

Hacia el reconocimiento de una identidad transgénero: efectos ante el Sistema General de Pensiones en los eventos de modificación de sexo legal<sup>1</sup>

Maria José Jaraba Márquez

Monografía para optar al título de abogada

Asesora

Daniela Gutiérrez Londoño

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Pregrado Derecho

Medellín

2021

---

<sup>1</sup> Algunos apartados de este trabajo fueron utilizados como insumo para la elaboración del ensayo titulado “*Sobre la identidad transgénero en el Sistema General de pensiones*”, con el cual participé en el Concurso de Ensayo y Podcast de la Asociación Cavalier del Derecho, en donde obtuve el segundo puesto y fui merecedora de la publicación del texto que aquí se desarrolla con mayor amplitud.

*“...And these children that you spit on as they try to change their worlds are immune to your consultations. They’re quite aware of what they’re going through...”*

*David Bowie.*

*“...El cuerpo [...] tiene una multiplicidad de expresiones que no se pueden reducir únicamente a lo femenino y lo masculino. Precisamente el género se inventa para reducir esa multiplicidad a la masculinidad y la feminidad...”*

*Beatriz Preciado (Hoy Paul B. Preciado)*

## Tabla de contenido

<b>Resumen .....</b>	<b>4</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>4</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>Capítulo I .....</b>	<b>7</b>
Aproximación a la categoría de identidad de género y persona transgénero.	
<b>Capítulo II.....</b>	<b>15</b>
Un breve recorrido sobre los derechos de las personas transgénero.	
<b>Capítulo III.....</b>	<b>24</b>
Del panorama laboral de las personas transgénero: escenarios de exclusión y marginalidad.	
<b>Capítulo IV.....</b>	<b>28</b>
Hacia el reconocimiento de una identidad transgénero: retos ante el Sistema General de Pensiones.	
<b>Conclusiones.....</b>	<b>39</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>43</b>

## **RESUMEN.**

Este trabajo tiene como propósito analizar los efectos que se presentan para las personas transgénero ante el Sistema General de Pensiones en Colombia, a partir de la posibilidad que existe de modificar el componente de sexo legal en los documentos de identidad. Para ello, se tomará como principal referente la normativa internacional en materia de derechos humanos, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Decreto 1227 de 2015 que, si bien no han ahondado explícitamente en lo relativo a las prestaciones pensionales ofrecen un marco jurídico relevante en materia de derechos de las personas transgénero.

## **ABSTRACT.**

The purpose of this article is to analyze the effects and problems that arise for transgender people in the General Pension System in Colombia, based on the possibility that exists of modifying the legal sex component in identity documents. For this, the main reference will be taken as the judgments issued by the Constitutional Court and Decree 1227 of 2015, which, although they have not explicitly elaborated on pension benefits, offer a relevant legal framework regarding the rights of transgender people.

## **INTRODUCCIÓN.**

Desde 1948 la Organización de las Naciones Unidas estableció en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que “todos nace[mos] libres e iguales en dignidad y derechos”, lo que se traduce en que todas las personas gozan de las mismas libertades y garantías “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole” (ONU, 1948) Este compromiso trasciende la óptica formal de la igualdad y adopta una fórmula que va en consonancia con la idea de un Estado Social de Derecho – igualdad material –, lo que implica para los Estados la adopción de ciertas acciones positivas encaminadas a garantizar efectivamente los derechos consagrados para las personas, especialmente cuando se trata de grupos sociales que han sido históricamente estigmatizados.

La historia del movimiento LGTBI está marcada por grandes eventos de resistencia y movilización en torno a la consecución de garantías básicas, como el reconocimiento a la personalidad jurídica; así como de prestaciones más complejas, verbigracia, las relativas al sistema de salud y la seguridad social. Es por ello que, este trabajo tiene como propósito analizar las problemáticas y los efectos que se generan, específicamente, para las personas transgénero ante el Sistema General de Pensiones en Colombia, a partir de la posibilidad que existe de modificar el componente de sexo legal en los documentos de identidad.

En este orden de ideas, se tomará como principal referente la normativa internacional en derechos humanos, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Decreto 1227 de 2015 que, si bien no han ahondado explícitamente en lo que tiene que ver con las prestaciones

pensionales de vejez, ofrecen un marco jurídico relevante en materia de derechos de las personas transgénero.

