



Honorables Magistradas y Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Magistrado ponente: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.
secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co
La Ciudad

Demandante: JUAN SEBASTIÁN CALDERÓN RODRÍGUEZ.
Referencia: Expediente **D-15142**. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993.
Asunto: Concepto según art. 13 del Decreto 2067 de 1992.

Las(os) suscritas(os) ciudadanas(os) **JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **KIMBERLY GUZMÁN GÓMEZ**, docente catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá y miembro del Observatorio y **LAURA MELISA BARRAGÁN BURGOS**, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá y miembro del Observatorio; presentamos la siguiente intervención ciudadana –concepto-, dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el art. 13 Decreto 2067 de 1991 y el Auto de la Corte Constitucional del 23 de marzo de 2023.

I. NORMAS LEGALES DEMANDADAS Y ARGUMENTOS DE LOS DEMANDANTES

El demandante acusa por inconstitucionalidad esta norma:

LEY 100 DE 1993 (diciembre 23)

Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993
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 el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad **si es mujer** o sesenta (60) años **si es hombre**. [...]

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 cincuenta y siete (57) años **si es mujer** y sesenta y dos (62) años **si es hombre**. [...]

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.

[...]

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. [...]

ARTÍCULO 61. Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: [...]

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.

[...]

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. [...]

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:

45%, 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. [...]

PARÁGRAFO 2o. 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. [...]

ARTÍCULO 133. Pensión sanción. [...]

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. [...]

PARÁGRAFO 3o. A partir del 1o. 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.” (Subrayado y negrita fuera de texto)

El demandante considera que las normas citadas vulneran los artículos 2 y 13 de la Constitución Política. En relación con el art. 2, el demandante señala que las normas establecen requisitos y beneficios pensionales únicamente para las personas que se identifican como hombres y mujeres, dejando sin protección a las personas no binarias, lo que conlleva que el Estado desconozca su función de garantía, protección y salvaguarda de los principios y derechos constitucionales, puesto que la omisión legislativa relativa en la norma con respecto al género no binario impide la garantía del derecho de estas personas a acceder en condiciones de igualdad al sistema pensional. En lo que respecta al art. 13, el demandante señala que los apartes demandados afectan en forma injustificada la igualdad de las personas del género no binario por no establecer reglas sustanciales para la regulación de los parámetros de acceso a beneficios pensionales y de seguridad social de estas personas, dejándolos sin protección y favoreciendo las brechas de desigualdad ya existentes.

II. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

A. Preguntas formuladas por la Honorable Corte Constitucional y metodología para abordarlas

De conformidad con el numeral quinto del Auto de fecha 23 de marzo de 2023 proferido dentro del trámite del expediente D-15142, la Honorable Corte Constitucional planteó nueve preguntas. Sin embargo, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional advierte



que dos de estas (las vii y viii) no serán abordadas en el presente escrito porque ellas están dirigidas particularmente a entidades administradores de fondos de pensiones dada su competencia en el reconocimiento de beneficios pensionales. Precisado lo anterior, también se pone de presente que las demás preguntas serán abordadas en cuatro bloques, considerando que entre las cuestiones planteadas se evidencia una relación temática e interpretativa que favorece metodológicamente su resolución conjunta:

B. Primer bloque: “(i) ¿Cuáles son las diferencias y similitudes, si las hay, entre los conceptos de sexo, género, orientación sexual e identidad de género?, ¿Qué se entiende por persona no binaria?”

En relación con esta pregunta, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en el concepto¹ solicitado por la Honorable Corte Constitucional en el trámite del expediente de tutela T-8.292.437 que culminó con la expedición de la sentencia T-033 de 2022, por lo cual, con el ánimo de guardar coherencia en sus pronunciamientos, nos permitimos citar la respuesta dada en su momento:

“Las identidades sexuales no binarias son aquellas personas que no se identifican ni como hombres ni como mujeres al no encajar en el modelo binario tradicional o heteronormativo. Incluso, las personas no binarias no se identifican bajo ningún género. Para comprender estas identidades debemos distinguir el sexo del género. La primera hace referencia al sexo biológico que le fue asignado a la persona al momento de nacer, con base a las características anatómicas y genéticas que diferencian al cuerpo de una mujer del cuerpo de un hombre. El género son los parámetros y roles que han definido la sociedad para determinar cómo debe comportarse, actuar, vestirse y expresarse el hombre y la mujer. Así lo especificamos en el artículo científico “El registro civil de las personas y el modelo no binario”:

