COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/408/23

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/408/23
Expediente	D-15.142
Fecha	2023-10-11
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Partes	los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993

Temas que titula la Corte Constitucional

- Personas No Binarias

Resumen del caso (según la propia sentencia)

INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con el cargo formulado en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993, por falta de competencia para decidir demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

Texto completo

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 4º. A partir del primero (1º) 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 tuvieren 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 2.014 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.

II. LA DEMANDA 1. Según el demandante, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al prever requisitos para acceder a beneficios pensionales y de seguridad social únicamente para las personas que se identifican como hombres o como mujeres, y no incluir a quienes se identifican como personas de género no binario. Con ello, en su criterio, las disposiciones demandadas vulneran los artículos 2 y 13 de la Constitución Política. Las razones en las que fundamenta el desconocimiento de estos preceptos constitucionales son las siguientes:

2. En primer lugar, las disposiciones demandas contrarían el artículo 2 de la Constitución Política, porque: (i) uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (ii) los beneficios pensionales y de seguridad social solo están reglamentados para las personas que se identifican como hombres o como mujeres, y no existen reglas sustanciales que permitan definir con claridad y suficiencia el régimen aplicable a las personas que se identifican con el género no binario; (iii) esta omisión legislativa atenta contra la finalidad del Estado de garantizar el derecho de las personas no binarias a acceder en condiciones de igualdad y equidad a los beneficios pensionales y de seguridad social.

3. En segundo lugar, las disposiciones demandadas vulneran el artículo 13 de la Constitución Política, porque: (i) esta norma superior garantiza la igualdad formal y material de todas las personas; (ii) las disposiciones demandadas reglamentan el acceso a beneficios pensionales y de seguridad social únicamente para hombres y mujeres, sin prever una reglamentación para las personas que se identifican con el género no binario; (iii) este género “ha sido reconocido como una amplificación de la identificación de género atinente al desarrollo de la libertad sexual de las personas, en los términos reconocidos por la Corte Constitucional en Sentencia T-033 de 2022”.

4. En particular, el demandante argumenta que en este caso se configura una omisión legislativa relativa por las siguientes razones. Primero, la omisión se atribuye a una norma específica y concreta, esto es, “versa sobre la ausencia de desarrollo de las normas demandadas para contemplar en su contenido reglas sustanciales aplicables al reconocimiento y acceso al régimen pensional y de seguridad social de las personas identificadas con el género No Binario”.

5. Segundo, las disposiciones demandadas excluyen de sus efectos casos que deberían incluir por ser asimilables a los que sí regularon, pues se refieren “a las reglas pensionales que deben observarse para el reconocimiento de los beneficios pensionales y de seguridad social para Hombres y Mujeres, sin que prevean reglamentación alguna en el caso de las personas que se identifican con el género No Binario”. En concreto, “establecieron parámetros cuantitativos que definen la edad que debe tener un hombre y una mujer para poder reclamar sus derechos pensionales, omitiendo desarrollar en sus previsiones las reglas aplicables a las personas identificadas con el género No Binario”. Así, “se profirió una suficiente regulación sustancial en materia pensional y de seguridad social para Hombres y Mujeres, mientras que para las personas identificadas con el género No Binario, el legislador omitió establecer reglas en tal sentido”.

6. Tercero, la omisión es injustificada o carece de un principio de razón suficiente, pues “el proceso de consideración normativa de la Ley 100 de 1993, no ofrece razón alguna para poder sustentar la ausencia de reglamentación en la que

incurrió el legislador, ni mucho menos que la misma se fundamente en alguna concepción diferencial entre los Hombres, las Mujeres y las personas No Binarias".

7. Cuarto, la omisión genera un trato desigual e injustificado para los sujetos excluidos, "por cuanto mientras los Hombres y las Mujeres tienen sus reglas pensionales y los beneficios de seguridad social perfectamente definidos en materia de edad, las personas adscritas al género No Binario carecen por completo de reglas sustanciales a partir de las cuales consolidar su proyección y expectativa en materia pensional, conllevando con ello a que el estado actual de la regulación, signifique una transgresión y desamparo inminente para este sector poblacional […] desconociendo así su ejercicio de libertad sexual y su libre desarrollo de la personalidad al adscribirse a una nueva categoría que genera amplificación del binarismo sexual históricamente reconocido por el andamiaje jurídico nacional". De manera que "si los preceptos normativos se mantienen, ello implicaría una especie de coerción normativa injustificada impuesta por el ordenamiento jurídico que generaría la necesidad para las personas no binarias de abandonar su escogencia en materia de género, amén de acceder a un beneficio pensional y de seguridad social teniéndose que identificar como hombre o mujer en contra de su voluntad".

8. Quinto, la omisión cuestionada es consecuencia de un deber impuesto por la Constitución al legislador, porque: (i) el artículo 48 de la Constitución prevé que "los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas […] serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones"; (ii) según el artículo 150 de la Constitución "es función del Congreso de la República como titular de la atribución legislativa, hacer las leyes, entre las cuales se encuentran las que rigen el Sistema General de Pensiones"; (iii) dentro del concepto de "todas las personas", están comprendidos los hombres, las mujeres y la población no binaria, pues el artículo 48 de la Constitución no lo limitó a hombres y mujeres;

(iv) de acuerdo con la Sentencia C-083 de 2019, el Congreso "cuenta con un amplio margen de configuración legislativa, el cual podrá aplicar sólo para amplificar la cobertura y alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, como concreción del mandato de igualdad material que le corresponde realizar"; por lo tanto, "es claro que se requiere la adopción de parámetros legales que permitan determinar en iguales y equitativas condiciones los términos en los cuales se alcanzarán, reclamarán y disfrutarán los derechos pensionales en materia de edad, por parte de la población No Binaria".

III. CONCEPTOS E INTERVENCIONES CIUDADANAS 9. Dentro del proceso se recibieron trece conceptos, entre ellos el de la Procuradora General de la Nación, y una intervención ciudadana. En su mayoría, los conceptos recibidos se limitaron a responder el cuestionario que el magistrado sustanciador formuló en el auto admisorio de la demanda a las entidades invitadas a participar [2] .

Solo en cinco casos se formularon solicitudes relacionadas con la constitucionalidad de las disposiciones demandadas o con la aptitud de la demanda, como se indica en el siguiente cuadro.

Solicitud / Participación Inhibición Exequibilidad Exequibilidad condicionada Ninguna Intervenciones ciudadanas (artículos 242.1 y 7 del Decreto 2067 de 1991) [3] Harold Sua Montaña Conceptos de entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados (artículo 13 del Decreto 2067 de 1991) Procuradora General de la Nación [4] ;

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Universidad Nacional Universidad Libre Defensoría del Pueblo; Corporación Caribe Afirmativo; Colombia Diversa; Red Somos; Universidad de los Andes; Universidad del Norte; Academia Colombiana de Jurisprudencia; Colpensiones y Porvenir 10.

En atención a lo anterior, la Sala se referirá, de manera general, a los argumentos centrales de quienes respaldan los argumentos de la demanda y de quienes se oponen a estos. El sentido de cada una de estas participaciones se puede sintetizar de la siguiente manera:

Respaldan la demanda Se oponen a la demanda Procuradora General de la Nación Harold Sua Montaña Defensoría del Pueblo Ministerio de Hacienda y Crédito Público Corporación Caribe Afirmativo Colpensiones Colombia Diversa Porvenir Red Somos Universidad Nacional Universidad de los Andes Universidad del Norte Academia Colombiana de Jurisprudencia 1.

Argumentos de quienes respaldan la demanda 11. Defensoría del Pueblo. Afirma que las personas no binarias tienen derecho a acceder a las prestaciones pensionales por vejez en los mismos términos que los hombres y las mujeres, en razón del principio de igualdad y no discriminación.

De hecho, sostiene que una razón constitucional que justifica la necesidad de definir legalmente una edad de acceso para estas personas es cumplir en su totalidad los mandatos de los artículos 13 (derecho a la igualdad) y 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) de la Constitución.

12. Para la Defensoría, definir una edad intermedia de acceso a prestaciones pensionales por vejez para las personas no binarias no sería constitucionalmente aceptable, porque tendrían un requisito de edad más exigente que las mujeres, a pesar de ser un grupo que también enfrenta problemas de discriminación. Además, implicaría realizar un análisis respecto de la expectativa de vida y las necesidades de ese grupo poblacional, al momento de calcular la mesada de la eventual pensión. En esa medida, corresponde valorar las situaciones particulares de discriminación a las que se ven sometidas las personas no binarias y las consecuencias en sus vidas, para, a partir de ellas, determinar las condiciones que se deberían establecer para el otorgamiento de su pensión.

13. Según explica, la vulnerabilidad y discriminación histórica de la que ha sido objeto la población LGBTIQ+ (de la que hacen parte las personas no binarias) restringe sus posibilidades de acceso al mercado laboral y su desarrollo profesional. Por ejemplo, la OIT ha señalado que es común que estas personas enfrenten situaciones de discriminación en el trabajo, debido a su orientación sexual y/o identidad de género. Esa discriminación, afirma, se presenta incluso antes de acceder al mercado laboral formal, lo que reduce sus perspectivas de empleo, y continúa tanto en el acceso al empleo como en el ciclo de empleo. Agrega que si bien no es posible agrupar bajo una misma categoría a las personas no binarias y a las personas transgénero, la experiencia de estas últimas en cuanto a la discriminación sistemática que enfrentan y su impacto en el acceso al mercado laboral puede servir de referencia para demostrar la necesidad de reconocer a las personas no binarias como población históricamente discriminada y sujeto de especial protección.

14. La Defensoría reconoce que la simple equiparación de las condiciones de acceso a la pensión previstas para las mujeres, en virtud de la discriminación y violencia que padecen, no es la mejor alternativa para satisfacer la demanda de la población no binaria ni para garantizar su derecho a la igualdad. Sin embargo, con base en la premisa de que las diferencias en la edad de pensión para hombres y mujeres se debe, entre otras razones, al reconocimiento de la discriminación que estas últimas enfrentan en el acceso al mercado laboral, el mismo argumento debería ser utilizado para defender que el requisito de edad para las personas no binarias se equipare al de las mujeres, y no al de los hombres. Con todo, advierte que la Corte Constitucional debe reconocer que esa equiparación se da como consecuencia de una protección especial, pues la identidad de género no binaria no debe asimilarse con la femenina.