Así, el orden temático en el cual se desarrollará este texto partirá inicialmente de una aproximación al concepto de identidad de género, el cual se erige como la categoría macro que contiene lo transgénero, luego se expondrá un breve panorama acerca de las garantías alcanzadas por dicha población, posteriormente se explorará el panorama laboral que afrontan las personas trans y, finalmente, se dará paso al análisis concreto respecto de las tensiones frente al Sistema General de Pensiones y los efectos que se enfrentan en esta materia.

La ruta metodológica con la que se emprendió esta monografía tuvo como principal técnica de recolección el rastreo documental, pues debido a la incidencia que ejercen diversos actores en esta problemática, como las organizaciones de derechos humanos, el mismo movimiento LGTBI+, la academia, las instituciones jurídicas y la prensa, resultó pertinente tener como insumo los diferentes documentos, informes, fuentes periodísticas y la normativa legal y jurisprudencial que exponen y hablan sobre el desarrollo de los derechos de las personas trans, las barreras que enfrentan para su acceso al sistema y los efectos que ha provocado, específicamente, en el Sistema General de Pensiones el reconocimiento de sus garantías. También se hizo uso de los repositorios institucionales de las Universidades para indagar qué se había trabajado sobre el tema.

Por esta razón, la problemática se planteará desde un enfoque cualitativo, pues con ello se busca i) definir qué se entiende por identidad de género y, especialmente, por persona transgénero ii) describir el panorama legal y jurisprudencial de los derechos de las personas transgénero, así como sus alcances y limitaciones, iii) examinar el contexto laboral de las personas transgénero de cara a la obtención de las prestaciones en el Sistema General de

Pensiones e iv) identificar los efectos existentes entre los derechos reconocidos a las personas trans frente al Sistema General de Pensiones.

## **I. APROXIMACIÓN A LA CATEGORÍA DE IDENTIDAD DE GÉNERO Y PERSONA TRANSGÉNERO.**

Previo al análisis de las categorías ‘identidad de género’ y ‘persona transgénero’ es necesario precisar conceptualmente acerca de la distinción entre los términos ‘comunidad’, ‘movimiento’ y ‘población’ para referirse a las diferentes expresiones del género o la orientación sexual, pues ello supone reconocer o no la diversidad y complejidad de las problemáticas que se generan alrededor de este tópico.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define ‘comunidad’ como aquel *“conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes”* (DRAE, 2019), lo cual pone de presente que frente a estas personas existe un rasgo distintivo o transversal que los recoge dentro de la misma condición, por ejemplo: si se habla de la ‘comunidad hispanohablante’, se entiende que la conforman aquellos sujetos cuya lengua materna es el español. No obstante, esta noción restringe el entendimiento de los asuntos relacionados con el género y la orientación sexual, pues desconoce que dentro de estas colectividades conviven grupos que tienen una composición completamente heterogénea, pese a que se organizan bajo una sola lucha, en aras de obtener una mayor voz y visibilización en la sociedad.

Es por ello que, para efectos de este trabajo, se tomará una noción más amplia como lo es la de ‘movimiento social’, cuyo enfoque dista un poco de su acepción originaria (movimiento

obrero) y pone en la lupa lo que diversos teóricos de los años 60 empezaron a definir como “nuevos movimientos sociales” para referirse a

[...] un amplio conjunto de acciones colectivas que no han podido ser entendidas ni analizadas por las perspectivas teóricas anteriores y, más específicamente, por las formas de enfocar el que, hasta entonces era el prototipo del movimiento social, es decir, el movimiento obrero [...] (Berrío, 2006, p. 229)

Con ello se quiere significar que el movimiento LGTBI admite una diversidad de individuos, organizaciones y aliados que, si bien se agrupan bajo unos propósitos comunes con el fin de reivindicar y reclamar los derechos que no han sido otorgados o que sienten vulnerados, también persisten una variedad de imaginarios que los distinguen entre ellos; un asunto que es asimilable con la perspectiva de interseccionalidad de la teoría feminista, la cual busca “dar cuenta de la percepción cruzada o imbricada de las relaciones de poder” (Vigoya, 2016, p. 2) o en otras palabras “la necesidad de enfrentar un conjunto variado de opresiones al tiempo sin jerarquizar ninguna; la imposibilidad de separar las opresiones que no son únicamente raciales, sexuales, ni de clase” (Vigoya, 2016, p. 5).

