido cincuenta y cinco años de edad si es mujer o sesenta si es hombre, para el año 2014 la edad se incrementó en 57 años para las mujeres y 62 para los hombres, de esta manera las mujeres necesitan cinco años menos de edad que los hombres para poder acceder a la pensión del régimen de prima media con prestación definida (Ley 100,1993).

Esta diferencia de edades es en sí misma una acción afirmativa a favor de la mujer, ya que establece una menor edad para acceder a la pensión y se permite así que un grupo en desventaja, en razón a su género, goce de mayores derechos que el grupo en ventaja, los hombres, esto debido a las diferencias sustanciales en las condiciones laborales entre hombres y mujeres que se exploraron en el acápite 2 de este documento.

Al ser la diferencia de edad para acceder al sistema pensional de prima media una acción afirmativa, esta adquiere especial importancia y protección legal, ya que para poderse alterar la protección que otorga la Ley las circunstancias que justifican la protección legal deben haber desaparecido, pues de lo contrario se estaría eliminando una protección afirmativa sin justificación alguna.

1.7 Reflexiones sobre la recomendación de la OCDE en materia de igualación de edades entre mujeres y hombres con base en la acción afirmativa constitucional

Esta diferencia de edad que toma forma de acción afirmativa es objeto de análisis por parte de la OCDE, organismo que recomienda su eliminación y la creación de una igualdad numérica en cuanto a edad de pensión entre hombres y mujeres. En otras palabras, la recomendación apunta a eliminar la acción afirmativa en materia de edad pensional entre hombres y mujeres aplicable en el régimen de prima media con prestación definida generando una simple igualdad matemática de edades.

Al formularse la recomendación se desconocen los principios de la acción constitucional y se desafía, en

la forma como fue presentada, el principio de acción afirmativa.

En primer lugar, la recomendación es justificada por la OCDE, su entidad proponente, en razón a la supuesta mayor oportunidad que tendrán las mujeres para poder cumplir con los requisitos pensionales, sin embargo este argumento no es soportado por ningún análisis de fondo y presenta dificultades argumentales.

Como se analizó previamente, actualmente las mujeres deben cumplir 57 años de edad y tener acumuladas 1300 semanas de cotización, es decir aproximadamente 25 años continuos de cotización para poderse pensionar en el régimen de prima media. Es decir que si una mujer ingresa al mercado laboral al cumplir la mayoría de edad, 18 años, tendría que trabajar de forma continua, aproximadamente, hasta los 43 años para poder obtener el requisito de semanas cotizadas, en otras palabras, cumpliría a los 43 años con el requisito de semanas cotizadas para poderse pensionar, es decir que tendría las semanas requeridas, 15 años antes de contar con la edad mínima pensional.

A pesar de este hecho, no se establece en la recomendación ningún argumento que permita fortalecer la justificación de las medidas sugeridas y tampoco se presentan datos y análisis que permitan establecer un real beneficio de las mujeres al reformarse su edad de acceso a las pensiones. Por lo tanto, la argumentación presentada por la OCDE para sustentar la equiparación de edades en el régimen de prima media no está construida sobre una base sólida.

En segundo lugar no se puede eliminar, con los argumentos expuestos, la acción afirmativa constitucional en materia de edades pensionales a favor de la mujer. Para poder suprimir la acción afirmativa, debe hacerse una suficiente justificación de las ventajas que el grupo en desventaja tendría, sin embargo en el caso de la OCDE este requisito no se cumple y por ello la eliminación es injustificada.

Al no argumentarse de forma sólida el aumento en la edad de pensión de las mujeres equiparándola a la edad pensional de los hombres, se desconoce el principio de acción afirmativa que ha protegido a este grupo poblacional.

En tercer lugar, las mujeres se encuentran todavía en una condición de desventaja en materia laboral, hecho que sigue justificando existencia de la acción afirmativa en materia de edades pensionales en su favor.

Aparte de las falencias argumentales de la OCDE para eliminar la acción afirmativa se suma la condición real de desfavorabilidad de la mujer frente al hombre analizada en el apartado 2 del presente artículo, la cual es justificación suficiente para continuar aplicando la acción afirmativa y las diferencias de edad pensional en el régimen de prima media.