15. Corporación Caribe Afirmativo . Considera que las disposiciones demandadas desconocen la diversidad que existe dentro de las identidades y expresiones de género. En su criterio, exigir que una persona se deba reconocer como hombre o como mujer para gozar del derecho a la seguridad social conlleva graves vulneraciones a los derechos de las personas no binarias (v. g., igualdad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad), que no están representadas en sus vivencias por ninguna de esas dos categorías de género, lo que las ubica en un estado de desprotección absoluta.

16. Según la entidad, las personas con experiencias de vida trans y de género diverso (como las personas no binarias) enfrentan mayores barreras de acceso al trabajo formal, que les imposibilitan acceder a los beneficios de la seguridad

social. Además, son titulares de una protección constitucional reforzada, pues han estado marginadas y discriminadas de manera histórica y estructural. En esa medida, el Estado debe garantizar que sean titulares de los derechos reconocidos a nivel constitucional y que tengan la posibilidad de ejercerlos en igualdad de condiciones. Para esto, es necesario, entre otras cosas, reformar el sistema pensional, con el fin de que atienda a las nuevas necesidades de las personas no binarias. Esto, agrega, implica reconocer la existencia del género no binario, incluir en el sistema de seguridad social a quienes se identifican como tales y tener claridad sobre la edad a la que estas personas pueden beneficiarse de las prestaciones pensionales.

17. A juicio de Caribe Afirmativo, las marcadas desigualdades en las condiciones laborales y sociales que se han reconocido en el caso de las mujeres son equiparables en gran medida a las de las personas con experiencias de vida trans, incluidos los hombres y las mujeres trans y las personas no binarias. Agrega que, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido que estas personas están expuestas a estigmas y preconcepciones originadas en reglas e imaginarios sociales sobre lo que se asume como normal en la vivencia del género, por lo que son percibidas como infractoras de la normalidad. De ese modo, los esquemas sociales tienden a menospreciarlas, con consecuencias que se proyectan en forma transversal sobre todos los espacios en que se desenvuelven, entre ellos el laboral y, en consecuencia, el pensional. Esas desigualdades, sostiene, justifican la adopción de un trato más beneficioso en materia pensional. Así, ante la ausencia de una regulación específicamente referida a las personas no binarias, y en aplicación de los principios in dubio pro operario y pro homine , debe preferirse la alternativa más garantista o la que permita la aplicación más amplia del derecho fundamental a la seguridad social, que, en este caso, sería aplicar la edad más baja prevista en la ley para acceder a las prestaciones pensionales.

18. Colombia Diversa . Sostiene que la falta de disposiciones específicas en materia de seguridad social somete a las personas no binarias a un estado de indefensión y de inseguridad jurídica. Esto implica que se configura un perjuicio en su contra, pues son objeto de un trato desigual e injustificado que se basa en la identidad de género, una categoría sospechosa de discriminación. A su juicio, establecer que las personas no binarias accedan a las prestaciones pensionales con base en las edades previstas para hombres y mujeres por razón de su sexo desconoce su derecho fundamental a la identidad de género y las somete a un trato desigual respecto de los hombres y las mujeres trans, a quienes se les da un trato constitucional en materia de seguridad social basado en su identidad de género, y no en su sexo.

19. La entidad considera que la edad pensional para las personas no binarias debe ser la establecida para las mujeres, como consecuencia lógica del reconocimiento de la situación de desprotección en la que se encuentran y de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, interpretación pro personae , favorabilidad en materia laboral e in dubio pro operario . En su criterio, las personas no binarias se encuentran en condiciones de discriminación estructural y vulnerabilidad, especialmente relacionadas con su invisibilidad. Agrega que, específicamente en materia laboral, encuentran múltiples barreras, en particular por la falta de reconocimiento de la identidad de género, los prejuicios, la discriminación y el acoso laboral en los lugares de trabajo. Esto, advierte, constituye una barrera para acceder al derecho fundamental a la seguridad social y disminuye las posibilidades de que las personas no binarias obtengan la pensión de vejez.

20. Colombia Diversa afirma que actualmente no es posible establecer una edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez para las personas no binarias distinta a la prevista para hombres y mujeres, pues no existe información estadística suficiente sobre las condiciones materiales de ese grupo poblacional. Así, es imposible determinar qué edad promovería la eliminación y/o superación de las barreras que les han impedido el desarrollo de una vida digna y en condiciones de igualdad. En esa medida, considera necesaria una acción afirmativa que realmente reivindique a las personas no binarias y que responda a políticas públicas que contemplen factores como la empleabilidad y la capacidad contributiva.

21. En todo caso, sostiene que la interpretación que lleve a cabo la Corte Constitucional para resolver el asunto bajo examen debe ser la más favorable y garantista de los derechos de estas personas, esto es, establecer que la edad para acceder a las prestaciones pensionales de vejez sea la misma prevista para las mujeres, en reconocimiento de su situación de discriminación estructural y como acción afirmativa bajo el principio de igualdad y no discriminación.

22. Finalmente, en cuanto a la siguiente pregunta formulada en la solicitud de concepto por parte del magistrado sustanciador: "¿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?, indicó:

"En conclusión, no se conocen experiencias comparadas de países que hayan establecido edades específicas para el acceso a la pensión a personas no binarias. Sin embargo, sí se observa una tendencia internacional al reconocimiento de las identidades de género no binarias y al establecimiento de medidas diferenciadas como acciones afirmativas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación para la superación de las condiciones históricas de desigualdad y contextos culturales de discriminación a las que han estado sometidas las personas no binarias […] Sin desconocer que, también se destaca, la tendencia a nivel internacional de establecer una edad única para el acceso a las prestaciones pensionales por vejez, lo que si bien podría observarse como contradictorio respecto a la necesidad de aplicar una medida diferenciada como acción afirmativa respecto a este grupo poblacional reconocer [sic] la necesidad de desarrollar políticas públicas integrales para resolver las discriminaciones estructurales" [5] .

23. Red Somos . En su criterio, el hecho de que el sistema pensional colombiano parta de una estructuración binaria hombre-mujer impone, a primera vista, un gran reto para la vinculación de las personas no binarias. La entidad advierte que la Corte Constitucional no puede dejar de reconocer la importancia contextual del espíritu legislativo de cada época, pues una interpretación jurídica desligada de los contextos socioculturales y temporales no es más que una positivización de ideales, y no de realidades. En ese sentido, es necesario reconocer que los derechos de la población LGBTIQ+, en particular los de las personas no binarias, no estaban en la escena del debate público de 1993 y, por lo tanto, no existía un espíritu legislativo enfocado en el reconocimiento de esa población. No obstante, hoy por hoy, la necesidad de vincular a las personas no binarias al sistema pensional obedece al reconocimiento de las luchas por los derechos dentro de un sistema estatal dividido en la binaridad.

Agrega que si bien es importante verificar las implicaciones fiscales de que más personas se pensionen con anterioridad a lo previsto inicialmente, valdría la pena preguntarse si la posibilidad de pensionarse antes sería un incentivo para cotizar al sistema pensional.

24. Universidad de los Andes . Considera que el Estado debe fijar una edad y una densidad de semanas para el acceso de la población no binaria a las prestaciones pensionales por vejez. La opción más plausible, en su criterio, sería adoptar una medida afirmativa en la que se plantee la posibilidad de que estas personas se pensionen con la edad mínima requerida, es decir, los 57 años que se les exigen a las mujeres. Esa medida estaría sustentada en el principio de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta que (i) el género o la identificación de un individuo no puede ser un obstáculo para el reconocimiento de sus derechos, y (ii) el principal objetivo es que las personas no binarias tengan la misma garantía en el acceso a una pensión que las personas cisgénero.

25. Para la Universidad de los Andes, la consideración de supuestos de hecho distintos al binarismo contenido en las disposiciones pensionales vigentes significaría un avance y no implicaría un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido, pues las edades establecidas para las personas cisgénero se conservarían. Con todo, el hecho de que dicho avance se introduzca mediante cambios normativos en disposiciones cuyo texto no se modificaría requiere un especial cuidado, para garantizar el principio de progresividad, es decir, para evitar que su aplicación a un supuesto de

hecho no previsto en su redacción inicial implique evadir los límites de la libertad de configuración normativa y la no regresión.

En esa medida, considera necesario acudir al principio in dubio pro operario o al principio de favorabilidad en sentido amplio, cuya aplicación armónica justifica que las reglas de edad para acceder a la pensión también se apliquen a las personas no binarias, en tanto garantizan que se conserve el terreno ganado para las personas cisgénero y que se pueda controlar cualquier interpretación restrictiva y regresiva.

26. Agrega que la población no binaria ha sido afectada por barreras de acceso a servicios y derechos, así como por diferencias de trato y de oportunidades. Ese trato discriminatorio, afirma, las ha invisibilizado, marginándolas y despojándolas del goce de una ciudadanía plena. En su criterio, el Estado ha afectado directamente el acceso de esta población a sus derechos, al no reconocer plenamente la identidad de género no binaria ni garantizarle los servicios que tiene a cargo. Además, las personas no binarias enfrentan condiciones de discriminación y violencia que el Estado debe atender para garantizar sus derechos en condiciones de igualdad y no discriminación. Al respecto, recuerda que cualquier trato diferenciado en una norma, actuación u omisión estatal que se base en la orientación sexual y la identidad y/o expresión de género se presume discriminatorio, a menos que el Estado demuestre lo contrario.

27. Universidad Libre . En su criterio, las disposiciones demandadas incurren en una omisión legislativa que vulnera las dimensiones formal, material y la prohibición de no discriminación propias del derecho a la igualdad, porque excluir del reconocimiento legal para el acceso a las prestaciones pensionales por vejez a las personas no binarias que hayan decidido cambiar la asignación del género en sus documentos de identidad desconoce la prohibición de trato diferente por criterios sospechosos como el sexo y el género.