“El reconocimiento de un género no binario requiere de la distinción entre los siguientes conceptos: sexo, género, orientación sexual e identidad de género. Para el presente escrito, la distinción se hará a partir de las construcciones jurídicas internacionales y doctrinales y se expondrán algunos ejemplos sobre la aplicación de estos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Según el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el **sexo** se ha relacionado con las diferencias biológicas entre el

¹ Universidad Libre. Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional U. Libre Bogotá. Concepto dentro de acción de tutela expediente número T-8.292.437. Magistrada: Gloria Stella Ortiz Delgado”.



hombre y la mujer. Estas diferencias se presentan por el tipo de células reproductoras o por las características genéticas, endocrinas y morfológicas.

De acuerdo al Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), el **género** es una construcción social que corresponde a las características que la sociedad atribuye a las personas de uno y otro sexo. Estas determinaciones crean conductas de feminidad o masculinidad que cambia según el tiempo.

Los principios Yogyakarta han definido la **orientación sexual** como la capacidad de sentir una profunda atracción afectiva, sexual y emocional por personas del mismo género, distinto género o, de más de un género. Esto implica que existen individuos que son homosexuales, heterosexuales, bisexuales o asexuales. El presente concepto ha sido desarrollado jurisprudencialmente sin que exista, actualmente, normas jurídicas sobre orientación sexual diferente a la heterosexualidad”²

Y en relación con el concepto de identidad de género, el Observatorio expuso:

“Estos conceptos [sexo y género] operan y se incorporan en el cuerpo para ser exteriorizados a través de la identidad de género y la expresión de género:

“Según la Opinión Consultiva 24 de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), la **identidad de género** es la vivencia interna de cada persona respecto a cómo percibe y siente su género que puede o no corresponder al sexo asignado al momento de nacer. El presente término ha permitido el reconocimiento de los derechos, a nivel constitucional y legal, de las personas con diversidad de género en Colombia. Por ejemplo, en virtud del art. 16 ConstPol, la CortConst ha decidido permitir el cambio de nombre y sexo para las personas trans”

La expresión de género es cómo la persona manifiesta y exterioriza su identidad de género al mundo, cómo ella misma se reconoce a través de su vestimenta, sus actos y comportamientos. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, podemos entenderla como “Generalmente se refiere a la manifestación del género de la persona, que podría incluir la forma de hablar, manerismos, modo de vestir,

² Palomares García, Jorge Ricardo y Roza Ladino Camila Alejandra. El registro civil de las personas y el modelo no binario. *Revista Ius Et Praxis*, Año 25, N° 3, 2019, Chile, pp. 115-117.



comportamiento personal, comportamiento o interacción social, modificaciones corporales, entre otros”³

Una persona transgénero no se identifica con su sexo impuesto al nacer y en su proceso de crecimiento decide transitar al género cuya identidad corresponde. Por ello, clasificamos las mujeres trans quienes al nacer su sexo biológico correspondía al de un hombre, pero realmente se identificaban como mujeres; y los hombres trans quienes, su sexo de nacimiento era de una mujer, pero su identidad pertenece al de un hombre. En esta transición debemos distinguir las personas transexuales que expresan su género e identidad recurriendo y empleando métodos hormonales y/o quirúrgicos para que, tanto su cuerpo (dimensión física) como su identidad sean los mismos. Las personas transgénero no necesitan de procedimientos hormonales ni cirugías, pues siguen manteniendo su sexo biológico de nacimiento, pero expresan su identidad solo con el vestuario, el maquillaje, su forma de caminar o hablar.⁴

C. Segundo bloque: “(ii) ¿Qué razones de índole constitucional obligarían a modificar el esquema de reconocimiento de las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993, en particular los requisitos de edad para hombres y mujeres?; (iii) ¿Qué razones de índole constitucional justificarían o no justificarían la necesidad de definir legalmente una edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993 para las personas no binarias, diferente a la prevista para hombres y mujeres cisgénero?; (iv) ¿Qué razones de índole constitucional justificarían aplicar a las personas no binarias el régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993 previsto para hombres o mujeres cisgénero?”