Así las cosas, no resultan equiparables las causas que persiguen las personas con una orientación homosexual, de las que quieren iniciar la experiencia transgénero o de quienes por características genéticas o fenotípicas comparten los órganos y rasgos de lo asignado biológicamente por los médicos. Y estas posibilidades, a su vez, se bifurcan en múltiples perspectivas si se tiene en cuenta los otros instrumentos de dominación y opresión sobre el movimiento, pues no es lo mismo determinar las problemáticas y violencias que sufre una mujer homosexual, blanca y privilegiada; de una mujer trans, víctima del conflicto y de escasos recursos económicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sido pionera en los temas de diversidad sexual, adoptó en su opinión consultiva OC-24 del 24 de noviembre de 2017 una terminología común para referirse a las diversas “orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género; y a la diversidad corporal”. En el apartado nominado como glosario, la Corte enuncia a modo ilustrativo las siguientes definiciones:

[...] a. **Sexo:** en un sentido estricto se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas [...] sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer.

**b. Sexo asignado al nacer:** esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales.

[...]

**e. Género:** se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

**f. Identidad de género:** [...] es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar – o no – la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y

otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales [...]

**g. Expresión de género:** se entiende como la manifestación externa del género [...], la cual puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

**h. Transgénero o persona trans:** cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. [...] El término *trans* es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. [...] La identidad de género es un concepto diferente a la orientación sexual.

**i) Persona transexual:** las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica [...] para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. [...] (pp. 17-18)

Por lo anterior, se tiene que las siglas LGTBI hacen referencia a un movimiento que condensa categorías disímiles, pues unas hacen referencia a la orientación sexual (LGB), mientras que otras pertenecen al ámbito de la identidad de género y la expresión de género (transgénero, queer, entre otras); en todo caso, estas últimas surgen en contraposición de la heteronormatividad y la cisnormatividad, que se definen como aquellos sesgos culturales que se producen en favor de la heterosexualidad y lo que se entiende como ‘masculino’ o ‘femenino’ (opuesto a lo trans), respectivamente. Frente al término transgénero sostiene Cayleff (2017) que

“es un concepto complejo porque se refiere tanto a las personas cuya identidad de género no se ajusta a las expectativas de su sexo de nacimiento, y también se refiere a las prácticas de expresión de género no conforme”. (p. 227).

Por su parte, el Glosario de la iniciativa Libres e Iguales de las Naciones Unidas define esta expresión como un

(...) término comodín que se utiliza para describir una amplia gama de identidades cuya apariencia y características se perciben como de género atípico (...), las personas que se visten con la ropa de otro sexo y las personas que se identifican como pertenecientes a un género diferente al cual les fue asignado al nacer”  
(ONU, s.f).

En lo referente a la seguridad social algunos instrumentos de soft law han determinado una serie de lineamientos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. En 2007, la Organización de las Naciones Unidas desarrolló los denominados *Principios de Yogyakarta*, en donde se exhorta a los Estados a cumplir con la obligación que tienen de garantizar una protección efectiva frente a la discriminación, estigmatización y violencias que se presentan con base en la orientación sexual o la identidad de género.

Bajo este panorama, el principio 13 hace referencia al derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social y se afirma que los Estados deberán

[...] adoptar todas las [decisiones] legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por

maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género, otros seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, funerarios, pensiones y beneficios para la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas [...]. (ONU, 2007)

En igual sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció en su Observación General N° 19 que el derecho a la seguridad social “abarca el obtener y mantener prestaciones sociales, sin discriminación, con el fin de obtener protección en diversas circunstancias en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a la vejez” (Subrayado por fuera de texto) (2008, p.2). Asimismo, dicho Comité expuso que el contenido del derecho a la seguridad social “[no podría] ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, así como el derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales” (2008, p.2). Con lo anterior, se desarrollaron algunos elementos definitorios que conforman y delimitan aquel derecho, resaltando para efectos de este trabajo, el numeral 4 que hace referencia a la accesibilidad, en donde se advierte que “todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto<sup>2</sup>” (Subrayado por fuera de texto) (2008, p. 8) y se explica que “las condiciones para acogerse a las prestaciones

---

<sup>2</sup> Numeral 2° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966): “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

debe ser razonables, proporcionadas y transparentes, [de manera tal que] la supresión, reducción o suspensión [de las mismas] debe ser limitada y [debe] basarse en motivos razonables y estar previst[o] de manera previa en la legislación nacional” (2008, p. 8).