A esto se suma que las personas que experimentan identidades de género diversas se encuentran dentro de los grupos históricamente discriminados y están expuestas a estigmas originados en el constructo social de lo que se entiende como normal en la vivencia del género, por lo que son sometidas al menosprecio de la sociedad en los espacios donde se desenvuelven.

28. Para la Universidad Libre, en el asunto bajo examen es viable aplicar el régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales por vejez que resulte más favorable y beneficioso para las personas no binarias, esto es, el régimen de edad dispuesto para las mujeres cisgénero. A su juicio, definir una edad para el reconocimiento de estas prestaciones a las personas no binarias hace real la posibilidad de que accedan al régimen de protección social para la vejez, y establecer que sea por medio del régimen más favorable corresponde a la opción diferencial que compensa la desigualdad histórica a la que han sido sometidas. De lo contrario, agrega, se mantendría el estado de indefensión de las personas no binarias en el ámbito pensional, que las podría llevar a optar por conservar el género que se les asignó al nacer, en contravía de sus derechos fundamentales.

29. La universidad reconoce que la adopción de esta medida tendría un impacto fiscal en el sistema pensional, pues un sector de la población accedería al reconocimiento de beneficios pensionales antes de lo previsto. Sin embargo, no es posible determinar con exactitud el alcance de ese impacto, pues hoy por hoy no se cuenta con un registro o censo de personas que se identifican con el género no binario. En todo caso, advierte, el criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser invocado para negar, restringir ni menoscabar derechos fundamentales. Si bien dicho criterio es importante en la gestión de las finanzas públicas, no debe ser aplicado a expensas de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos. En este caso, agrega, los criterios delimitantes de la población que se beneficiaría de la medida, esto es, las personas identificadas como hombres al momento de nacer que hayan llevado a cabo ante las autoridades el cambio de género al no binario [6] , moderan su impacto fiscal.

30. Con base en lo anterior, solicita que la Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada de las disposiciones demandadas, en el entendido de que las personas de género no binario se deben entender incluidas en el régimen de edad de acceso a las prestaciones pensionales para la vejez establecido para las mujeres cisgénero, por ser la opción más beneficiosa y favorable para este grupo vulnerable.

31. Universidad del Norte. Sostiene que la exclusión de las personas no binarias del requisito de edad para acceder a las prestaciones pensionales por vejez significa que no pueden acceder a los mismos derechos y beneficios que las personas que se identifican como hombres o mujeres, lo cual es una clara violación de su derecho a la igualdad de oportunidades. Además, en la medida en que las personas no binarias estarían obligadas a identificarse como hombres o mujeres para encajar en el requisito de edad legalmente previsto y, de esa manera, obtener una pensión de vejez, se vulneraría el principio de no discriminación.

De ahí que las políticas públicas y los sistemas de protección social, como el sistema pensional, deban adaptarse a la realidad diversa y compleja de la sociedad colombiana.

32. En efecto, la universidad considera que uno de los grandes desafíos que representa la definición legal de una edad de acceso a las prestaciones pensionales para las personas no binarias es que se les obligue a elegir con cuál de las dos categorías de género previstas en la legislación (hombre o mujer) se sienten más identificadas y cómodas. Las personas no binarias, explica, no solo no se sienten representadas por estas categorías de género tradicionales, sino que pueden no tener un género definido, tener dos géneros, tener uno y otro género en diferentes momentos e incluso desistir de la idea misma del género. De manera que obligarlas a identificarse con alguna de las categorías binarias sería una violación a su esfera personal e íntima que limitaría su derecho a expresar libremente su identidad y su dignidad humana.

33. Por esa razón, advierte, la determinación de los requisitos de acceso a la pensión de las personas no binarias debe reconocer la diversidad de género y evitar imponer sistemas o mecanismos que limiten la libertad de elección y la autonomía de estas personas. Por ejemplo, determinar una edad diferenciada que oscile entre las edades exigidas a hombres y mujeres podría vulnerar derechos fundamentales como la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y la progresividad de las prestaciones sociales. Además, afectaría en especial a las personas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer, pues se podría crear una barrera que les impida expresar libremente su identidad de género por temor a perder los beneficios que se les han reconocido legalmente por pertenecer a ese sexo.

34. En todo caso, agrega, cualquier medida que se diseñe debe estar orientada a prevenir el fraude y proteger el interés general, sin poner en riesgo los derechos de las personas no binarias. Para ello, considera fundamental que el proceso de verificación de la identidad de género no tenga como resultado su definición, pues esta es un acto de autodeterminación en el que el Estado no puede intervenir. Así mismo, es necesario que la medida sea diseñada e implementada con cautela y respeto por la dignidad de las personas no binarias, en particular de sus derechos a la privacidad, la dignidad y el reconocimiento de su identidad de género. Además, se debe garantizar que el proceso de verificación sea confidencial y no discriminatorio y que las personas no binarias tengan acceso a recursos efectivos en caso de violación de sus derechos.

35. Academia Colombiana de Jurisprudencia . Advierte que el desconocimiento del género no binario al prever los requisitos para acceder a las prestaciones pensionales por vejez representa una clara violación del principio de universalidad, pues discrimina a estas personas y las obliga a identificarse con uno de los géneros tradicionales. Agrega que el principio de igualdad y no discriminación justifica modificar el esquema de reconocimiento de prestaciones pensionales por vejez, en particular los requisitos de edad para hombres y mujeres. Así mismo, afirma que, de acuerdo con la Sentencia SU-440 de 2021, la identidad de género es un derecho fundamental innominado que se deriva del

principio de dignidad humana y de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la igualdad.

2. Argumentos de quienes se oponen a la demanda 36. Harold Sua Montaña . Mediante intervención ciudadana, solicita que la Corte se declare inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas. En su criterio, la demanda carece de aptitud sustantiva por falta de suficiencia, pues (i) no es posible al menos inferir una afectación en el otorgamiento de la pensión a las personas no binarias con base en tales disposiciones y (ii) no se indica con precisión la manera en que se debe proceder, aplicando los principios de proporcionalidad, conveniencia y razonabilidad en materia de configuración normativa. Agrega que en el asunto bajo examen sería más fácil eliminar la diferenciación sexual como factor para otorgar o no una pensión y reemplazarla con una operación matemática que determine la edad para dicho otorgamiento, en atención a las condiciones de marginalidad, vulnerabilidad y/o discriminación del sujeto de que se trate y al marco fiscal de mediano plazo.

37. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sostiene que definir una edad de acceso a las prestaciones pensionales que tenga en cuenta el criterio del sexo no es inconstitucional, por cuanto se trata del criterio que da mayor certeza a la voluntad dispositiva de la ley, por su carácter objetivo, que contrasta con el carácter subjetivo de la identidad de género. Por lo tanto, la forma más razonable de aplicar a las personas no binarias el requisito de edad es apelar a este concepto de sexo, que distingue a todas las personas, incluidas quienes se identifican como no binarias.

38. A juicio del ministerio, optar por parámetros, que tienden a ser dinámicos, complejos, temporales, subjetivos y/o mutables, acarrearía eventuales manipulaciones para escoger, indiscriminadamente, el requisito más favorable para acceder a las prestaciones pensionales, lo que desvirtuaría la obligatoriedad y el carácter erga omnes de la ley, y, por tanto, podría dar lugar a fraudes para acceder a los reconocimientos pensionales. Además, el hecho de que el legislador haya adoptado el criterio del sexo al nacer no significa que las personas no binarias o con una identidad de género diversa estén excluidas del acceso a la pensión, pues tienen la posibilidad de cumplir la edad exigida por la ley, de acuerdo con aquel.

39. La entidad advierte que definir una edad de acceso a prestaciones pensionales para las personas no binarias afectaría la política pública vigente, pues las estadísticas que soportan la sostenibilidad financiera del sistema pensional se basan en el parámetro “sexo”.

Además, resultaría muy difícil, pues hoy por hoy no se conoce el número de personas que se autoperciben como no binarias. Agrega que esa autopercepción, además de subjetiva, puede ser transitoria, plural, ambigua y dinámica, lo que impediría acertar en la definición del requisito de edad para este grupo poblacional, con un impacto en el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

40. En este último sentido, afirma que establecer para las personas no binarias la edad que corresponde a las mujeres afectaría el citado principio constitucional, pues significaría crear nuevas obligaciones pensionales para un grupo de personas que ni siquiera es cuantificable. Además, el erario se vería gravemente afectado, porque los subsidios a las pensiones se incrementarían de forma exponencial, y el sistema pensional se haría vulnerable al fraude, pues la posibilidad de pensionarse cinco años antes persuadiría a los hombres cisgénero a inscribirse como personas no binarias, sin que el sistema cuente con mecanismos para controlar esa práctica [7] . Finalmente, sostiene que fijar para las personas no binarias la edad que corresponde a los hombres puede resultar menos grave para la sostenibilidad financiera del sistema pensional; sin embargo, sería inequitativo, pues personas de sexo femenino que se podrían pensionar a los 57 años tendrían que esperar hasta los 62 años para obtener ese derecho. Con base en lo anterior, solicita que la Corte no varíe la edad del sexo al nacer como criterio para el reconocimiento de derechos pensionales.

41. Colpensiones . Explica que la organización financiera del sistema pensional se basa en técnicas actuariales que tienen en cuenta condiciones jurídicas, demográficas y económicas relativamente estables, entre ellas, variables relacionadas con el sexo y la esperanza de vida. Según advierte, si uno de esos elementos fluctúa sustancialmente, el pronóstico actuarial se alteraría, causando un desbalance que, a mediano y corto plazo, redundaría en tener que aumentar la carga impositiva a los ciudadanos. En ese sentido, recuerda que, para preservar el balance económico del modelo, el Acto Legislativo 01 de 2005 previó que cualquier modificación en materia de pensiones debía garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

42. A juicio de Colpensiones, la aplicación del régimen de edad previsto para las mujeres y los hombres cisgénero a las personas no binarias no genera ningún impacto sobre el pasivo pensional, pues se asume que, independientemente de cómo se declare una persona, las edades aplicables serán las que defina su sexo al momento de su nacimiento. Por el contrario, si se reconociera la condición de no binario, se incrementaría el pasivo pensional en relación con los hombres, quienes tendrían incentivos para declararse como no binarios, al poder elegir una menor edad para pensionarse. Según sus cálculos, en este escenario, los hombres con edades de posible pensión (esto es, entre los 57 y los 61 años) representarían el 8,5 % de la población total de hombres y el 4,6 % del total de afiliados al sistema pensional. Esto significa que el pasivo para esta población se incrementaría en un 8,5 %, y pasaría de 185,7 billones de pesos a 201,5 billones de pesos. Ese incremento, sostiene, impactaría el 45,3 % de la reserva pensional de los hombres con expectativa de pensión y el 2 % del pasivo pensional del total de los hombres y las mujeres afiliadas a Colpensiones.