Estas condiciones de desventaja justifican la acción afirmativa, la cual debe mantenerse hasta que exista un cambio de condiciones de desventaja a favor de la mujer. En este orden de ideas la propuesta de la OCDE no debería orientarse en eliminar la acción afirmativa que favorece al género femenino, por el contrario, debería enfocarse en establecer mecanismos que permitan proteger la condición de desfavorabilidad de la mujer y formular propuestas para ir eliminando las disparidades que dan origen a la acción afirmativa, estableciendo en paralelo mecanismos para ir desmontando poco a poco dicha acción en la medida en que las condiciones de desigualdad se superen.

De esta forma es posible advertir las dificultades desde el punto de vista constitucional de acción afirmativa que contiene la recomendación de la OCDE aquí analizada, problemas que de no ser corregidos en el momento de formular una propuesta de reforma pensional generarían una alta probabilidad de inconstitucionalidad de la propuesta de equiparación de edades.

2. RESULTADOS

El análisis aquí efectuado muestra que la propuesta de la OCDE pretende que el estado colombiano elimine las diferencias de edades de jubilación entre hombres y mujeres en el régimen de prima media. De esta manera se desconocería la acción afirmativa establecida por la Ley 100 de 1993 y defendida por la Corte Constitucional, legislación que favorece a la mujer al establecer una edad más temprana de

pensión en el régimen de prima media con prestación definida.

La OCDE formula la recomendación de eliminación de esta acción afirmativa legal, argumentando en su estudio que el aumento de edad generaría un beneficio a las mujeres ya que podrían tener un tiempo mayor para poder cumplir con los requisitos adicionales legales, es decir el requisito de las semanas cotizadas. Sin embargo la OCDE no formula argumentos contundentes que permitan concluir que la acción afirmativa a favor de la mujer que se pretende eliminar no se justifica.

El estudio de la OCDE posiblemente ignora las circunstancias que diferencian a hombres y mujeres en materia laboral y que justifican el mantenimiento de la acción afirmativa en materia de edad de jubilación, diferencia de edad que busca proteger a la mujer como población vulnerable y en desventaja en materia laboral frente al hombre.

Las cifras que fueron obtenidas en el desarrollo de este artículo evidencian la clara desventaja que tiene la mujer en cuanto a carga laboral, pobreza y discriminación y vulnerabilidad frente al hombre en el mercado y condiciones laborales. Estas mayores cargas para la mujer en razón a su género justifican la existencia de una acción afirmativa en su favor en el tema de requisito de edad pensional.

La Corte Constitucional ha sido clara en justificar la existencia de las acciones afirmativas a favor de la mujer, cuando existen condiciones de desigualdad frente a los hombres. Se ha demostrado que las condiciones de desigualdad existen en materia laboral y que estas incluso le impiden a la mujer tener unos mejores niveles de ingresos que los que obtiene el hombre, razón que justifica un trato diferencial frente al hombre en materia de derecho laboral y de la seguridad social.

Se demuestra entonces que existe una condición de desventaja actualmente entre mujeres y hombres en temas laborales. Dicha situación de desigualdad justifica la permanencia de la acción afirmativa en materia de edad de jubilación a favor de la mujer, siendo un deber del Estado el de proteger a las mujeres cuando dichas condiciones persisten.

Por lo anterior, la acción afirmativa materializada en la diferencia de edad para acceder a la jubilación es totalmente válida y es susceptible de ser protegida por la Corte Constitucional.

Estos hechos ponen en entredicho la recomendación de la OCDE en el sentido de equiparar de forma legal las edades de acceso pensional entre hombres y mujeres. Una reforma legal en este sentido desafiaría el principio constitucional de proteger a las poblaciones vulnerables materializado en la acción afirmativa y harían que la recomendación de la OCDE fuese inconveniente y potencialmente inviable.