También se hizo hincapié en la obligación de los Estados de materializar el derecho a la seguridad social sin que se ejerza algún tipo de discriminación, con lo cual se

(...) debe asegurar que la legislación, las políticas, los programas y los recursos asignados faciliten el acceso (...) de todos los miembros de la sociedad [y] deben revisarse las restricciones de acceso a los planes de seguridad social para cerciorarse de que no discriminan de hecho ni de derecho” (CDESC, 2008, p. 10).

Asimismo, subsisten unas obligaciones específicas de respetar, proteger y cumplir el derecho humano a la seguridad social, en el sentido que los Estados Partes deben abstenerse de

(...) interferir directa o indirectamente en el ejercicio de [dicha garantía], [lo cual supone] entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada; interfiera arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales, o basados en la autoayuda” (CDESC, 2008, p. 14).

En cuanto a la obligación de proteger se dispuso que los Estados deben impedir que terceras personas, de cualquier índole o naturaleza, coarten el goce de dicho derecho al negar el acceso en condiciones de igualdad, imponer “condiciones injustificadas de admisibilidad; interf[erir] arbitraria e injustificadamente en los sistemas de seguridad social” (CDESC, 2008, p. 14).

Por otro lado, el principio 12 desarrolla el derecho al trabajo indicando que “toda persona tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”, por lo cual los Estados deberán: i) formular las medidas respectivas a nivel legislativo y administrativo con el fin de erradicar toda forma de discriminación por estos motivos tanto en la esfera privada, como en la esfera pública y ii) emprender situaciones afirmativas que permitan garantizar una igualdad de condiciones en el empleo “incluidos todos los niveles del servicio gubernamental y el empleo en funciones públicas, incluyendo el servicio en la policía y las fuerzas armadas, y proveerán programas apropiados de capacitación y sensibilización a fin de contrarrestar las actitudes discriminatorias”. (ONU, Principios de Yogyakarta, 2007). Como se expondrá más adelante, persisten muchos obstáculos en lo que refiere al acceso, estabilidad y oportunidades disponibles para las personas transgénero; situación que resulta fundamental de cara a la posibilidad de reclamar el derecho a la pensión y las garantías sociales que ofrece el sistema de seguridad social.

Mucho se ha discutido acerca de la fuerza vinculante que tienen las disposiciones internacionales, máxime cuando se trata de derechos cuya aplicación es progresiva, no obstante, como se verá más adelante, la Corte Constitucional mediante su control abstracto, difuso y de convencionalidad ha abordado el sentido en que debe estudiarse este marco jurídico. Lo anterior resulta relevante puesto que la jurisdicción constitucional, cuyo órgano visible es la Corte, ha robustecido a lo largo de sus pronunciamientos la vinculatoriedad de sus precedentes, con lo cual, pese a que algunas disposiciones de soft law no hacen parte del bloque de constitucionalidad, se ha establecido por el mismo Tribunal que “ciertos documentos que hacen parte [de dicha categoría normativa] tienen una utilidad interpretativa de los tratados de derechos humanos”

(Sentencia C 257, 2008), por consiguiente, si bien algunos de los referentes normativos mencionados, no pertenecen al bloque en sentido estricto, sí se constituyen como parámetros relevantes para el desarrollo de las normas constitucionales y al erigirse como el insumo para tomar una decisión, ya sea en sede de revisión o control abstracto, la ratio decidendi se convierte en un verdadero criterio de aplicación de un marco jurídico favorable a los derechos de las personas trans.

