

Demanda de Inconstitucionalidad - Artículos 33, 36, 61, 64, 65, 117 y 133 de la Ley 100 de 1993

Juan Sebastian Calderón Rodríguez <sebastiancalderon2009@hotmail.es>

Mar 24/01/2023 20:51

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

 3 archivos adjuntos (911 KB)

ESCRITO DE DEMANDA CORTE CONSTITUCIONAL.pdf; RAD 1713 OFIC. SR JUAN SEBASTIAN CALDERON . PENSION NO BINARIOS.pdf; CC SEBASTIAN CALDERÓN.pdf;

Honorable Corte Constitucional.

De manera sumamente respetuosa me permito radicar a través de este medio la acción pública del asunto para su correspondiente trámite y estudio, atendiendo los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991 replicados por parte de la Corporación en el siguiente

Link <https://www.corteconstitucional.gov.co/preguntasfrecuentes.php>

Aunado a lo expuesto, adjunto concepto previo del Ministerio del Trabajo para coadyuvar la materia de inconstitucionalidad propuesta.

Atentamente,

JUAN SEBASTIÁN CALDERÓN RODRÍGUEZ
Abogado Magister en Derecho Disciplinario
Calle 12 C # 7 - 33 Oficina 406 Bogotá D.C.
Cel: 3102451957

La información transmitida en este correo, así como cualquier archivo adjunto, tiene carácter estrictamente confidencial y reservado. El acceso al contenido de esta comunicación por cualquier otra persona diferente al destinatario se encuentra prohibido. El uso total o parcial, impresión, reproducción, retención o distribución por personas diferentes al destinatario está absolutamente prohibido y es sancionado por la Ley 1581 de 2012. Si usted no es el destinatario autorizado, o recibió este correo por error, por favor informe al remitente sobre el error en el envío y proceda de inmediato a la destrucción del correo.

Bogotá D.C., enero 24 de 2023

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá D.C.

Ref.: **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD**

JUAN SEBASTIÁN CALDERÓN RODRÍGUEZ, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.067.428, expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta Profesional N° 243.726 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre propio, con domicilio en el municipio de Chía – Cundinamarca, en la Calle 17 # 14 A – 25 Conjunto Residencial Torres de Acqua Torre 8 Apartamento 852, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política de 1991, con el fin de interponer la **ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los siguientes preceptos normativos pertenecientes a la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, conforme a la siguiente relación:

- A. Artículo 33 de la Ley 100 de 1993: Numeral 1° y parágrafo 4;**
- B. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993;**
- C. Artículo 61 de la Ley 100 de 1993: Literal B;**
- D. Artículo 64 de la Ley 100 de 1993: Inciso segundo;**
- E. Artículo 65 de la Ley 100 de 1993;**
- F. Artículo 117 de la Ley 100 de 1993: Literal A, e Incisos segundo y cuarto del Literal B y parágrafo 2;**
- G. Artículo 133 de la Ley 100 de 1993: Inciso segundo y tercero y parágrafo tercero;**

Lo anterior, por cuanto contrarían la Constitución Política en sus artículos 2 y 13 como se sustenta a continuación:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De manera reciente la Honorable Corte Constitucional mediante **Sentencia T – 033 de 2022**, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, reconoció la ampliación de la hasta entonces paridad binaria determinada por los géneros hombre y mujer hasta el momento reconocidos por el andamiaje jurídico nacional, para disponer que a partir de su consideración **la Ley deberá brindar amparo y reconocimiento igualitario y bajo el mismo campo de irradiación sustancial y procedimental a las personas que decidan cobijar su identidad de género bajo esquemas no binarios**, definidos éstos como "aquellas que "no se identifican única o completamente como mujeres o como hombres; es decir, que trascienden o no están incluidas dentro del binario mujer-hombre [de modo que] (...) reúnen, entre otras categorías identitarias, a personas que se identifican con una única posición fija de género distinta de mujer u hombre, personas que se identifican parcialmente como tales, personas que fluyen entre los géneros por períodos de tiempo, personas que no se identifican con ningún género y personas que disienten de la idea misma del género"

II. NORMAS QUE SE REPUTAN COMO TRANSGRESORAS

Conforme a la relación normativa realizada en líneas previas, los preceptos que se reputan como atentatorios de los mandatos constitucionales son los que se exponen a continuación, con fundamento en las especiales consideraciones argumentativas que para cada caso se presentan:

A. Artículo 33 de la Ley 100 de 1993: Numeral 1° y parágrafo 4

"ARTÍCULO 33. Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

(...)