43. Finalmente, advierte que la definición de una edad de acceso a las prestaciones pensionales para las personas no binarias debe dar claridad sobre los siguientes escenarios: (i) casos en los que Colpensiones ya ordenó el reconocimiento de una prestación económica siendo hombre o mujer y, posteriormente, se solicita el cambio de fecha de efectividad como persona no binaria y (ii) casos en los que el cambio en el marcador de “sexo” en el registro civil se realiza de manera concomitante o posterior al cumplimiento del requisito de semanas cotizadas por parte del solicitante.

44. Porvenir . Afirma que no es necesario determinar una edad de pensión para las personas no binarias. En su opinión, el criterio diferenciador del sexo ofrece claridad y evita cualquier riesgo de fraude al sistema pensional, mientras que modificar las reglas establecidas en los artículos demandados generaría una situación de inseguridad jurídica. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), definir una edad de pensión inferior para las personas no binarias impondría una carga superior al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al demandar mayores recursos para financiar esa prestación económica. Además, podría generarle un detrimento patrimonial al afiliado que solicite la redención anticipada de su bono pensional, pues obtendría un valor inferior al de una redención normal de ese título de deuda pública.

45. Porvenir sostiene que el sexo y la expectativa de vida son presupuestos necesarios para medir el capital mínimo requerido para acceder a una pensión de capital. Ni ese capital mínimo ni los criterios para la contratación de una renta vitalicia se podrían calcular bajo criterios de género. En cuanto al reconocimiento de la pensión mínima, la entidad evidencia una imposibilidad para tramitar la solicitud ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, pues se debe tener clara la situación del bono pensional y los presupuestos de capital mínimo para acceder a una pensión por capital. A su juicio, la única forma de superar estas dificultades en el caso de las personas no binarias sería modificar las normas y estructurar un sistema pensional que se fundamente en criterios diferentes al marcador de sexo. Sin embargo, cambiar y/o determinar una edad de pensión diferente para las personas no binarias, sin la previa discusión en el Congreso, podría generar un importante impacto en el sistema pensional e iría en contravía de los postulados del principio de sostenibilidad financiera estipulado en el Acto Legislativo 01 de 2005.

46. Universidad Nacional . En su criterio, no es posible afirmar que exista algún tipo de omisión legislativa frente a la regulación de los requisitos que deben cumplir los hombres y las mujeres para acceder a las prestaciones pensionales y

de la seguridad social. En consecuencia, una declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones demandadas fundamentada en los argumentos del demandante generaría un escenario de inseguridad jurídica para un amplio sector de la población que se identifica con los géneros masculino o femenino, esto es, la mayoría de la población colombiana.

47. Algo muy distinto ocurre con los derechos y requisitos pensionales de las personas no binarias. Según explica, la Sentencia T-033 de 2022 le asignó al Estado el deber de proteger los derechos de estas personas. Dentro de ese deber se enmarca la obligación de legislar sobre asuntos relacionados con los derechos de la población no binaria, incluidos los requisitos que debe cumplir para acceder a una pensión. En efecto, esa sentencia asumió de manera implícita que ha faltado un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial sobre el tema identitario. Así, partiendo de una omisión absoluta sobre la materia, exhortó al Congreso para que regulara todos los derechos, obligaciones y servicios que encuentran en el sexo o en el género un criterio de asignación, con el fin de especificar las condiciones en que la población con identidades de género no binarias accederá a ellos en forma independiente.

48. Por lo tanto, en la medida en que la Corte Constitucional carece de competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, y es al Congreso al que le corresponde legislar sobre los asuntos en los cuales no existe un desarrollo normativo, concluye que las disposiciones demandadas deben ser declaradas exequibles y se debe exhortar al Congreso para que legisle sobre la regulación pensional de las personas no binarias.

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN 49. Considera que la demanda debe prosperar, porque concurren los presupuestos necesarios para sostener que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa. Ello es así, en la medida en que: (i) esa omisión se predica sobre unas disposiciones positivas que, al regular las pensiones de vejez, no utilizan palabras que permitan su operatividad frente a los individuos de género no binario; (ii) dicha exclusión desconoce un deber impuesto al Congreso de la República por el constituyente, porque los artículos 13 y 48 de la Constitución ordenan al legislador garantizar el derecho a la seguridad social a “todos los habitantes” del territorio nacional, “sin ninguna discriminación por razones de sexo”;

(iii) no existe una razón suficiente desde una perspectiva constitucional para otorgar un trato diferenciado en el goce de las pensiones de vejez a las personas que se identifican como no binarias o con cualquier otra tipología de identidad diversa, y (iv) se observa una ausencia de presupuestos para la operatividad de las pensiones de vejez en el caso de las personas de género no binario, lo que deriva en una desigualdad negativa.

50. Al respecto, explica que aunque las personas no binarias hayan cotizado al sistema de pensiones con el fin de obtener el reconocimiento de las prestaciones respectivas, deben desconocer su identidad de género para acceder a ellas, pues deben optar por alguna de las categorías tradicionales de género, en tanto la normativa vigente no les ofrece una fórmula para atender su condición diversa. Además, la literalidad de las disposiciones examinadas impide que las administradoras de pensiones determinen el requisito de edad que deben cumplir, lo que genera incertidumbre en la aplicación del derecho y una eventual desprotección cuando llegan a la tercera edad.

51. A juicio de la Procuradora, la adopción de un remedio judicial que permita superar la desigualdad evidenciada exige tener en cuenta que las disposiciones demandadas están fundadas en estudios técnicos sobre la expectativa de vida de los individuos en relación con sus condiciones biológicas y sociales, así como en análisis especializados de las variables económicas que influyen en la garantía del pago de las mesadas de jubilación. De manera que, ante la ausencia de estudios técnicos y especializados, la determinación de una edad para que las personas no binarias accedan a las pensiones de vejez resultaría arbitraria y podría generar la desprotección de algunos sujetos y afectaciones a la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Por su parte, una decisión de inexequibilidad simple no solo sería insuficiente para la protección de las personas no binarias, sino que generaría incertidumbre en el reconocimiento de las prestaciones pensionales para el resto de los individuos.

52. En consecuencia, solicita adoptar un fallo de mera inconstitucionalidad en el que se reconozca la incompatibilidad entre la omisión legislativa evidenciada y los mandatos de la Constitución Política, pero no se declare la inexequibilidad del texto positivo de las disposiciones demandadas, para no afectar la operatividad del sistema pensional mientras el legislador adopta las disposiciones respectivas para superar la discriminación advertida, con base en estudios técnicos y especializados.

V. CONSIDERACIONES 1. Competencia 53. En el concepto remitido a esta Corte, la Universidad Nacional advirtió que en el asunto bajo examen existe una omisión legislativa absoluta. Para sustentarlo, afirmó que la Sentencia T-033 de 2022 le asignó al Estado el deber de proteger los derechos de las personas con identidad de género no binaria, lo que incluye la obligación de legislar sobre los requisitos que deben cumplir para acceder a una pensión. Así, partiendo de una omisión absoluta sobre la materia, dicha sentencia exhortó al Congreso de la República para que regulara todos los derechos, obligaciones y servicios que encuentran en el sexo o en el género un criterio de asignación, con el fin de especificar las condiciones en que la población con identidades de género no binarias accederá a ellos en forma independiente. Esta regulación, hasta la fecha, no se ha expedido.

54. Con independencia de las razones expuestas por la Universidad Nacional en su concepto, la Sala analizará si en el asunto bajo examen en efecto existe una omisión legislativa absoluta, pues esto implicaría que la Corte carece de competencia para estudiar la demanda de la referencia. Tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, este tipo de omisiones legislativas, que se presenta cuando existe una falta de desarrollo total de un determinado precepto constitucional, no son susceptibles de control de constitucionalidad, en tanto se carece de objeto sobre el cual pueda recaer el análisis a cargo de la Corte [8] .

55. En atención a las particularidades del asunto bajo examen, y en aras de tener mayor claridad sobre la materia que se discute, de tal forma que se cuente con elementos de juicio suficientes para valorar la existencia o no del fenómeno de la omisión legislativa absoluta, la Sala se referirá previamente a: (i) el sistema general de pensiones y las prestaciones pensionales por vejez; (ii) los conceptos de sexo, género e identidad de género y (iii) la protección constitucional de las identidades de género diversas.

1.1. El sistema general de pensiones y las prestaciones pensionales por vejez 56. La Ley 100 de 1993 creó un sistema general de pensiones basado en el ahorro y la capitalización individual de las contribuciones [9] . Su propósito fue reordenar y financiar el esquema implementado a partir del Instituto de Seguros Sociales, en aras de garantizar el pago de las pensiones causadas y asegurar las futuras, “pero modificadas gradualmente para tomar en cuenta las nuevas circunstancias demográficas, para eliminar ciertos excesos permitidos bajo el régimen actual, y para equilibrar los beneficios ofrecidos en los sistemas alternativos” [10] . Además, pretendió “sanear las finanzas del sistema pensional” y frenar la generación de mayor deuda pensional, mediante el aumento de las cotizaciones, lo cual, sin embargo, no resultó suficiente para pagar la deuda acumulada, en tanto “las pensiones actualmente garantizadas no son sostenibles a las tasas vigentes de cotización” [11] .