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional considera que el Estado de Colombia tiene la obligación constitucional e internacional de garantizar los derechos de la tercera categoría de género o no binaria en el régimen pensional, extendiendo el alcance de la protección reconocida en la sentencia T-033 de 2022 con respecto a este grupo de personas. Conforme a esta idea, es claro que, existen razones constitucionales que justifican que sea la Honorable Corte Constitucional, quien por medio de una sentencia modifique el esquema de reconocimiento de las prestaciones pensionales, con el fin de definir la edad de acceso a las

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia contra personas LGBTI en América: Conceptos básicos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

⁴ *Ibidem*. pp. 117



prestaciones pensionales por vejez para las personas no binarias, que actualmente, solo se encuentra previsto para hombres y mujeres cisgénero.

Esta obligación radica en la protección del derecho a la igualdad y la prohibición de cualquier trato discriminatorio por criterios como el sexo o el género de una persona establecida en el artículo 13 de la Constitución Política, así como en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se integran a nuestro ordenamiento por disposición del artículo 93 constitucional.

El derecho a la igualdad supone que a todas las personas les sean reconocidos y garantizados los mismos derechos en igualdad de condiciones, y en correspondencia con ello, no sean sometidos a un trato diferente no justificado, pues tal y como ha sido reconocido por la Corte, la igualdad es un principio, un derecho fundamental y una garantía que:

“...puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

De igual forma, esta Corporación ha expresado que este postulado tiene un contenido que se concreta en el deber público de ejercer acciones concretas, destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones particulares o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)”⁵

Dado el alcance de este mandato constitucional, al analizar las normas objeto de demanda por inconstitucionalidad, se pone en evidencia que las tres dimensiones de este derecho se encuentran vulneradas por la omisión legislativa en la que incurre la norma, al excluir del reconocimiento legal para el acceso a las prestaciones pensionales, a las personas no identificadas en el género binario, que hayan decidido cambiar ante las autoridades competentes la asignación del género no binario en sus documentos de identidad, situación que a su vez conlleva a que no existía garantía del derecho a acceder a las prestaciones

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-030-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



pensionales por vejez para este grupo de personas, y que se incurra en la prohibición de discriminación de trato diferente por criterios sospechosos, como lo son el sexo y género.

Situación que, exige que el Estado Colombiano, a través de todos sus órganos y autoridades, adopte o ejerza acciones afirmativas orientadas a beneficiar a este grupo de personas, dado que, sumado a lo expuesto, como ya ha sido reconocido, entre aquellos grupos históricamente discriminados, se encuentran quienes experimentan identidades de género diversas, puesto que estas personas están expuestas a estigmas originados en el constructo social de lo que se entiende normal en la vigencia de género, por lo que son sometidos a menosprecio por parte de la sociedad en los espacios en los que se desenvuelven⁶.

La necesidad de adoptar medidas de protección en relación con este grupo de personas y sus derechos sociales ha sido puesta de presente, entre otros, en el principio No. 13 de Yogyakarta, que indica:

“PRINCIPIO 13 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL

Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

LOS ESTADOS:

- A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas;
- B. Asegurarán que no se someta a niñas y niños a ninguna forma de trato discriminatorio en el sistema de seguridad social o en la prestación de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-033-2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



beneficios sociales o de bienestar social por su orientación sexual o identidad de género, o la de cualquier integrante de su familia;

- C. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a estrategias y programas de reducción de la pobreza, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.”

En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, señaló:

“196. Al respecto, la Corte ya con anterioridad ha señalado que los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio No. 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.”

En consecuencia, la resolución del presente caso es una oportunidad para que la Honorable Corte Constitucional en el cumplimiento del deber constitucional promueva la igualdad real a un grupo de personas que ostentan protección reforzada, esto es, personas con diversidad en su identidad de género, en particular, para las personas no binarias en el ámbito pensional. Por ende, para el Observatorio, es procedente que se disponga la aplicación del régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993 que resulte más favorable y beneficioso para las personas no binarias, esto es, el régimen de edad dispuesto para las mujeres cisgénero, en el entendido que las normas demandadas coinciden en disponer una edad menor para las mujeres en relación con los hombres, para el acceso al reconocimiento de beneficios pensionales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso se advierte una violación del derecho a la igualdad, por la que se hace necesaria la adopción de una medida que ponga al grupo de personas objeto de discriminación en situación de igualdad, de conformidad con la



jurisprudencia constitucional, es pertinente que se adelante un juicio integrado de razonabilidad y proporcionalidad con el fin de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha medida.