*PARÁGRAFO 4. A partir del primero (1.) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años **si es mujer** y sesenta y dos (62) años **si es hombre**." (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)*

B. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993

*"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 2 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 35 o más años de edad **si son mujeres** o 40 o más años de edad **si son hombres**, o 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.(...)" (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

C. Artículo 61 de la Ley 100 de 1993: Literal B

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

(...)

b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, **si son hombres**, o cincuenta (50) años o más de edad, **si son mujeres**, salvo que decidan cotizar por lo menos 500 semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes." (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

D. Artículo 64 de la Ley 100 de 1993: Inciso segundo

"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**." (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

E. Artículo 65 de la Ley 100 de 1993

“ARTÍCULO 65. Garantía de Pensión Mínima de Vejez. Los afiliados que a los 62 años de edad **si son hombres** y 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 1.150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. (...)” (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

F. Artículo 117 de la Ley 100 de 1993: Literal A, e Incisos segundo y cuarto del Literal B y parágrafo 2

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

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

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

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltará 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 2. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años **si son hombres** y 60 años **si son mujeres**, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE.” (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

G. Artículo 133 de la Ley 100 de 1993: Inciso segundo y tercero y párrafo tercero

“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 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 15 años de dichos servicios, la pensión se pagara cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad **si es hombre**, o 50 años de edad **si es mujer**, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. (...)*

*PARÁGRAFO 3. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años **si es hombre** y cincuenta y siete (57) años **si es mujer**, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años **si es hombre** y cincuenta y cinco (55) años **si es mujer**, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.” (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)*

III. NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

❖ **“ARTICULO 2o.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

- **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

En términos generales y copulativos, el cargo de inconstitucionalidad y consecuente inexequibilidad que se plantea sobre las normas acusadas, se concreta en que los preceptos señalados contemplan requisitos para el acceso a los beneficios pensionales y de seguridad social **únicamente para las personas que se identifican como hombres o mujeres, dejando de lado y sin protección normativa la expectativa y regulación del régimen pensional de las personas que se reconocen como No Binarias**, aspecto reconocido, como ya se ha expresado por la misma Corte Constitucional mediante **Sentencia T – 033 de 2022**.

Tal ausencia de reglamentación **genera en su contenido vulneración al artículo 2° de la Constitución Política** en tanto, conlleva a que el Estado desconozca su función de garantía, protección y salvaguarda de los principios y derechos que se encuentran contemplados tanto en la parte axiológica – dogmática como en el apéndice sustancial del texto constitucional previsto en los artículos 2 y 29 de la *norma normarum*, **puesto que al omitir reglamentar con la suficiencia requerida y bajo parámetros de igualdad las reglas pensionales y de seguridad social a las que deberían estar sometidas las personas adscritas al género No Binario**, genera inseguridad e incertidumbre jurídica que a su vez impide la garantía del derecho de las personas a acceder en condiciones de igualdad al asistencialismo social fruto de la contribución al sostenimiento y financiación del sistema de seguridad social en pensiones como producto de las cotizaciones sufragadas a través de sus ingresos laborales e incluso rentas provenientes de aportes como contratistas o independientes, aspecto que al constituir una **omisión legislativa relativa** por parte del Congreso de la República, ocasiona la necesidad de declarar su inexequibilidad por cuanto tal sesgo impide al Estado cumplir con sus finalidades y teleologías bajo criterios de igualdad formal y material.

Sobre este particular, es importante señalar que las normas demandadas desconocen flagrantemente lo establecido en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, tomando en consideración las siguientes premisas:

- **Primera Premisa:**

1. Uno de los fines esenciales del Estado, a la luz de lo preceptuado en el artículo 2º de la Constitución Política, es “**garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**”
2. Según lo preceptuado en las normas demandadas, las cuales fueron objeto de puntual citación en previas líneas de este escrito de demanda, los beneficios pensionales y de seguridad social están únicamente reglamentados para su reconocimiento a las personas que se identifican como hombres o como mujeres. Por tal motivo, la norma no establece reglas sustanciales que permitan definir con la claridad y suficiencia requerida el régimen pensional y de seguridad social aplicable a las personas que se identifican bajo el género No Binario.
3. En tal sentido, la omisión legislativa relativa que se alega, atenta contra la finalidad del Estado Social y Democrático de Derechos para poder garantizar el derecho de las personas No Binarias para acceder en condiciones de equidad e igualdad a los beneficios pensionales y de seguridad social, tal y como sí se encuentra expresamente regulado y establecido para hombres y mujeres.