57. Luego, la Ley 797 de 2003 buscó “mayor equidad, solidaridad y viabilidad financiera de un nuevo sistema que le d[é] un trato igualitario a todos los colombianos, mediante la eliminación, entre otros mecanismos, de los privilegios que actualmente gozan algunos sectores por estar exceptuados de la [L]ey 100 de 1993 o por razón de disposiciones especiales del régimen de transición”. Mediante esta normativa, se modificó la Ley 100 de 1993, con el fin de implementar alternativas viables para el sistema pensional que generaran rentabilidad social y se orientaran a mejorar esta condición y las financieras y, de manera simultánea, permitieran socializar los riesgos del sistema [12] .

58. Con posterioridad, el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el inciso séptimo al artículo 48 de la Constitución, dispuso, entre otras cosas, que el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional

y que las leyes que se expidan en materia pensional deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas. Esta Corte ha reconocido que la sostenibilidad financiera del sistema pensional tiene una naturaleza de principio constitucional específico del sistema de seguridad social [13] , junto con los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad, a los que también se refiere dicho artículo superior.

59. La Corte también ha señalado que las prestaciones pensionales por vejez son un medio que busca satisfacer una necesidad básica de las personas: la cobertura del riesgo de incapacidad económica en la vejez de todas las personas, en la que las condiciones para asumir por medios propios la satisfacción de la generalidad de necesidades es más limitada. La satisfacción de las necesidades básicas, como objetivo estatal, pretende dotar a todas las personas de unas condiciones mínimas para que puedan desarrollar sus planes de vida y gozar de un bienestar material adecuado, en los términos de los artículos 366, 2 y 1 de la Constitución [14] .

60. Las prestaciones pensionales por vejez buscan satisfacer esas necesidades básicas, al compensar las menores oportunidades laborales que se tienen en esa etapa de la vida, debido a la falta de capacidad - autonomía del individuo [15] . Al constituir uno de los fundamentos filosóficos del modelo social de Estado –el concepto de necesidades básicas–, también le son adscribibles los fines genéricos de la intervención estatal: alcanzar el “bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” (artículo 366 de la Constitución).

61. Además, en este amplio marco axiológico que supone el modelo de Estado Social de Derecho, los principios adscritos a la seguridad social, en especial el de universalidad, son especialmente relevantes, dado que su realización constituye uno de los fines específicos de la actuación estatal en la materia, según lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución. De acuerdo con esta disposición, “[l]a Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

62. El principio de universalidad, en los términos del artículo 2.b de la Ley 100 de 1993, “[e]s la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” (énfasis de la Sala).

Los otros dos principios a que hace referencia la disposición constitucional se definen en los siguientes términos en los literales a) y c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993: “a) EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” y “c) SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. || Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo. || Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables”.

63. Estos principios orientan el funcionamiento del sistema pensional y la destinación de los recursos públicos para el reconocimiento de prestaciones que respondan a esquemas sociales solidarios, financieramente viables y sostenibles en el tiempo, y equitativos para todas las personas de acuerdo con su contribución.

64. Las disposiciones objeto de censura definen el acceso de las personas a las prestaciones pensionales por vejez a unas edades determinadas y diferenciadas luego de que, según los aportes individuales que realicen (en el RAIS) o del número de semanas cotizadas (en el RPM), cumplan las exigencias para el acceso a esos beneficios del sistema de seguridad social integral. En efecto, tal como lo ordena la primera parte del inciso noveno del artículo 48 constitucional: “[p]ara adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley”.

1.2. Los conceptos de sexo, género e identidad de género 65. Las entidades invitadas a participar en el proceso se refirieron, entre otros asuntos, a los conceptos de sexo , género e identidad de género , con el fin de dar claridad sobre cada uno de ellos, de cara a la solución de la controversia constitucional propuesta. En términos generales, las definiciones que aportaron coincidieron entre sí y son similares a las que, en varias oportunidades, ha reseñado la jurisprudencia constitucional [16] .

66. De acuerdo con estas definiciones, el concepto sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas (anatómicas, físicas, genéticas, hormonales y cromosómicas) con base en las cuales las personas son clasificadas como hombres (de sexo masculino), mujeres (de sexo femenino) o personas intersexuales (con ambigüedad sexual o genital) al momento del nacimiento [17] .

67. El género , por su parte, es el concepto con el cual una sociedad o una cultura, en un momento histórico determinado, se refiere a ciertos roles, atributos y comportamientos de los hombres y de las mujeres, según el significado que les da a sus características biológicas y fisiológicas. De esta manera, actualmente, las personas son clasificadas como de género masculino (los hombres) y de género femenino (las mujeres). A diferencia del sexo, que es, en principio, un concepto objetivo que depende de las características mencionadas, el género es subjetivo, pues depende tanto de la evolución sociocultural como de la percepción que cada persona tenga respecto de su propio género.

68. Precisamente, a esa autopercepción se refiere la identidad de género . De manera general, este concepto ha sido definido como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, y que puede corresponder o no con el sexo al momento del nacimiento. Dicho de otra manera, la identidad de género es una construcción individual que depende de las elecciones personales sobre la forma de vivir la propia sexualidad tanto en el plano personal como en su proyección en la sociedad. Este concepto, a su vez, permite clasificar a las personas en cisgénero y transgénero .

69. Las personas cisgénero tienen una vivencia de su género que corresponde al sexo asignado al nacer. Cuando este último y la vivencia personal del género son masculinos, la persona es considerada un hombre cisgénero . Cuando tanto el sexo asignado al nacer como la vivencia personal del género son femeninos, la persona es considerada una mujer cisgénero .

70. Las personas transgénero , en cambio, tienen una vivencia personal del género que no corresponde al sexo asignado al nacer. Cuando este último es masculino y la vivencia personal del género es femenina, se dice que la persona se autorreconoce como una mujer transgénero (o mujer trans) . Cuando el sexo asignado al nacer es femenino y la vivencia personal del género es masculina, se dice que la persona se autorreconoce como un hombre transgénero (u hombre trans) .

71. Actualmente, no existe una postura doctrinal unificada acerca de si el concepto de personas transgénero incluye o no a las personas que se identifican como de género no binario . Esto, en la medida en que la vivencia del género de estas últimas no es femenina ni masculina, pues, precisamente, se aparta de esa clasificación.

72. En todo caso, esta Corte, en la Sentencia SU-440 de 2021, señaló que el término transgénero o trans es un término “paraguas” usado para describir las diferentes variantes de identidad de género de las personas cuya expresión no coincide con las identidades socialmente establecidas para el sexo asignado al nacer. Dentro de esta categoría, indicó, se encuentran las “ femineidades trans ”, que abarcan las vivencias de género de las personas conocidas como “ mujeres trans ”; las “ masculinidades trans ”, con las que se identifican las personas conocidas como “ hombres trans ”, y las personas de identidad “ no binaria ”, que se identifican con vivencias que no se encuadran en lo social y culturalmente definido como femenino o masculino [18] .

Sin perjuicio de lo anterior, para los efectos de esta sentencia, y con el fin de tener mayor claridad sobre el uso de estos conceptos, la Sala mantendrá la distinción entre personas transgénero y personas de género no binario, a las que agrupará bajo el concepto de identidades de género diversas .

73. En esa medida, es posible concluir que el concepto de personas no binarias se refiere a aquellas que no se identifican con el sexo asignado al nacer, por cuanto no se identifican con ninguna de las categorías identitarias tradicionales, es decir, que se apartan de las clasificaciones binarias hombre/mujer y masculino/femenino.

74. Cabe agregar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso, y sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, de 2020, indicó que las identidades de género no binarias reúnen tres subcategorías: (i) las personas que se identifican con un género diferente al masculino o el femenino (personas no binarias o genderqueer), (ii) las personas que no tienen una identidad compatible con ningún género o disienten de la idea misma del género (personas agénero) y (iii) las personas cuya identidad fluctúa entre los géneros masculino y femenino, es decir, que experimentan el género de manera cambiante, sin que sea un asunto fijo o estable (personas de género fluido).

75. Las identidades de género trans y las identidades de género no binarias conforman el conjunto de identidades de género diversas [19] , que, al apartarse de los parámetros tradicionales de lo masculino y lo femenino, están cobijadas por la protección constitucional a la diversidad sexual y la prohibición de discriminación por razones de género.

1.3. La protección constitucional de las identidades de género diversas 76. Esta Corte ha señalado que la protección a la identidad sexual y, por tanto, a la identidad de género, tiene fundamento en el principio de dignidad humana, pues es difícil encontrar aspectos más estrechamente relacionados con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. En esa medida, toda interferencia o direccionamiento sobre la identidad de género de un persona se considera como un grave atentado a su integridad y a su dignidad, pues le priva de la competencia para definir asuntos que solo conciernen a ella [20] .

77. Diversas sentencias de revisión de tutela se han referido a la protección constitucional de la identidad de género. Por ejemplo, la Sentencia T-314 de 2011 señaló que la identidad de género está protegida por la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución, por lo que cualquier trato discriminatorio aparentemente basado en este criterio es sospechoso y debe ser sometido a un estricto control judicial, para determinar si tal conducta es legítima o no. La Sentencia T-918 de 2012, por su parte, indicó que las personas tienen derecho a contar con una identidad sexual definida con plena autonomía, bajo la protección constitucional de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana.

78. Esta Corte también ha reconocido la identidad de género como un derecho fundamental innominado, cuya protección se deriva, precisamente, de su conexión con el principio de dignidad humana y los derechos a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad [21] . La Sentencia SU-440 de 2021 definió el derecho a la identidad de género como el derecho que le asiste a toda persona de construir, desarrollar y expresar su vivencia de género de manera libre y autónoma, así como de reivindicar para sí la categoría identitaria que mejor la represente. Además, indicó que el ámbito de protección de este derecho está compuesto por la facultad de desarrollar la identidad de género de forma libre y autónoma, el derecho a la expresión del género (esto es, la forma en que esa identidad se proyecta exteriormente) y la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género.

79. La protección constitucional a la identidad de género está reforzada en el caso de las personas con identidad de género diversa. Esto debido a “ (i) la discriminación histórica de [la] que han sido objeto [algunas más que otras, claro está]; y (ii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad ” [22] . En esa medida, las diferencias de

trato a las que sean sometidas estas personas, que estén fundadas en su vivencia personal del género y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de otros derechos fundamentales son, prima facie, contrarias a la Constitución [23] .