En el presente asunto se trata de especificar si la aplicación del régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez más favorable y beneficioso para las personas no binarias resulta desproporcionada, contexto en el cual procede la aplicación de un test estricto, en vista de que la medida operaría en relación con un grupo sobre el que se ha reconocido una discriminación histórica y se busca definir un asunto a partir de uno de los criterios sospechosos de discriminación señalados en el artículo 13 constitucional

En este nivel, el test busca determinar si la medida: (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable; y (ii) si el medio utilizado es conducente y necesario para lograrla. Por último, se valora la proporcionalidad de la medida en sentido estricto.

En primer lugar, es claro que la finalidad de la medida es imperiosa, puesto que, si bien con el reconocimiento de la inclusión del género de binario en los documentos de identificación dado a partir de la sentencia T-033 de 2022 se dio el paso inicial para el reconocimiento formal de los derechos de este grupo de personas, también se puso en evidencia el reto de trascender al acceso real a servicios y prestaciones de esta población. De tal manera que, definir la edad como requisito para el reconocimiento de prestaciones pensionales de las personas del género no binario hace real la posibilidad de que estos sujetos de derecho accedan al régimen de protección social del Estado en materia de vejez, y establecer que sea por medio del régimen que les resulte más favorable y beneficioso corresponde a la opción diferencial que compensa la desigualdad histórica a la que han sido sometidos.

No adoptar esta medida, no sólo mantendría el vacío legal existente en la materia, conservando el estado de indefensión de este grupo vulnerable en el ámbito pensional, sino que incluso podría conllevar a que estas personas opten por conservar el género que les fue asignado al momento de nacer en sus documentos de identificación en contravía de sus derechos fundamentales, haciendo inane el reconocimiento del derecho reconocido en la sentencia T-033 de 2022, dado el temor de no contar con protección en el acceso a otros derechos económicos y sociales, como lo es, en este caso, el de acceso prestaciones pensiones en la vejez.

En segundo lugar, la conducencia y la necesidad de la medida están dadas, dado que de la definición de la edad para el acceso a prestaciones pensionales para persona no binarias depende que aquellas tengan garantizado la protección de su vejez en el sistema; así mismo,



establecer que sea por medio del régimen que les resulte más favorable, es conducente y necesario para asegurar la compensación de este grupo vulnerable, puesto que, no sería viable someterlos al régimen previsto para hombres cisgénero en la norma, dado que esto implicaría someterlos a una situación de mayor dificultad, sumado a las situaciones desfavorables que deben soportar en la sociedad por su condición, lo que sería contrario a la finalidad perseguida.

Finalmente, es evidente que la medida supera el requisito de proporcionalidad, en sentido estricto, puesto que reporta mayores beneficios que afectaciones, en términos de derechos fundamentales, en tanto, es determinante para permitir el acceso a prestaciones pensionales para las personas del género no binario, y con ello, eliminar los escenarios en los que las entidades públicas y privadas competentes nieguen su reconocimiento por ausencia de regulación, sin menoscabar gravemente ningún otro derecho fundamental, ya que, el hecho de definir legalmente la edad para su acceso a las prestaciones aplicando el régimen más beneficioso y favorable, no implica afectación de otros derechos.

De este modo, la aplicación del régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez más favorable y beneficioso para las personas no binarias es proporcionada y, de cara al cuestionamiento puntual de la Corte, goza de justificación constitucional.

D. Tercer bloque: “(ix) *¿Tiene conocimiento de experiencias de otros Estados en los que, por vía legislativa, judicial o administrativa, se hayan definido condiciones diferenciadas de acceso a derechos pensionales para las personas no binarias? Explique su respuesta*”

Pese que históricamente las personas no binarias han sido una población discriminada e invisibilizada, en los últimos años diferentes Estados, incluyendo a Colombia, comenzaron a introducir en su ordenamiento jurídico disposiciones normativas que permiten reconocer los derechos y garantías de esta población. Sin embargo, algunos de los Estados que han adoptado medidas para su reconocimiento, como lo son México, Estados Unidos, Australia e Islandia, no tienen establecido un sistema normativo con diferenciación de edad para acceder a la pensión entre mujeres y hombres, por lo que, la inclusión de un tercer género en sus ordenamientos jurídicos no ha implicado la adopción de medidas diferenciadas de acceso a derechos pensionales para personas no binarias.