Por otra parte, la OCDE tampoco presenta argumentos sólidos frente a la ventaja que tendría dicha equiparación para las mujeres. No se presentan cifras o estudios que demuestren que no es necesaria la acción afirmativa y que, por el contrario, eliminarla es beneficioso para las mujeres.

En consecuencia se deriva la inconveniencia y potencial inviabilidad que tendría una equiparación de edades pensionales entre mujeres y hombres en el régimen de prima media, propuesta hecha por la OCDE. La equiparación de edades conlleva a desafíos desde el punto de vista constitucional de protección a la mujer y traería consigo una situación más gravosa al complejo panorama que tiene la mujer hoy en día en Colombia en materia de equidad de género, laboralmente hablando.

CONCLUSIONES

1. Las mujeres se encuentran en Colombia, en materia laboral y social, en desventaja frente a los hombres. Los estudios demuestran que la mujer presenta una vulnerabilidad mayor a la pobreza, soporta una carga laboral mayor y en general sus condiciones laborales y de acceso al trabajo son más difíciles que las soportadas por los hombres. Por esas razones es válido establecer acciones afirmativas para proteger a las mujeres, dada su condiciones de desventaja y desigualdad frente a los hombres.
2. El principio de igualdad legal a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional conlleva a darle mayores oportunidades a aquellos grupos

que están en desventaja frente a otros. En otras palabras, igualdad no implica en todos los casos una aplicación idéntica de la ley, en realidad significa una equiparación en términos reales frente al acceso de derechos y conlleva a una reducción de las desigualdades entre grupos, justificándose en casos especiales una aplicación heterogénea de la Ley.

3. La OCDE ha propuesto equiparar las edades pensionales de mujeres y hombres, sin embargo, si Colombia llegara a aplicar esta recomendación estaría eliminando una acción afirmativa impuesta por la Ley 100 de 1993 en favor de la mujer, regulación que tenía por objeto el permitirle acceder en una edad más temprana que la de los hombres, a la pensión del régimen de prima media con prestación definida.
4. La OCDE argumenta que esta modificación legal favorecería a la mujer, al permitirle tener un plazo mayor para obtener los requisitos pensionales. Sin embargo, no se presentan estudios, cifras o argumentos sólidos que corroboren los argumentos que presenta la OCDE, y que pretenden darle validez a la eliminación de la acción afirmativa en materia de edad de jubilación, lo cual hace que dicha recomendación sea argumentativamente poco viable.
5. Al no tener la OCDE argumentos sólidos para eliminar la acción afirmativa, esta propuesta se convierte en inconveniente, teniendo graves problemas de viabilidad. Al desafiar principios establecidos por el tribunal constitucional y al desconocer las desigualdades entre mujeres y hombres, sin un estudio profundo que permita eliminar la protección legal vía acción afirmativa, esta recomendación se convierte en inconveniente y potencialmente inviable.
6. La eliminación en la ventaja de edad que tienen las mujeres para acceder a la pensión en el régimen de prima media va en contravía de la protección que el legislador les otorgó en razón a su indefensión y desafía los postulados de acción afirmativa de protección dictados por la Corte Constitucional.
7. Debido a que una simple igualación matemática de edades pensionales desafía el principio de acción

afirmativa acogido por la Corte Constitucional, de forma reiterada, de hacerse una reforma legal que enfrente dicho principio, igualando edades de mujeres y hombres, se estaría dentro del umbral de la inconstitucionalidad.