80. La Sentencia SU-440 de 2021 advirtió que la noción de lo que constituyen las normas masculinas o femeninas "correctas" o "normales" ha excluido a las personas con identidad de género diversa de la sociedad y las ha sometido a múltiples abusos en contra de sus derechos por parte de las autoridades y los particulares. Esta situación de vulnerabilidad las ubica en una posición de desventaja frente al resto de la población y las hace merecedoras de una protección constitucional reforzada, que se concreta en dos garantías fundamentales: (i) el derecho al reconocimiento jurídico de su identidad de género diversa y (ii) la protección cualificada contra la discriminación https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU440-21.htm - _ftn171 .

81. El primero se concreta en la obligación del Estado de contar con procedimientos expeditos que les permitan modificar o corregir su nombre y el marcador de sexo en los documentos de identificación y registros públicos de manera accesible, expedita, autónoma y transparente. La segunda implica tanto el carácter prima facie inconstitucional de las diferencias de trato fundadas en su identidad de género como la presunción de que esas diferencias de trato tienen como causa dicha identidad, por lo que corresponde al presunto responsable desvirtuar la naturaleza discriminatoria de sus actos u omisiones.

82. Esta protección cualificada supone, además, que el Estado tiene un deber cualificado de conducta que le impone adoptar medidas afirmativas encaminadas a: (i) erradicar las leyes y prácticas discriminatorias que afecten el desarrollo autónomo de la identidad de género de esta población; (ii) proteger la libre expresión de la identidad de género en los ámbitos académicos, laborales, gubernamentales y culturales; (iii) transformar los patrones de menosprecio y violencia física y simbólica que han operado en contra de esta población y (iv) asegurar que pueda ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, con independencia de su identidad de género diversa.

83. Como se indicó, una de las garantías fundamentales de la protección constitucional reforzada a las personas con identidades de género diversas es el derecho al reconocimiento jurídico de esa identidad. De acuerdo con la Sentencia SU-440 de 2021, dicho reconocimiento es una herramienta que puede reducir sensiblemente la exclusión social y la falta de oportunidades de esta población.

Así, una vez se lleva a cabo la modificación correspondiente en los registros públicos y los documentos de identificación, la nueva definición identitaria es la que resulta relevante [24] . En contraste, la ausencia de reconocimiento de los efectos del cambio o la corrección de la identidad de género de estas personas por parte de las autoridades y los particulares constituye un obstáculo al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica y crea diferencias de trato y oportunidades entre las personas cisgénero y las personas con identidad de género diversa.

84. Esta protección implica tener en cuenta que, entre los datos que figuran en los documentos de identificación, el nombre y el sexo son especialmente sensibles para las personas con identidades de género diversas, ya que, mediante ellos, pueden reconfigurar su identidad para definir su proyecto de vida y exteriorizarlo como manifestación de su dignidad [25] . La falta de correspondencia de estos datos con la autopercepción del género impide el reconocimiento de la propia identidad y propicia escenarios de discriminación y exclusión en las esferas pública y privada en las que la persona interactúa [26] .

85. Esta situación fue advertida de manera reciente por la Sentencia T-033 de 2022, en el caso de las personas con identidades de género no binarias. Contrario a lo que ocurre con las mujeres trans y los hombres trans, que pueden identificarse, respectivamente, con los marcadores de sexo femenino (F) y masculino (M), según la autopercepción de su género, las personas con identidades de género no binarias no tenían un marcador que las representara. En consecuencia,

su identidad de género no se veía reflejada en sus registros y documentos de identificación y, por lo tanto, no era legalmente reconocida.

86. La sentencia decidió inaplicar por inconstitucional el artículo 2.2.6.12.4.3 del Decreto 1227 de 2015 [27] en el caso concreto, relacionado con una persona no binaria que pretendía que su registro civil de nacimiento y su cédula de ciudadanía reflejaran su identidad de género. Según el fallo, la norma que limita los marcadores de sexo a las categorías binarias masculino y femenino desconocía la vivencia de género del accionante, que se constituye al margen de aquellas. En consecuencia, decidió amparar los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, respecto del cambio en el componente de sexo solicitado por el accionante, para incluir el marcador "no binario" o "NB" en sus documentos de identificación.

87. Además, la sentencia exhortó a (i) la inclusión de un nuevo marcador de sexo en la estructura de identificación a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil [28] y (ii) al Congreso de la República, para que, "en el término de dos (2) años, regule todos aquellos derechos, obligaciones y servicios que encuentran en el sexo o en el género, un criterio de asignación. Lo anterior, con el fin de especificar las condiciones en que la población con identidades de género no binarias accederá a ellos, en forma independiente". Hasta la fecha, el Gobierno nacional y el Congreso de la República no han atendido los exhortos. Sin embargo, la Registraduría Nacional del Estado Civil habilitó la categoría "No Binario (NB)" en el componente sexo del registro civil de nacimiento, la tarjeta de identidad y la cédula de ciudadanía, al modificar la Circular Única de Registro e Identificación, el 23 de marzo de 2023 [29] .

1.4. Existe una omisión legislativa absoluta en la regulación de la edad a la que las personas con identidad de género no binaria pueden acceder a las prestaciones por vejez 88.

La Sala advierte que el legislador no ha adoptado regulación alguna referida al acceso a las prestaciones pensionales por vejez para las personas con identidades de género no binarias, como derecho que tiene en el sexo o en el género un criterio de asignación.

89. En efecto, la Sala observa que las disposiciones demandadas establecen ciertos requisitos de acceso a prestaciones pensionales por vejez, tanto en el RPM como en el RAIS, que incluyen la definición de una edad a la que los hombres y las mujeres pueden acceder a dichos beneficios pensionales o que se toma como referencia para el cálculo de esas prestaciones económicas. Es decir, condicionan el acceso a dichas prestaciones de una manera diferenciada, dependiendo del género del beneficiario. Claramente, esa normativa no se refiere a la personas con identidades de género no binarias, lo que quiere decir que el legislador ha omitido de manera absoluta la regulación de los requisitos y beneficios pensionales para estas personas en los términos del artículo 48 de la Constitución [30] .

90. Así, en la medida en que no existe norma alguna referida a la edad a la que las personas con identidad de género no binaria pueden acceder a las prestaciones por vejez , ante a la falta de actuación legislativa, no es posible activar la competencia de la Corte para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, prevista en el artículo 241.4 de la Constitución.

91. En consecuencia, la Sala se inhibirá de adoptar una decisión de fondo en relación con el cargo formulado en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993, por falta de competencia para decidir demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

92. Con todo, en atención al deber estatal de adoptar medidas afirmativas encaminadas a asegurar que las personas con identidades de género diversas puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, la Sala exhortará al Congreso de la República para que evalúe si, en materia de régimen pensional, las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado, con el objeto de impedir o eliminar cualquier tipo de afectación en su acceso a las prestaciones de dicho régimen.

2. Síntesis 93. La Sala estudió una demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993. Según el demandante, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa al definir los requisitos de acceso a las prestaciones pensionales por vejez previstas en esas disposiciones, pues estableció requisitos de edad únicamente para los hombres y las mujeres, sin definir una edad para las personas de género no binario.

94. La Sala consideró que carecía de competencia para estudiar la demanda, al constatar que, en el asunto sometido a su consideración, lo que se configura es una omisión legislativa absoluta. Para llegar a esta conclusión, de manera preliminar, hizo referencia al sistema general de pensiones y las prestaciones pensionales por vejez; los conceptos de sexo, género e identidad de género, y la protección constitucional de las identidades de género diversas. A partir de esta estructura conceptual, constató que la inactividad del legislador respecto de la materia objeto de censura no podía adscribirse a una omisión legislativa relativa, como lo propuso el demandante, sino a una omisión legislativa absoluta. Por lo tanto, concluyó que carecía de competencia para decidir de fondo la demanda.

95. En consecuencia, decidió inhibirse de adoptar una decisión de fondo en relación con la demanda de inconstitucionalidad. 96. De otro lado, consideró necesario exhortar al Congreso de la República para que evalúe si, en materia de régimen pensional, las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado, con el objeto de impedir o eliminar cualquier tipo de afectación en su acceso a las prestaciones de dicho régimen.

VI. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

PRIMERO. INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con el cargo formulado en contra de los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993, por falta de competencia para decidir demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

SEGUNDO. EXHORTAR al Congreso de la República para que evalúe si, en materia de régimen pensional, las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado, con el objeto de impedir o eliminar cualquier tipo de afectación en su acceso a las prestaciones de dicho régimen.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase, DIANA FAJARDO RIVERA Presidenta NATALIA ÁNGEL CABO Magistrada JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Magistrado Con Aclaración de voto JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO Magistrado ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Magistrado PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada JOSE FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado Con aclaración de voto ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ Secretaria General ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS A LA SENTENCIA C-408/23 1.

Con el debido respeto por las determinaciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, presento las razones de mi aclaración de voto a la Sentencia C-408 de 2023. Esa decisión declaró que el legislador incurrió en una omisión legislativa absoluta al definir los requisitos de acceso a las prestaciones pensionales por vejez que se encuentran previstas en los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993. Ello debido a que se establecieron unos requisitos de edad que les aplican únicamente a los hombres y a las mujeres sin definir una edad para las personas del género no binario.

2. Desde luego, acompañé la decisión de la Sala Plena. Estimo inaceptable la existencia de esa omisión legislativa absoluta que le causa un déficit de protección a la población no binaria. Esa incuria no solo aparece probada por el carácter evidentemente binario de la regulación pensional, sino que ya fue reconocida por la jurisprudencia

constitucional. En efecto, la Corte ya advirtió sobre el vacío legal específico. Por eso exhortó al Congreso para que, en el término de dos años, regulara todos aquellos derechos, obligaciones y servicios que encuentran en el sexo o en el género un criterio de asignación [31] .