De manera que no resulta admisible el razonamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) cuando afirma que los efectos del cambio o corrección de sexo no aplican a materias pensionales (ElEspectador, 2020), pues las interpretaciones que emergen de las sentencias de la Corte Constitucional representan una legítima fuente de derecho que hace parte integral de la Constitución al ser dicho órgano su interprete por excelencia. Una lectura integral de la jurisprudencia proferida a nivel nacional e internacional y la aplicación integral de lo dispuesto por los instrumentos de derechos humanos podría devenir en una visión completamente distinta respecto de los derechos de las personas trans en esta materia.

## **II. UN BREVE RECORRIDO SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO.**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentran pronunciamientos trascendentales de cara a la protección del sexo, el género y las identidades diversas. En 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió un caso de responsabilidad internacional, en razón del trato discriminatorio por su orientación sexual hacia Karen Atala Riffo en el proceso judicial de cuidado y custodia de sus hijas. En este supuesto, la Corte IDH determinó que el

Estado chileno debía reparar a la víctima por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación establecido en el artículo 24 de la Convención. Si bien no se hace referencia explícita a la identidad de género o a las personas transgénero, el Tribunal desarrolla algunos aspectos importantes respecto de lo que se considera como “discriminación” y expone que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

En la sentencia se sostuvo que

(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...) En este sentido, al interpretar la expresión *cualquier otra condición social* del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humanos (Corte IDH, 2012, pp. 29-30)

Por lo anterior, los supuestos bajo los cuales se tiene prohibida la discriminación no representan una lista taxativa de circunstancias, sino que, atendiendo a una perspectiva evolutiva del derecho debe optarse por una interpretación favorable a los derechos de las víctimas añadiendo que “la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios (...) para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas” (Corte IDH, 2012, p. 30).

Así las cosas, la Corte IDH pone de manifiesto que, a pesar de que los instrumentos de derechos humanos no contienen una definición unívoca o clara del concepto de ‘discriminación’, es necesario comprender que el derecho a la igualdad y la no discriminación

(...) es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con

privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideren incurso en tal situación (Corte IDH, 2012, p. 28).

Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha condenado la violencia y discriminación ejercida contra las personas por motivos de su orientación sexual y su identidad de género y ha instado a los Estados a eliminar todo tipo de barreras que enfrenten las personas del movimiento LGTBI tanto en el acceso a la participación política como en la injerencia en su vida privada. Asimismo, se ha solicitado a la CIDH realizar un estudio exhaustivo sobre “las leyes y disposiciones vigentes en los Estados Miembros (...) que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género”. (OEA, 2012, p. 2)

En *Duque VS. Colombia*, la Corte IDH esbozó algunas reflexiones sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación concretamente en escenarios relativos a la seguridad social y las personas LGTBI. Respecto del supuesto fáctico se tuvo que el Estado colombiano desconoció dicha garantía al negarle la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente a la víctima, quien tenía una orientación homosexual y pretendía el reclamo de aquella prestación, en virtud de la unión marital que sostenía con su pareja, la cual había fallecido. Con ello se realizó un análisis normativo de las disposiciones colombianas respecto del régimen de las uniones maritales, advirtiendo una distinción de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales y señalando que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido” (Corte IDH, 2016 p. 32), con lo cual la Corte concluyó que dicha distinción “no es razonable ni objetiva y no

existen factores que justifiquen la existencia [de la misma], por lo que constituyen una discriminación con base en la orientación sexual de las personas” (Corte IDH, 2016 p. 32).

De acuerdo al rastreo que se realizó de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tuvo que, en principio, la mayoría de sus sentencias de tutela hacían referencia a problemáticas relacionadas con la orientación sexual y no con la identidad de género. No obstante, el primer caso que hace referencia a esta última noción se encuentra en la sentencia T-594 de 1993, en donde el tribunal se pronunció acerca de una acción de tutela interpuesta por un ciudadano que solicitaba el amparo de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, pues se le estaba negando la posibilidad de realizar un cambio de nombre en razón de que éste pertenecía al ‘sexo femenino’.