8. Una reforma legal en materia de diferencia de edades pensionales entre mujeres y hombres debe hacerse atendiendo a las circunstancias y factores que diferencian a mujeres y hombres. Debe estudiarse de forma profunda la situación de la mujer frente al hombre antes de poder formular recomendaciones que puedan desconocer la protección especial de la ley a la mujer.
9. Tal como fue presentada la recomendación por la OCDE, esta adolece de serios vicios que pondrían en riesgo su viabilidad y constitucionalidad. Por lo tanto cualquier fórmula que pretenda modificar las diferencias de edad pensional entre géneros deberá estudiar y atender a profundidad las diferencias entre hombres y mujeres y no podrá poner en riesgo a la población más vulnerable, en este caso a las mujeres.
10. La acción afirmativa a favor de las mujeres en materia de edades debe mantenerse hasta tanto exista un cambio de condiciones de desventaja a favor de la mujer.
11. El debate de equiparación de edades pensionales entre mujeres y hombres cobra vigencia debido a las recomendaciones de la OCDE, directrices que Colombia está en proceso de implementar, debido a su interés de ingreso a dicha organización internacional. Por lo tanto, este debate cobra vigencia y debe ser discutido desde los foros académicos, ya que es muy probable que el gobierno de Colombia intente reformar las edades de jubilación de mujeres y hombres para igualarlas, siendo este tema parte integrante del futuro del derecho de la seguridad social colombiano.

RECOMENDACIONES

Para ser viable, se recomienda que la propuesta de la OCDE se enfoque en establecer mecanismos que permitan proteger la condición de desfavorabilidad de la mujer y formular mecanismos que permitan

eliminar las diferencias y disparidades entre hombres y mujeres que dan origen a la de protección afirmativa. De forma paralela, es necesario establecer mecanismos que permitan desmontar gradualmente dicha acción afirmativa, en la medida en que las condiciones de desigualdad se superen.

Se recomienda también no presentar una reforma legislativa que equipare las edades pensionales entre hombre y mujeres en el régimen de prima media con prestación definida sin antes tener en consideración los requisitos que deben tener las acciones afirmativas para ser suprimidas y sin hacer un estudio sobre su viabilidad constitucional, teniendo en cuenta la propuesta hecha en el punto 12 de estas conclusiones y recomendaciones la cual permitirá darle una mayor viabilidad a una eventual modificación a esta acción afirmativa.

REFERENCIAS

- Banco Interamericano de Desarrollo, BID (2015). *Flujos de trabajadores en el mercado laboral colombiano, determinantes de las diferencias entre hombres y mujeres, y futuro laboral esperado*, Washington D.C.
- Corte Constitucional, Sentencia C-007 (21 de enero de 2016). M.P. Alejandro Linares.
- Corte Constitucional, Sentencia C 410 (15 de septiembre de 1994). M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP (2014). *Informe Sobre la Participación Femenina en Cargos Directivos de la Administración Pública Colombiana*. Departamento Administrativo de la Función Pública, Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación, DNP (2015). *Cuarto Informe de Seguimiento Conpes Social 161 "Equidad de Género para las Mujeres"*. Bogotá.
- Echebarria Miguel, C., y Larrañaga Sarriegui, M. (noviembre de 2004). "La igualdad entre mujeres y hombres: una asignatura pendiente". *CIRIEC España, Revista de economía pública, social y Cooperativa* (50), pp. 11-35.
- Fernández Hassan, A. (2007). Desigualdad de género. "La segregación de las mujeres en la estructura ocupacional". *Revista de Estudios de Género*. La ventana (25), p. 140.
- Garzón Cárdenas, R. (diciembre de 2006). "Las acciones de afirmación del género femenino en Colombia". *Revista Derecho del Estado Nueva Serie*(19), pp. 39-52.
- León, M., y Holguin, J. (diciembre de 2004). "La Acción afirmativa en la Universidad de los Andes: el caso del programa 'Oportunidades para talentos nacionales'". *Revista de estudios sociales*(19), pp. 57-70.
- Ley 100 de 1993.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE (2015). *Estudios Económicos de la OCDE Colombia*. Informe Económico.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE (s.f.). Página de la OCDE. Recuperado el 11 de Abril de 2016, de [<http://www.oecd.org/about/>].
- Radl, J. (abril-junio de 2013). "¿Porqué las mujeres en España se jubilan más tarde que los hombres?" *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (142), pp. 109-121.
- Uribe Mallarino, C. (octubre de 2002). "La reforma de pensiones en Colombia y la equidad de género". *Mujer y Desarrollo* (41), pp. 13-15.
- Wiesner Morales, L. R. (julio-diciembre de 2007). "La acción afirmativa en la constituyente de 1991". *Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas*, 7 (13), pp. 61-79.