3. Desde esa providencia hemos señalado que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un déficit de protección de las personas no binarias por el hecho innegable de que su identidad de género no ha sido objeto de consideración legislativa. En materia pensional, quizá ello pudo estar justificado en 1993. Pero, a la luz de los tiempos, subsiste tanto una omisión legislativa como un déficit de protección por invisibilización normativa de las personas no binarias. Esa situación conduce a que esa población se deba ajustar a un parámetro binario con el fin de obtener su derecho pensional. Nuestro sistema pensional -como la mayor parte de nuestro ordenamiento- no fue pensado bajo una orientación no binaria, ni siquiera para las personas con identidad de género diversa.

4. Cuando se trata de remediar ese déficit, me parece que se comprende poco la lógica intersexual y no binaria si la única respuesta que se ofrece a un problema de discriminación no binaria es la extensión de una acción afirmativa que fue pensada para responder a una discriminación típicamente binaria. Por ejemplo, cuando se usan como parámetros las diferencias entre los hombres y las mujeres en el ámbito laboral, del cuidado y de la seguridad social. Entiendo que el déficit de protección de las personas no binarias no se causa solo por el mero hecho de no extenderles una eventual acción afirmativa pensional a favor de las mujeres. El déficit de protección surge porque el actual régimen de pensiones (con o sin acciones afirmativas) solo da cuenta de una realidad binaria que discrimina a quienes, en ejercicio de su derecho a la identidad de género, no se identifican como hombres o mujeres e, incluso, rechazan esa distinción. Mantengo que los problemas de las experiencias de vida para las personas con identidad de género no binaria no se van a solucionar encasillándolas dentro de las normativas (incluso favorables) ya existentes para las mujeres o los hombres.

5. Por esa razón, la Corte Constitucional ya ordenó el reconocimiento del tercer marcador (NB) como parte esencial del derecho a la identidad de género. Una de las salas de revisión de tutela a la que pertenezco profirió la Sentencia T-033 de 2022. Con base en esa providencia, era esperable que ahora el tribunal contribuyera a la articulación de ese nuevo marcador dentro de un sistema pensional que está pensado bajo la lógica binaria de los dos marcadores únicos. La jurisprudencia ya ha declarado que existe una omisión que se concreta en la inexistencia de un parámetro para ubicar a las personas que se identifican bajo el marcador NB dentro del sistema de los requisitos de acceso y la regulación del sistema pensional:

“(…) la Sala asume que la configuración de un nuevo marcador de género es un paso inicial hacia participación social efectiva y que demanda trascender del reconocimiento formal, a la previsión de los derechos, servicios y obligaciones que corresponden a su ser, en la medida en que no en pocas oportunidades el Estado ha adoptado el género como criterio de diferenciación de acceso a los servicios y prestaciones. Tal es el caso, entre otras, de las reglas sobre acceso a la pensión de vejez, de la prestación del servicio militar y de la asignación de cupos carcelarios. Existen materias en que el género determina el acceso a ciertos servicios. No obstante, actualmente, se limitan a las clasificaciones masculino y femenino, pues el sistema no contempla las identidades no binarias. En ese sentido se advierte un vacío legal al respecto” [32] .

6. De manera que hay fuertes razones constitucionales para considerar que existe un déficit de protección de las personas no binarias y que el Congreso tiene la carga positiva de legislar tanto para proferir las normas de protección como para ajustar aquellas que fueron pensadas bajo la lógica binaria y excluyente que ha contribuido a la discriminación de quienes expresan su identidad de género.

7. Considero que la Constitución sí ordena que se establezca ese régimen pensional especial para las personas no binarias. Desde luego, no es posible determinar anticipadamente si tal régimen debe consistir en una acción afirmativa.

Pero debe quedar claro que la lógica binaria del sistema jurídico en su conjunto y del sistema pensional en específico pueden ser adecuadas para resolver algunos de los problemas de discriminación entre los hombres y las mujeres (lógica binaria) pero no atienden el derecho fundamental a la identidad de género de quienes se identifican como no binarios y, en general, no responde a las identidades de genero diversas.

8. Por eso mismo creo que cualquier intento de remedio constitucional que implique la extensión de las figuras binarias (i.e. la acción afirmativa a favor de las mujeres) a las personas no binarias puede causar más problemas que soluciones; tal y como se advirtió en varias de las intervenciones dentro de este proceso (i.e. fraudes, problemas de vigencia de la ley, necesidad de regímenes de transición e impacto fiscal). Favorecer que las personas no binarias se adapten a un régimen binario apela a la inercia institucional que justifica la conservación de estructuras jurídicas que han discriminado (por invisibilización, negación, prohibición o penalización) a las personas que no se identifican con los roles, sexos y géneros históricamente aceptados.

9. Con base en todo lo anterior, creo que la Sala no debió ordenar que el Congreso evaluara la necesidad de un régimen pensional no binario. Sino que debió seguir la línea de visibilizar la discriminación estructural que evidentemente afecta formal y materialmente a las personas no binarias. Y que nos corresponde a todos, en el marco de nuestras competencias, remediar. La aceptación de lo no binario es un proyecto colectivo en el que también participa la Corte Constitucional. Aquel debe permear todos los espacios de la vida cotidiana y del sistema jurídico que la regula. La diversidad de género integra nuestra realidad. Cuanto antes demos cabida a su complejidad (y ya hemos ido bastante lento), más cerca estaremos de una sociedad que celebre todos los géneros, todas las sexualidades y que cuide (sin paternalismos) y proteja (sin estereotipos) a todos los seres humanos.

Fecha ut supra JOSE FERNANDO REYES CUARTAS Magistrado ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ A LA SENTENCIA C-408/23 Referencia:

expediente D-15142 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 (parciales) de la Ley 100 de 1993 Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO 1. Comparto la decisión inhibitoria adoptada y la necesidad de emitir un exhorto al Congreso para que atienda la omisión legislativa absoluta que existe en relación con la regulación del acceso a la pensión de vejez de personas con identidad de género no binario.

Sin embargo, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento las razones que me llevan a aclarar el voto en el presente asunto.

2. En particular, considero que el exhorto formulado no concuerda con las atribuciones del Congreso de la República, no cumple el objeto de este tipo de admoniciones que la Corte Constitucional le dirige al legislativo y los términos genéricos en los que se emite ahondan la problemática existente respecto del incumplimiento de los exhortos que emite esta corporación.

3. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el exhorto es un “requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución” [33] . Estos llamados al Congreso de la República se diferencian de una orden judicial, por cuanto estas últimas suponen “la existencia de instrumentos que permitan su cumplimiento coercitivamente, los cuales están ausentes en sede de control abstracto de constitucionalidad” [34] .

4. A juicio de la Corte, lejos de un incumplimiento del principio de separación de poderes, este tipo de decisiones son una expresión de la colaboración entre estos “para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas” [35] . El recurso de los exhortos tiene fundamento en la libertad de

configuración política del Legislativo y en la competencia de la Corte Constitucional de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución [36] . De acuerdo con lo anterior, no es extraño que la Corte Constitucional pueda exhortar al Congreso para que adecue el orden legal a los mandatos constitucionales [37] .

5. En el escenario en el que la Corte encuentre una omisión legislativa absoluta, si bien carece de competencia para efectuar el control constitucional de esa situación, en diversas oportunidades ha acudido a los exhortos al legislador "para que en un plazo razonable, expida la legislación que se echa de menos a la luz de los mandatos constitucionales" [38] .

En estos casos, "para el desarrollo legislativo de un mandato constitucional, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración, circunstancia que impide que la Corte imponga como obligado a la luz de la Constitución, un determinado conjunto de disposiciones de entre las múltiples alternativas políticas disponibles para el legislador" [39] . En suma, ante una omisión legislativa absoluta, "en sede de control abstracto de constitucionalidad esta fórmula se circunscribe a instar al Congreso para que ejerza su competencia para legislar sobre determinado asunto" [40] .

6. A partir del concepto y el propósito de los exhortos que emite este tribunal, estimo que la Sentencia C-408 de 2023 no fue precisa en los términos de aquel que fue incluido en la providencia. En particular, no conminó al Congreso a que produzca las normas necesarias para garantizar el acceso a la pensión de vejez de personas con identidad de género no binario. En cambio, lo invitó a que "evalúe si, […] las personas identificadas como de género no binario deben recibir un tratamiento diferenciado".

7. Los términos descritos del exhorto, que por su propia naturaleza carece de carácter obligatorio, no contribuyen a que se supere la omisión absoluta identificada por la misma Corte. Que el Congreso evalúe no necesariamente se traduce en que emita las leyes necesarias para resolver la desprotección de las personas con identidad de género no binaria en materia pensional. Podría simplemente desplegar otras funciones del Congreso que no tienen el efecto y alcance de regular el derecho a la pensión de vejez de este grupo poblacional. A modo de ejemplo, podría referirse a labores de control político, a solicitar información a entidades y organizaciones de la sociedad civil o convocar audiencias públicas, mas no en adoptar la normativa que supere la omisión constatada. En pocas palabras, el exhorto le restó fuerza a un mecanismo que, por diseño, tiene pocos "dientes" para superar las situaciones normativas contrarias a la Constitución.

8. En estos términos quedan expuestas las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la Sentencia C-408 de 2023. Fecha ut supra JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ Magistrado [1] Mediante auto de marzo 23 de 2023, el magistrado sustanciador admitió la demanda en contra de las disposiciones acusadas por su presunta incompatibilidad con los artículos 13 y 48 de la Constitución. De conformidad con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, ordenó comunicar el inicio del proceso al presidente del Congreso . Igualmente, en los términos del artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, les solicitó su concepto sobre nueve puntos específicos a entidades estatales, organismos internacionales con representación en Colombia, organizaciones no gubernamentales, administradoras de fondos de pensiones y universidades. Por último, ordenó fijar en lista el proceso, para que los ciudadanos intervinieran, y dio traslado a la Procuradora General de la Nación.

[2] En el auto que admitió la demanda, el magistrado sustanciador les solicitó su concepto a las entidades invitadas a participar respecto de los siguientes nueve aspectos: "(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? || (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? || (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? || (vii) ¿Ha tenido conocimiento de casos en los que, en la práctica, se les haya negado, dificultado o restringido el acceso a beneficios pensionales a personas que se identifican como no binarias? Explique su respuesta. || (viii) En caso de tener competencia para reconocer beneficios pensionales, ¿ha negado el acceso a estas prestaciones económicas a personas que se identifican como no binarias, por el hecho de no identificarse como hombres o mujeres cisgénero? Explique su respuesta. || (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".