- **CONCLUSIÓN:** Como uno de los fines esenciales del Estado Colombiano es la protección de las garantías, principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, el **aparato público está en la obligación de proteger la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima de las personas No Binarias** como derechos fundamentales de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la *norma normarum*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en el marco de la Sentencia C – 027 de 2018, donde en términos generales sobre el deber de tuciorismo del Estado colombiano frente a la protección de los derechos fundamentales y garantías de sus asociados, indicó lo siguiente:

“En este contexto, un Estado asegura la efectividad de los derechos humanos cuando: (i) los respeta absteniéndose de interferir en su ejercicio o de adoptar medidas discriminatorias que lo condicionen; (ii) los protege cuando evita intromisiones de terceros; y (iii) **los garantiza a través de autoridades públicas e instituciones organizadas para asegurar su ejercicio**, adoptando medidas razonables y procedimientos que permitan investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH e infracciones al DIH” (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

Desde esta perspectiva, es claro que al Estado colombiano le está impuesta por una cláusula general de responsabilidad pública, la obligación de salvaguardar a sus ciudadanos frente a todas aquellas medidas que puedan ir en desmedro del reconocimiento y garantía de sus derechos fundamentales, tal y como lo representa para el presente evento la omisión legislativa relativa que se imputa en el examen de constitucionalidad propuesto.

- ❖ **“ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres **e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo,** raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado **promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva** y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”
(Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

- **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Continuando con la línea de razonamiento que sustenta el cargo de inconstitucionalidad y consecuente inexecutable alegado, se tiene que **los preceptos demandados sacrifican de manera notoria e injustificada la igualdad de la que son titulares las personas identificadas con el género No Binario**, en el entendido

que **no prevén dentro de su desarrollo las reglas sustanciales que deberían existir para regular los parámetros de acceso a los beneficios pensionales y de seguridad social para este sector poblacional**, situación con la cual no solamente deja desamparadas a un grandísimo número de individuos que en el libre desarrollo de su personalidad y libertad sexual han decidido adscribirse al género no binario, sino que además favorece indebidamente la amplificación de las marcadas brechas de desigualdad que caracterizan a la sociedad colombiana.

Si bien es cierto el sistema pensional se fundamenta en criterios de equidad para justificar **el trato diferencial existente entre hombres y mujeres**, lo cierto es que es precisamente esta consideración la que debería adoptarse por el legislador para efectos de no dejar desamparadas a las personas que se identifican en el género No Binario a fin de establecer expresas reglas concretas en virtud de las cuales puedan condensarse sus legítimas expectativas pensionales y de seguridad social a fin de evitar la actual omisión legislativa en la que se encuentran.

Frente a este aspecto, es importante señalar que las normas demandadas desconocen flagrantemente lo establecido en el artículo 13° de la Constitución Política de Colombia, tomando en consideración las siguientes premisas:

- **Primera Premisa:**

1. El artículo 13 constitucional consagra un espectro de garantía de la igualdad formal y material para todas las personas.
2. En su desarrollo, las normas demandadas cobijan reglamentación para el acceso a los beneficios pensionales y de seguridad social únicamente para hombres y mujeres, sin que contemplen reglamentación para las personas que se identifican con el género No Binario.
3. El género No Binario 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**.

- **CONCLUSIÓN:** Las normas demandadas al omitir contemplar las reglas para posibilitar el acceso a los beneficios pensionales y de seguridad social de las personas identificadas con el género No Binario, transgrede flagrantemente el derecho a la Igualdad cimentado como vertiente y pilar axiológico del Estado Social y Democrático de Derecho, situando a la población No Binaria en un escenario de incertidumbre e inseguridad jurídica ante la ausencia de reglas normativas aplicables para la definición de su situación jurídica pensional y de seguridad social.