En los demás Estados se empiezan a hacer evidentes los retos que implica el reconocimiento del tercer género en materia pensional y de otros derechos sociales, pues no se debe perder de vista que, el reconocimiento jurídico de este grupo sigue siendo aún incipiente, por lo que apenas se encuentra en evolución, lo que implica que la gran mayoría de los Estados que son



referentes en el reconocimiento de derechos de esta población aún se enfrentan a desafíos importantes en la protección y garantía integral de sus derechos, como se pasa a referenciar:

- **ARGENTINA:**

En 2012, Argentina aprobó la ley No. 26.743, en la cual se define la identidad de género como la vivencia interna y externa de una persona que no necesariamente se corresponde con el género asignado al nacer,⁷ por lo que se convirtió en el primer país de América Latina en reconocer una tercera categoría del componente sexo-género en los documentos de identificación.

Esta ley establece el derecho de las personas a definir su identidad de género y ser tratadas de acuerdo con ella en los documentos oficiales, permitiendo así el cambio en el Registro Civil y las partidas de bautizo; también dispone que este cambio no afectará la titularidad de los derechos y obligaciones legales que la persona tenía antes de realizar el cambio, lo cual incluye las relaciones familiares y la adopción, las cuales permanecerán inalterables.

En 2021 se emitió el Decreto 476,⁸ que se basó en la Ley 26.743 para permitir que las personas que no se identifican exclusivamente como hombres o mujeres, puedan tener la opción de utilizar una nomenclatura de género no binario en su Documento Nacional de Identidad y en su Pasaporte Ordinario para argentinos, denominada "X" sin requerir que la persona haya pasado por tratamientos médicos, terapias hormonales o intervenciones quirúrgicas para ser elegible para el cambio de género.

El artículo 2 del Decreto 476 de 2021, establece que en aquellos casos en que la Ley No. 26.743 haya permitido la rectificación de las partidas de nacimiento, la categoría "sexo" en el documento nacional de identidad podrá ser diferente a "F" o "M". Esto se aplicará a todas las personas nacionales, independientemente de la opción que hayan elegido en su partida de nacimiento o si no se ha consignado su "sexo". Es decir, si una persona ha cambiado su identidad de género en su partida de nacimiento, puede solicitar que su documento nacional de identidad refleje esta nueva identidad de género, incluso si la opción de "sexo" no es "F" o "M".

Sin embargo, después de la aprobación de las normas en mención, Argentina debe definir cómo se determinará la edad de jubilación para esta población, dado que actualmente la ley

⁷ República Argentina. Ley 26743, de 2012

⁸ República Argentina. Decreto 476, 2021



establece que los hombres pueden jubilarse a los 65 años y las mujeres a los 60 años, sin que existan disposiciones para personas que elijan la opción "X" en su identidad de género.

- **CHILE:**

En Chile, con la expedición de las leyes 21.120 y 17.344, se comenzó a reconocer y proteger el derecho a la identidad de género y el cambio de nombre y apellido. Sin embargo, actualmente limitan la definición de identidad de género a hombres y mujeres, excluyendo otras identidades de género como la no binaria.

Es por eso que el 1° Juzgado Civil de Santiago emitió una sentencia el 25 de mayo de 2022,⁹ el cual estableció el primer fallo en la justicia chilena que reconoce a una persona mayor de edad como no binaria. En la sentencia se ordena rectificar la partida de nacimiento de la persona para cambiar su nombre y su sexo registral, reconociéndola como no binaria y utilizando el marcador "X" para esta categoría de género.

El fallo se desarrolla a favor de la rectificación de la partida de nacimiento de una persona que se identifica como no binaria, la cual presentó la solicitud de rectificación como un derecho que le corresponde a la persona que no se siente identificada con el nombre y sexo que figura en su documento de identidad, y que esto puede causarle perjuicio y vulnerabilidad en su vida cotidiana. Se puede resaltar que la sentencia es histórica para este país, ya que vela por la dignidad personal e integridad psíquica de la persona y tiene como pilar el reconocimiento legal de su identidad, ya que es un paso necesario para garantizar bienestar y proteger derechos a las personas no binarias.