Si bien en la tutela no se alude expresamente a asuntos relacionados con el movimiento LGTBI (lo cual es comprensible dada la época en que fue proferida la sentencia), ni tampoco se advierte que el ciudadano se identificara dentro de dichas nociones como tal, la Corte realiza importantes aportes de cara a la protección de la personalidad jurídica, la identidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido se dijo que:

[...] el nombre tiene por finalidad fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno. En sentido estrictamente jurídico, el nombre es una derivación integral del *derecho a la expresión de la individualidad*, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto. (Sentencia T 594, 1993)

Por lo tanto,

[...] es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su *modo de ser*, de su pensamiento y de su convicción ante la vida. (Sentencia T 594, 1993)

Así las cosas, el reconocimiento de la existencia misma contiene atributos que son propios de la órbita privada: como el nombre, el sexo, el género o la orientación sexual, por lo que es perfectamente plausible que se permita la posibilidad de modificar aquellos asuntos que no guarden correspondencia con el proyecto individual de cada ciudadano, aspecto último que encuentra estrecha relación con la dignidad humana y la libertad. Pese a estas importantes consideraciones, la Corte precisa que la razón fundamental para proteger los derechos del accionante no tiene que ver con el sexo o el género, sino que protege lo relativo al derecho que se tiene para cambiar de nombre. Esta situación – como se verá más adelante – es una reivindicación que tardará un poco más de 20 años para ser adoptada en nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, en la sentencia T-062 de 2011, el tribunal constitucional realizó un acercamiento al tema de la discriminación derivada de la identidad sexual diversa, pues en el supuesto de hecho se estaban cometiendo tratamientos violentos y excluyentes por parte de las autoridades penitenciarias en contra del accionante, quien se consideraba como “gay transexual”. En esta oportunidad, se reconoció la protección reforzada de la cual gozan las personas con identidad sexual diversa al indicar que:

[...] toda interferencia o direccionamiento [frente a la identidad y la opción sexual] en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la

competencia para definir asuntos que a él solo conciernen. Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en razón de (i) la discriminación histórica de las que han sido objeto; 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 (Sentencia T 062, 2011)

Pese a que la sentencia incurre en imprecisiones conceptuales acerca del sexo, la identidad de género y la identidad sexual, se les reconoce como sujetos de especial protección por parte del Estado y, además, exhorta a las autoridades para que se capacite a los funcionarios en temas de '*identidad u opción sexual diversa*' con el fin de generar un espacio de sensibilización y protección de derechos de esta población históricamente discriminada.

En 2014, la Corte Constitucional aborda la discusión de una manera más precisa al discutir sobre una acción de tutela interpuesta por una mujer transgénero que se le negó el acceso al trabajo por no contar con libreta militar. Esta sentencia se constituye como un precedente relevante, pues se consagra el derecho a la identidad de género e incluso se acude a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de recalcar este escenario de violencias sistémicas que sufren las personas trans. Allí se dijo que:

[...] el derecho a la identidad es materialización del libre desarrollo de la personalidad, pues en estrecha relación con la autonomía, la persona se identifica o autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es dueña de sus actos y entorno con el cual establece su plan de vida y su individualización como persona singular, elementos esenciales para la construcción de su identidad de género [...] (Sentencia T 476, 2014)

De acuerdo a lo anterior, la negación de un derecho tan básico como la personalidad jurídica pone de presente una problemática sumamente grave, pues para la población transgénero implica de forma automática la imposibilidad de acceso a otras garantías como el trabajo y, por supuesto, la seguridad social; situaciones que resultan, a todas luces, incompatibles con la idea de un Estado Social de Derecho y producen que la tutela sea una de las únicas vías con las que cuentan estas minorías para hacerlos efectivos.

Recientemente, la Corte IDH reiteró en el caso Vicky Hernández VS. Honduras la protección que otorga la Convención Americana respecto al derecho a la identidad de género exponiendo que aquel

se encuentra ligad[o] al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones.

(...)

Con lo cual, “interferir arbitrariamente en la expresión de los distintos atributos de la identidad puede implicar una vulneración a ese derecho (2021, p. 33).

Con ello, se perciben algunos desafíos que se enfrentan ante el Sistema General de Pensiones, pues para efectos de la prestación de vejez, no se tienen en cuenta estas variantes, de cara a los requisitos para acceder a la pensión y, aún con la expedición del Decreto 1227 de 2015, los funcionarios del Estado niegan o la modificación al componente de sexo legal en sus documentos o la pensión de vejez por no cumplir con los requisitos exigidos, de acuerdo al sexo que se tiene asignado.