[3] E n relación con las intervenciones ciudadanas, cfr., las sentencias C-194 de 2013 y C-1155 de 2005 y los autos 243 y 251 de 2001. [4] Como se explica más adelante, la Procuradora General de la Nación solicitó adoptar "un fallo de mera inconstitucionalidad" que, en todo caso, declare la exequibilidad del "texto positivo" de las disposiciones demandadas.

[5] Fl. 20 del concepto electrónico. [6] La universidad considera que las personas identificadas como mujeres al momento de nacer que hayan cambiado su género a no binario no generarían un impacto fiscal, pues accederían al reconocimiento de prestaciones pensionales con la misma edad que tenía proyectada el sistema, esto es, la prevista para las mujeres cisgénero.

[7] De manera explícita, en el concepto de la entidad se indica: "el Sistema se haría sensiblemente vulnerable al fraude, vicio que ha sido de frecuente ocurrencia en materia pensional, pues la posibilidad de pensionarse cinco años antes persuadiría a hombres cisgénero a inscribirse como personas no binarias para lograr aquel propósito fraudulento, sin que el Sistema cuenta con posibilidades para controlar dicha práctica, más aún si se tiene en cuenta que, por antonomasia, la identidad de género depende de la autopercepción o autodeterminación de las persona, lo que dificultaría cualquier prueba en contrario" (fl. 12 del concepto electrónico).

[8] Cfr., entre otras, las sentencias C-025 de 2021, C-173 de 2021 y C-404 de 2022. [9] Dentro de los argumentos que justificaron la creación del Sistema General de Pensiones se encuentran que "el sistema vigente, en sus actuales condiciones, no es financieramente viable y produce un impacto económico desfavorable, es fundamentalmente inequitativo, y de imposible expansión para ampliar cobertura. Las deficiencias son estructurales, y no se superan con ajustes administrativos, o de las cotizaciones y beneficios, y por lo tanto se requiere un régimen enteramente distinto". Además, el sistema "requiere reformas sustanciales para ser financiable y para ser equilibrado".

Con ello, "se respetan derechos adquiridos y se gradúan las modificaciones, dado el carácter de largo plazo de las obligaciones y reglas de juego de los sistemas pensionales". Exposición de motivos de la Ley 100 de 1993.

[10] De conformidad con la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993. [11] Ibid. Al momento de la reforma, sólo un 20 % de los colombianos estaba cubierto por el Instituto de Seguros Sociales, Cajanal y las demás cajas de previsión, lo que no representaba más del 50 % de los asalariados. Así, se previó que el sistema de pensiones basado en contribuciones dependía del crecimiento y la modernización para extender su cobertura. En el contexto de la implementación de la Ley 100 de 1993, se advirtió que la ineficiencia del Instituto de Seguros Sociales se daba por: " (i) Una severa subdeclaración de los salarios base para la cotización; (ii) Sobrevaloración de los salarios base durante las 100 semanas que preceden la jubilación, para elevar la pensión; (iii) Poca continuidad en los aportes, ocasionada en parte por la alta rotación laboral de los trabajadores en Colombia, pero también porque se puede recibir una pensión de salario mínimo con 500 semanas de cotización, de tal forma que quien gana cerca de esa remuneración, no tiene incentivo para continuar haciéndolo por más tiempo; (iv) Hay alta evasión, aun en el sector moderno de la economía, donde una quinta parte de los empleados no se afilia a la seguridad social". Ibid.

[12] Al respecto, se indicó en la exposición de motivos: "El sistema pensional tiene un pasivo muy alto (valor presente de las obligaciones futuras por pensiones de jubilación) que no está financiado, incidiendo en el aumento del déficit fiscal de la Nación. Actualmente, el pasivo equivale al 206% del PIB del año 2000. Según el modelo DNP pensión (Parra, 2001), el déficit alcanzó en el año 2000, el 192,4% del PIB. El desfinanciamiento existente, para asegurar que una minoría goce de su pensión, tendrá que ser cubierto con recursos de la Nación en caso de seguir con las mismas condiciones".

[13] Al respecto, por ejemplo, las sentencias C-258 de 2013, SU-063 de 2023, SU-149 de 2021 y SU-140 de 2019. [14] Según indica la doctrina, la satisfacción de las necesidades básicas dota a las personas de "unas mínimas condiciones materiales de vida, de poder disfrutar por parte de todos de ciertas condiciones de igualdad con la que realizar sus deseos e intereses, sus planes de vida sin que las diferencias de riqueza, de posición social, de facultades y habilidades naturales sean un impedimento. […] Y su cometido es corregir los desequilibrios ocasionados por las acciones individuales en el mercado cuando éstas se producen de forma incontrolada". Martínez de Pisón, José. Políticas de bienestar: un estudio sobre los derechos sociales. Madrid: Tecnos, 1998, p.

104. Como lo precisa Alexy, "los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares". Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 482.

[15] Se trata, por tanto, de garantías que requieren una compensación o protección debido a la falta de capacidad del individuo, y no que ellas mismas constituyan un plus ; de allí que no pretendan el amparo de necesidades subjetivas, preferencias, intereses, deseos, u otro tipo de intereses suplementarios, electivos o más ambiciosos.

[16] Cfr., entre otras, las sentencias SU-440 de 2021, T-033 de 2022, T-099 de 2015 y T-804 de 214. [17] La jurisprudencia constitucional ha definido la intersexualidad como "la situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, de sexo femenino y masculino".

Sentencia T-622 de 2014. Cfr., además, la Sentencia SU-337 de 1999, reiterada en la Sentencia T-675 de 2017. [18] De manera semejante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva n.º 24, incluyó a las personas no binarias entre las personas transgénero, bajo el entendido de que su vivencia del género no corresponde al sexo asignado al nacer.

[19] La Sentencia SU-440 de 2021 indicó que las identidades de género diversas abarcan las experiencias identitarias que no encuadran en el sistema binario de género “cisnormativo” y no concuerdan con los conceptos que se imponen como norma de género en un contexto social determinado.

[20] Cfr., Sentencia T-062 de 2011, reiterada en la Sentencia T-099 de 2015. [21] Cfr., Sentencia SU-440 de 2021. [22] Ibidem. [23] Ibidem, con fundamento en las sentencias T-335 de 2019 y T-314 de 2011.

[24] Cfr., sentencias T-063 de 2015 y T-476 de 2014. [25] Cfr. Sentencia T-086 de 2014. [26] En el caso de las personas no binarias, de manera reciente, en la Sentencia T-033 de 2022, la sala de revisión inaplicó por inconstitucional el artículo 2.2.6.12.4.3 del Decreto 1227 de 2015 en el caso concreto, relacionado con una persona que pretendía que su registro civil de nacimiento y su cédula de ciudadanía reflejaran su identidad de género. Con fundamento en el exhorto que se hizo en esta providencia, la Registraduría Nacional del Estado Civil habilitó la categoría “No Binario (NB)” en el componente sexo del registro civil de nacimiento, la tarjeta de identidad y la cédula de ciudadanía, al modificar la Circular Única de Registro e Identificación, el 23 de marzo de 2023 . Para los citados efectos, dispuso que, entre otras cosas, la implementación de dicho marcador se debía hacer con base en la escritura pública que la persona interesada allegue al trámite, como documento antecedente para llevar a cabo la corrección, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.6.12.4.3. del Decreto 1227 de 2015. El 16 de diciembre de 2022, la entidad informó haber atendido a más de 26 personas que tramitaron la escritura pública para el cambio del componente de sexo y haber tramitado la inscripción de sus registros civiles de nacimiento y la expedición de sus cédulas de ciudadanía con la categoría “no binario”. Posteriormente, el 29 de diciembre de 2022, precisó que, a esa fecha, 425 personas realizaron este cambio en sus registros civiles y más de 26 lo hicieron en sus cédulas de ciudadanía.

Tomado de: https://www.registraduria.gov.co/spip.php?page=buscar&recherche=no+binario [27] De acuerdo con esta norma, “[l] a corrección del componente sexo en el Registro Civil de Nacimiento podrá consistir en la inscripción del sexo masculino (M) o femenino (F)”.

[28] En ese sentido, exhortó al Gobierno nacional para que, en el término de seis meses contados desde la notificación de esa sentencia, modificara el primer inciso del artículo 2.2.6.12.4.3. del Decreto 1227 de 2015, para incluir la categoría “no binario” entre los marcadores de sexo en el esquema de identificación ciudadana. Así mismo, exhortó al Gobierno nacional y a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que “dispongan todo lo necesario para la puesta en marcha de este esquema de identificación, de modo que las personas no binarias que cumplan los demás requisitos previstos en relación con la corrección del componente sexo, puedan optar por esa categoría, con las mismas garantías de quienes se identifican oficialmente en forma binaria”.

Con todo, advirtió que si transcurrido el término indicado “ la regulación mencionada y su puesta en marcha aún no se hubiere materializado, en cualquier caso, las personas con identidades de género no binarias que cumplan con los demás requisitos para la corrección del componente sexo podrán cambiar ante las autoridades competentes la asignación del género no binario en sus documentos de identidad, en los términos de esta providencia ”.

[29] La entidad indicó, entre otras cosas, que la implementación de dicho marcador se hará con base en la escritura pública que la persona interesada allegue al trámite, como documento antecedente para llevar a cabo la corrección del componente de sexo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.6.12.4.3. del Decreto 1227 de 2015 [30] De acuerdo con el inciso 11.º de esta norma superior, “[l]os requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

[31] Sentencia T-033 de 2022. [32] Sentencia T-033 de 2022. [33] Sentencia C-728 de 2009. [34] Auto 560 de 2016, fundamento 5. [35] Sentencia C-473 de 1994, sección 12.

[36] Sentencia C-473 de 1994. [37] Sentencia C-728 de 2009. [38] Sentencias C-728 de 2009 y C-489 de 2012. [39] Sentencia C-728 de 2009, fundamento 4.3.2.

[40] Auto 560 de 2016, fundamento 5.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 29 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.