El hecho de que una persona no pueda utilizar el nombre con el que se identifica legalmente puede tener un impacto negativo en su bienestar y tranquilidad. En el caso específico, la persona en cuestión había pasado varios años descubriendo su identidad y decidió utilizar un nombre que consideraba neutro y que había sido aceptado por su familia, sus compañeros y algunos profesores en su institución educativa. Sin embargo, al no tener el reconocimiento legal de su nombre social, el bienestar e integridad quedaba sujeto a la voluntad de la persona destinataria a como se refieren a la persona. Esto pone de manifiesto la necesidad de que las personas tengan el derecho a elegir el nombre y género con el que se identifican, y que esto sea reconocido legalmente, ya que esto puede tener un impacto significativo en la vida y en la salud mental.

⁹ 1° Juzgado Civil de Santiago. Sentencia 1. 40 de 2022- J.T. Isabel Margarita Zúñiga Alvayay.



Debido a lo anterior, se evidencia un importante precedente para las personas de género diverso y el derecho a la identidad de género en Chile, por lo que, se obligó al Registro Civil de Santiago a entregar la respectiva cédula de identidad a una persona no binaria, utilizando una X en el indicador de sexo en los documentos de identidad.

El reconocimiento de la identidad de género no binaria ha llevado a un debate sobre la modificación de la Ley de Identidad de Género, debido a la discriminación y faltas de políticas públicas en entornos educativos, laborales, pensionales y en salud; así mismo, se está a la espera de una pronta legislación o pronunciamiento en relación con aspectos pendientes, como la inclusión de personas de género diverso, niños y niñas, y la adecuación de este género a derechos económicos, sociales y culturales.

En una sociedad binaria de género, el reconocimiento de la identidad de género de las personas no binarias implica un desafío especial para la elaboración y aplicación de leyes y políticas públicas, pues las normas que se refieren al binario hombre-mujer no resultan aplicables a las personas no binarias. Sin embargo, la Ley de Identidad de Género en su artículo 22,¹⁰ establece que una vez que se realice la rectificación del nombre y/o sexo de una persona en su partida de nacimiento, dicha rectificación será válida y reconocida legalmente para terceros a partir del momento en que se realice la inscripción rectificada en conformidad con las leyes correspondientes. Teniendo en cuenta que la rectificación no afectará los derechos y obligaciones patrimoniales que ya tenía la persona antes de la rectificación, de la partida de nacimiento, no afectará las garantías, derechos y prestaciones de salud que correspondían a la persona antes de la inscripción del cambio.

A pesar de que la pensión de vejez es un derecho otorgado por el sistema previsional a las personas afiliadas, que pueden obtener una vez que han alcanzado la edad legal requerida, la cual es de 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres, según lo establecido en el D.L. N° 3.500 de 1980¹¹, se está a la espera que el Estado Chileno marque su precedente en el reconocimiento de derechos pensionales a las personas no binarias.

- ***COSTA RICA:***

El 14 de mayo de 2018 el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica emitió el Decreto N° 7-2018, conocido como la "Reforma al Reglamento del Registro del Estado Civil y al Reglamento de la Cédula de Identidad con Nuevas Características"¹², el cual establece el proceso de cambio de nombre para las personas que sienten que este no corresponde con su

¹⁰ República de Chile. Ley 21120, 2018.

¹¹ República de Chile. Decreto Ley 3500, 1980.

¹² República de Costa Rica. Decreto 7, 2018.



identidad de género auto percibida. Para iniciar el respectivo trámite no se requiere la presentación de certificaciones médicas o psicológicas, ya que estos requisitos podrían ser considerados irrazonables o patologizantes.

En la Resolución N° 1331 del 10 de agosto del 2010¹³, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia determinó que aplicar el principio de igualdad y prohibición de la discriminación no es suficiente para proteger a los grupos marginados y discriminados socialmente, pues es necesario que los poderes públicos tomen medidas normativas efectivas y políticas públicas de apoyo a estos grupos, con el fin de prevenir y anticiparse a la discriminación.

Debido a lo anterior, Costa Rica comenzó a llevar a cabo medidas para proteger la dignidad humana y prevenir la discriminación de todas las personas migrantes trans y no binarias de todas las edades, de manera que estos temas estén presentes en todo el proceso evolutivo en la promoción de los derechos humanos.