Ahora bien, frente a la omisión legislativa relativa, la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 122 de 2020, indicó con especial ahínco lo siguiente:

*“La Sentencia C-767 de 2014 retomó la línea jurisprudencial de este Tribunal, de acuerdo con la cual **el Legislador puede desconocer la Constitución por omisión, debido a la falta de regulación normativa de materias sobre las cuales tiene una específica y concreta obligación de hacer, determinada por el Constituyente.** Por ello, de manera excepcional, **el silencio del Legislador puede ser objeto de control jurisdiccional a través de la acción pública de inconstitucionalidad en la que se cuestione una omisión de carácter relativo.** Sin embargo, la Corte ha señalado de manera invariable que no es competente para conocer omisiones legislativas absolutas.*

*Ahora bien, admitida la posibilidad excepcional de que se presente la violación de la Carta Política por omisiones del Legislador, la Corte ha señalado cinco elementos principales que deben presentarse en un cargo por omisión legislativa relativa. **El primero, que la omisión se le atribuya a una norma específica y concreta, pues una censura general sobre la inactividad del Legislador cuestionaría una omisión legislativa absoluta y no existiría objeto de control. El segundo, que la norma excluya de sus efectos casos que debía incluir por ser asimilables a los que sí reguló, u omita un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, resulta imperativo. El tercero, que la omisión demandada sea injustificada o carezca del principio de razón suficiente. El cuarto, que la omisión cuestionada genere un trato desigual e injustificado para los sujetos excluidos. El***

quinto, que la omisión sea la consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por la Carta Política al Legislador”

Conforme a esta situación, la omisión legislativa relativa que se alega en el presente evento, está fundamentada en el análisis de los cinco elementos anteriormente referidos por la Corte Constitucional, y los cuales entran a analizarse detalladamente a continuación:

1. **Que la omisión se le atribuya a una norma específica y concreta**

Sobre este elemento concreto, es claro que la omisión legislativa relativa que se predica, 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**, lo cual impide la especificidad y concreción de los presupuestos normativos sobre los cuales se reputa la omisión.

2. **Que la norma excluya de sus efectos casos que debía incluir por ser asimilables a los que sí reguló, u omita un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, resulta imperativo**

Como puede apreciarse, las normas demandadas sí regularon a integridad lo atinente 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.

Sobre el particular, 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.**

Como se puede observar, 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, constituyendo así una institución jurídica acéfala desde el punto de vista de su indeterminación sustancial conforme a los argumentos anteriormente expuestos.

3. Que la omisión demandada sea injustificada o carezca del principio de razón suficiente

Como se puede apreciar, 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.

4. Que la omisión cuestionada genere un trato desigual e injustificado para los sujetos excluidos

Al respecto, es claro que se genera un trato desigual respecto de las personas No Binarias, 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 en tanto únicamente la Ley prevé reglamentación en la materia tratándose de Hombres o Mujeres, 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.

En corolario, 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 y sacrificando sus derechos fundamentales.

5. **Que la omisión sea la consecuencia del incumplimiento de un deber impuesto por la Carta Política al Legislador**

Como se ha expuesto en líneas precedentes, la propia Corte Constitucional ha reconocido expresamente que es un deber del legislador regular normativamente aquellas materias en las cuales voluntariamente considera que debe existir reglamentación, toda vez que este aspecto responde a las responsabilidades que la Constitución Política le asigna al Congreso de la República conforme a lo preceptuado en el artículo 150, a saber:

*“ARTICULO 150. **Corresponde al Congreso hacer las leyes.** Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones(...)”*

Conforme a lo anterior, así como el mismo Congreso de la República expidió las normas demandadas, en las cuales consagró el desarrollo de reglas sustanciales para el reconocimiento y pago de los beneficios pensionales y de seguridad social para Hombres y Mujeres, luego es su responsabilidad desarrollar las condiciones y términos en los cuales se aplicarán los reconocimientos pensionales y asistenciales para la población No Binaria, en análogos términos a como lo hizo para regular la situación jurídica de Hombres y Mujeres.

Así las cosas, están dados los presupuestos sustanciales necesarios para que la Honorable Corte Constitucional conozca de la presente acción pública de inconstitucionalidad impetrada contra los fundamentos normativos anteriormente referenciados.

IV. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES

En virtud de mi deber ciudadano y profesional de guardar la debida lealtad y ética profesional en el ejercicio de la presente acción pública de inconstitucionalidad, manifiesto a la Honorable Corte Constitucional que en ejercicio previo del Derecho de Petición ante el Ministerio del Trabajo, impetré consulta con la finalidad que por parte de esa cartera ministerial se me indicara la interpretación normativa de las reglas pensionales y de seguridad social aplicables en la materia para la población No Binaria.