Por esta razón, se ha modificado el artículo 7 del Decreto N° 41337-MGP del 18 de diciembre de 2018¹⁴, el cual, regula el reconocimiento del derecho a la identidad sexual y de género de las personas extranjeras en el DIMEX. Esta reforma permite a las personas que opten por el reconocimiento de su identidad de género, modificar la referencia al género en su documento de identificación a masculino, femenino, no binario o sin identificar, sin objeción por parte del personal de la Dirección General de Migración y Extranjería. Además, se busca adecuar los trámites, documentos y registros de la Administración Pública para garantizar el respeto de la identidad y expresión de género a la población.

Pese a que se ha regulado el derecho a la identidad de género neutro, actualmente, para obtener la pensión de vejez se debe cumplir con el requisito de edad y semanas cotizadas, encajando con cualquiera de las siguientes opciones: para las mujeres un mínimo de 450 semanas cotizadas, cumplido con los 59 años y 11 meses, en cuanto a los hombres con 462 cuotas o más, a los 61 años y 11 meses y en el caso de hombres y mujeres con al menos 300 cuotas y 65 años, evidenciando así, falta de pronunciamiento que incentive modificaciones en el régimen pensional que reconozcan al género no binario, por lo que es necesario que el estado de Costa Rica comience a plasmar en su legislación un tercer género como prevalencia al derecho a identificación de sexo de manera neutra, como lo ha realizado en otras materias.

¹³ República de Costa Rica. Resolución 1331, 2010.

¹⁴ República de Costa Rica. Decreto 41337, 2018



E. Cuarto bloque: “(v) *¿Qué impacto tendría en la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano la definición legal de una edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993 para las personas no binarias, distinta a la prevista para hombres y mujeres cisgénero? ¿Qué impacto tendría en caso de que se aplicara el régimen de edad previsto para hombres o mujeres cisgénero a las personas no binarias? y ¿cuál de estas tres alternativas sería la más compatible con el citado principio constitucional?;* (vi) *¿Qué dificultades para el reconocimiento de derechos pensionales tendría la definición legal de una edad de acceso a las prestaciones del sistema general de pensiones para las personas no binarias, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “la identidad de género se consolida a partir de las vivencias y las experiencias personales e internas de cada ser humano”, y no de un hecho objetivo como el sexo registrado en los documentos de identificación personal? En caso de tenerlas, ¿cómo se podrían superar?”*

Como se indicó en líneas anteriores, para el Observatorio Constitucional de la Universidad Libre la medida más compatible con los parámetros constitucionales de protección en este caso es la aplicación del régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez de que tratan los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993 que resulte más favorable y beneficioso para las personas no binarias, esto es, el régimen de edad dispuesto para las mujeres cisgénero.

Ahora bien, la adopción de esta medida encuentra su primera dificultad en el aspecto económico, pues dado que implica la modificación del esquema de reconocimiento de las prestaciones pensionales por vejez, es innegable que tendría un impacto fiscal en el sistema, puesto que, con el cambio, un sector de la población accedería al reconocimiento de beneficios pensionales antes de lo estipulado por el sistema, como hoy se encuentra configurado. Sin embargo, determinar con exactitud el alcance de este impacto no es posible, dado que actualmente Colombia no cuenta con un registro o censo de personas que se identifican con el género no binario, pues esta puerta solo se dio a partir de la expedición de la sentencia T-033 del 4 de febrero de 2022. No obstante, para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional existen dos criterios que deben ser tomados en cuenta para hacer este análisis y que delimitan el sector de la población que accederían antes de lo esperado a las prestaciones pensionales, generando un menor impacto al sistema:

1. Las personas que hayan sido identificadas como hombres al momento de nacer, y;
2. Que posteriormente hayan adelantado el cambio de su género al no binario.



Lo anterior, ya que, es claro que este cambio solamente cobija a las personas que previamente adelanten el cambio de su género ante las autoridades públicas, y que de este grupo de personas, aquellas que hayan sido identificadas como mujeres al momento de nacer no generarían un impacto fiscal, en el entendido que, pese a que hayan adelantado el cambio de su género al no binario, accederán al reconocimiento de prestaciones pensionales con la misma edad que inicialmente tenía proyectado el sistema, esto es, el régimen de edad establecido para mujeres.