Como resultado del ejercicio propuesto, el Ministerio del Trabajo emite respuesta al suscrito mediante oficio de fecha 24 de enero de 2023 radicado con el Consecutivo 08SE2023230000000001713, suscrito por el doctor JUAN CARLOS HERNÁNDEZ ROJAS en calidad de Director de Pensiones y Otras Prestaciones, a través del cual **reconocen la omisión legislativa aquí demandada en sede de inconstitucionalidad**, en los siguientes términos:

*"Así entonces, con la inclusión de un tercer marcador y en desarrollo de los principios que rigen el Sistema Integral de Seguridad Social, tales como eficiencia, solidaridad y universalidad, entendido este último como la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, y en desarrollo del Artículo 48 Constitucional, **es menester que el Gobierno Nacional revise la exigencia de una caracterización y parámetros específicos para que las personas que se identifican con el marcador No Binario, puedan acceder a las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social sin restricción alguna.***

*En ese sentido, considerando el objeto de su consulta **y que en materia pensional no existe pronunciamiento relacionado con el requisito de edad, y demás factores que deben tener en cuenta las Administradoras de Fondos de Pensiones para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, para personas identificadas con el marcador No Binario**, se informa que el presente tema será llevado a discusión y análisis que se desarrollen en los diferentes escenarios, tales como la Comisión Intersectorial de Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las subcomisiones creadas para perfilar el proyecto de ley de reforma pensional que se debe presentar al Congreso se la República"* (Subrayado y Negrita Fuera de Texto)

Con base en lo expuesto, el análisis de la materia sometida respetuosamente a consideración de la colegiatura constitucional requiere urgencia, en atención a que actualmente se encuentran desamparados los derechos pensionales y prestacionales de las personas identificadas con el género No Binario, impidiendo con ello la concreción de lineamientos y parámetros específicos para el reconocimiento

pensional por parte de las Administradoras de los Fondos de Pensiones para aquellas personas que se adscriban a esta nueva categoría de género.

Con el ánimo de posibilitar el examen del concepto rendido por el Ministerio del Trabajo, de manera adjunta me permito anexar el documento para los fines pertinentes.

V. NOTIFICACIONES

El suscrito accionante recibirá notificaciones en la Calle 17 # 14 A – 25 Torre 8 Apartamento 852 del Conjunto Residencial Aqqua Residencial ubicado en el Municipio de Chía – Cundinamarca; y en el Correo Electrónico sebastiancalderon2009@hotmail.es. Celular: 3226825253.

Atentamente



JUAN SEBASTIAN CALDERÓN RODRÍGUEZ

C.C. 1.019.067.428 DE BOGOTÁ D.C.

T.P. 243.726 del C.S.J.

Anexo: Cuatro (4) folios, Concepto Ministerio del Trabajo



MINISTERIO DEL TRABAJO

Bogotá D.C.,

Señor

JUAN SEBASTIÁN CALDERÓN

E-mail: sebastiancalderon2009@hotmail.com

No. Radicado: 08SE2023230000000001713	
Fecha: 2023-01-24 03:00:55 pm	
Remitente: Sede: CENTRALES DT	1
Atresponde DIRECCION DE PENSIONES Y OTRAS Depende DIRECCION DE PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES	
Destinatario JUAN SEBASTIAN CALDERON	
Anexos: 0	Folios: 1
	
08SE2023230000000001713	

ASUNTO: Radicado Interno No. 02EE2022410600000073200 de 2022.

Reciba un cordial saludo,

Hemos recibido su petición radicada ante este Ministerio con el número citado en el asunto, por medio de la cual, eleva la siguiente consulta: *"Qué requisitos deben acreditar y cumplir los seres humanos que se identifican bajo el género No Binario para poder acceder a la Pensión de Vejez en el régimen general, tomando en consideración que el (sic) Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, únicamente establece requisitos aplicables a los hombres o mujeres, más no a la población que se identifica como No Binario."*

Considerando la naturaleza del asunto planteado, damos respuesta manifestando que la misma se emite en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, la cual solo constituye un criterio orientador general y abstracto, más no declarativo de derechos u obligaciones y no es de obligatorio cumplimiento o ejecución frente a ninguna entidad pública o privada.

La Constitución Política de Colombia en su Artículo 1º, determinó que Colombia es un Estado Social de Derecho, que se encuentra fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En ese sentido, es deber de las autoridades mantener las condiciones sociales mínimas para garantizar para todos el cumplimiento de los derechos humanos, entre ellos los de segunda generación,¹ de los cuales se resalta el de la Seguridad Social.

Con relación a la Seguridad Social, la Carta Política en su Artículo 48 dispuso:

"La 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."

¹ Sentencia C 251 de 19991, Corte Constitucional de Colombia, MP Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos: 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX:
(601) 3779999
Bogotá

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita,
desde teléfono fijo:
018000 112518
Celular desde Bogotá:120
www.mintrabajo.gov.co



@mintrabajocol



@MintrabajoColombia



@MintrabajoCol

Para verificar la validez de este documento escanee el código QR, el cual lo redireccionará al repositorio de evidencia digital de Mintrabajo.





(...)

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

(...)

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley."

(Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, en desarrollo del artículo citado con anterioridad, se organiza el Sistema General de Seguridad Social, como un sistema integral, que se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, cuyo objetivo es la protección de derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de los diferentes riesgos que le afecten.

Dentro de esos riesgos se encuentra la vejez, cuya protección busca garantizarse mediante el reconocimiento de prestaciones económicas reguladas en el Sistema, tal como la pensión de vejez, cuya acreditación está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos que se encuentran determinados en el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Al respecto se ha dispuesto como requisito, el cumplimiento de determinada edad, que actualmente es diferencial para mujeres y para hombres, es decir regulado solo para dos marcadores de sexo, sin embargo, la Honorable Corte Constitucional determinó la existencia de otro marcador² eliminando la restricción de la limitación del sistema binario.

Con relación al nuevo marcador, la Corte Constitucional mediante Sentencia T 033 de 2022, expuso:

(...) las identidades no binarias son aquellas que "no se identifican única o completamente como mujeres o como hombres; es decir, que trascienden o no están incluidas dentro del binario mujer-hombre [de modo que] (...) reúnen, entre otras categorías identitarias, a personas que se identifican con una única posición fija de género distinta de mujer u hombre, personas que se identifican parcialmente como tales, personas que fluyen entre los géneros por periodos de tiempo, personas que no se identifican con ningún género y personas que disienten de la idea misma del género". Para la interviniente, el reconocimiento formal de estas identidades de género no binarias es una obligación del Estado colombiano."

Así entonces, con la inclusión de un tercer marcador y en desarrollo de los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social, tales como eficiencia, solidaridad y universalidad, entendido

² Sentencia T 033 de 2022, Corte Constitucional de Colombia, MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos: 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX:
(601) 3779999
Bogotá

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita,
desde teléfono fijo:
018000 112518
Celular desde Bogotá: 120
www.mintrabajo.gov.co



@mintrabajocol



@MintrabajoColombia



@MintrabajoCol



este último como la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, y en desarrollo del Artículo 48 Constitucional, es menester que el Gobierno Nacional revise la exigencia de una caracterización y parámetros específicos para que las personas que se identifican con el marcador No Binario, puedan acceder a las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social sin restricción alguna.

En ese sentido, considerando el objeto de su consulta y que en materia pensional no existe pronunciamiento relacionado con el requisito de edad, y demás factores que deben tener en cuenta las Administradoras de Fondos de Pensiones para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, para personas identificadas con el marcador No Binario, se informa que el presente tema será llevado a discusión y análisis que se desarrollen en los diferentes escenarios, tales como la Comisión Intersectorial de Régimen de Prima Media con Prestación Definida y las subcomisiones creadas para perfilar el proyecto de ley de reforma pensional que se debe presentar al Congreso de la República.

Cordialmente,

JUAN CARLOS HERNÁNDEZ ROJAS
Director de Pensiones y Otras Prestaciones.

Revisó: Soraya P.
Elaboró: Natalia L.

Sede Administrativa
Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos: 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfono PBX:
(601) 3779999
Bogotá

Atención Presencial
Con cita previa en cada
Dirección Territorial o
Inspección Municipal del
Trabajo.

Línea nacional gratuita,
desde teléfono fijo:
018000 112518
Celular desde Bogotá: 120
www.mintrabajo.gov.co



@mintrabajocol



@MintrabajoColombia



@MintrabajoCol