Para resolver este interrogante también se debe tener en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para negar, restringir ni menoscabar derechos fundamentales¹⁵.

La adopción del modelo de Estado Social de Derecho en Colombia a través del artículo 1° de la Constitución Política tiene un gran impacto en la organización y funcionamiento del Estado, ya que establece la obligación de satisfacer las necesidades básicas del ciudadano y promover su dignidad. Este modelo se enfoca en la dignidad humana como un factor central para el desarrollo de la sociedad y de las personas, significa que el Estado debe garantizar el acceso a servicios básicos, lo que se convierte en una guía para la formulación de políticas públicas y la toma de decisiones por parte del Estado y de las autoridades.

De este modo, el Estado Social de Derecho no solo se interesa en las relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos, sino también en la realización plena de las personas en todos los aspectos de su vida, lo que implica que debe crear las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollarse, como sucede en el caso específico.

En concordancia con esto, varios pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional han establecido cuatro principios esenciales con los cuales el Estado Social de Derecho puede contribuir a brindar mayores garantías a los ciudadanos:

“1. De acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-322 de 2021. M.P. Alejandro Linares Cantillo.



2. El principio fundamental del trabajo justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, “para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (Art. 334 inciso 2 C.P.). De esta forma, el ESDD, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo (Arts. 25 y 53 C.P.).
3. Conforme el precedente reiterado, la solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental del que se derivan múltiples principios, entre ellos, los de equidad y progresividad tributaria (Art. 363 C.P.), al igual que derechos, como sucede con la seguridad social (Art. 48 C.P.), o deberes, por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares.
4. Finalmente, los objetivos esenciales del ESDD se identifican de mejor manera en el contenido y alcance del principio y derecho fundamental a la igualdad. Esto debido a que se extiende en diversas garantías, según se deriva del artículo 13 C.P., con son la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva y la incorporación de tratamientos diferenciados y acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”¹⁶ (Subrayado propio)

Aunado a lo anterior, pese a que el principio de sostenibilidad financiera es importante en la gestión de las finanzas públicas, su aplicación no debe ser a expensas de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos, siendo necesario siempre analizar estas problemáticas desde una perspectiva social y constitucional para garantizar el respeto de los derechos. Por lo tanto, si se toman medidas para mantener la sostenibilidad fiscal, estas deberán hacerse de manera que no se comprometan los derechos fundamentales de las personas, y se busquen soluciones equilibradas que permitan el desarrollo económico y social sin sacrificar la protección de los derechos humanos.

De este modo, para el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional, en este caso, los criterios delimitantes de la población que sería beneficiaria de la modificación al sistema pensional, moderan el impacto fiscal que la medida puede tener, por lo que, el criterio de sostenibilidad fiscal no sería oponible a la situación como argumento para negar la adopción de medidas de protección y garantía para los derechos fundamentales de las personas no binarias en el ámbito pensional.

¹⁶ Corte Constitucional. C-288 de 2012- M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



III. PETICIÓN

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre le solicita a la Honorable Corte Constitucional:

- Que se reitere la regla jurisprudencial establecida en la sentencia T-033 de 2022 según la cual las personas identificadas en el género no binario tienen derecho a gozar, sin discriminación de los mismos derechos de los hombres y mujeres cisgénero.
- Que declare la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que las personas del género no binario se deben entender incluidas en el régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez establecido para las mujeres cisgénero, por resultar ésta la opción más beneficiosa y favorable para este grupo vulnerable.

De los señores Magistrados, atentamente,

KENNETH BURBANO VILLAMARIN

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho de la Universidad Libre

jkbv@hotmail.com - jorgek.burbanov@unilibre.edu.co - observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co

C.C. 79.356.668 - Calle 8 No. 5-80, segundo Piso, Bogotá D.C. - Cel. 3153465150

KIMBERLY GUZMÁN GÓMEZ

Docente miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre.

kimberly.guzmang@unilibre.edu.co

C.C. 1.032.484.634 Celular: 3123093426.

LAURA MELISA BARRAGÁN BURGOS

Estudiante miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre.

lauram-barraganb@unilibre.edu.co

C.C. 1.006.843.799 Celular: 3202476203