Precisamente, en el marco de esta discusión, la sentencia T 063 de 2015, reiteró el reconocimiento de la personalidad jurídica como una fuente básica de la identidad sexual y de género, por lo que, en estos casos, hay lugar a la posibilidad de modificar el componente de sexo en el registro civil, mediante notario, sin ningún tipo de impedimento y sin tener que acudir al proceso de jurisdicción voluntaria. En este supuesto, la accionante interpuso el mecanismo de amparo, con el propósito de que se protegieran los derechos a la identidad sexual y la personalidad jurídica, que habían sido vulnerados por una notaría de la ciudad de Medellín quien le negó el cambio de sexo en sus documentos, al notar que no existía correspondencia entre su fisionomía y la indicación del sexo al que deseaba transitar.

Allí la Corte realiza un aporte significativo al indicar que, a través de los avances en materia de género, es necesario “abandonar la idea equivocada de considerar el transgenerismo como una enfermedad o una anormalidad” (Sentencia T 063, 2015), lo cual se traduce en que la comprensión de la identidad transgénero nada tiene que ver con los genitales, el sexo asignado biológicamente o con algún trastorno por disforia de género, pues, de acuerdo con Verástegui en la sentencia T-063 de 2015 “la variación de género es tan normal como la homosexualidad y por lo tanto no debe considerarse un trastorno mental sino validarse como una identidad social”.

De acuerdo con esto, “ninguna persona [podrá] ser obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género” (ONU, Principios de Yogyakarta, 2007), por lo que resulta un comportamiento discriminatorio imponer criterios a dichas personas que imposibiliten el ejercicio de los derechos derivados de su identidad.

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia T 476 de 2014 al estimar que:

[...] si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse.

Como ya se mencionó, en este caso particular, a la accionante se le estaba negando el derecho al trabajo por no cumplir con el requisito de la libreta militar, aun cuando se identificaba como una mujer transgénero, situación que la ponía en condiciones de vulnerabilidad, pues comúnmente esta población se encuentra sometida a todo tipo de afrentas y, particularmente en el mundo del trabajo, se ha generado una fuerte exclusión social, lo que conlleva a que, en algunos casos, se recurra al ejercicio del trabajo informal, en condiciones indignas que ocasionan el deterioro de la existencia de dichas personas.

En este contexto, se expide en el año 2015 el Decreto 1227, mediante el cual se adicionó una sección al Decreto 1069, relacionado con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil. De acuerdo a la motivación que sustenta dicha normativa, la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la jurisdicción para realizar la modificación del sexo en sus documentos, resulta a todas luces una medida desproporcionada y transgresora de múltiples derechos fundamentales, respecto de las personas cisgénero. Con ello, se expuso que:

[...] la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil [...]. (Decreto 1227, 2015)

Por lo anterior, la eliminación de barreras administrativas y judiciales, en cuanto a la modificación del sexo en los documentos de identidad representa, para las personas transgénero, una conquista significativa en materia de derechos humanos, pues implica: i) la reducción de costos económicos derivados de activar el aparato judicial, ii) evitar un contexto de revictimización y discriminación, al no ser exigible la prueba del procedimiento físico o psicológico, iii) eliminar la diferencia de trato entre las personas transgénero y cisgénero y iv) consolidar el reconocimiento de la identidad transgénero como un derecho inherente a dichas personas que permite el desarrollo de otras garantías básicas como la personalidad jurídica, el libre desarrollo a la personalidad, la vida en condiciones dignas y, para efectos de este trabajo, el acceso a la prestación de vejez.

### **III. DEL PANORAMA LABORAL DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO: ESCENARIOS DE EXCLUSIÓN Y MARGINALIDAD.**

El literal a del artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) contempla el derecho al trabajo como un derecho y deber social, el cual

[...] otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. (OEA, 1948)

Así, para lograr su satisfacción es necesario que los Estados “regulen y realicen acciones dirigidas a velar por su efectivo cumplimiento, en particular fiscalizando y sancionando su

vulneración por los empleadores públicos y privados” (CIDH, 2020, p. 110). Dicho exhorto representa una importancia vital tratándose del movimiento LGTBI, pues los Estados están llamados a evitar la reproducción de prácticas discriminatorias y, en ese sentido, “no solo debe[n] abstenerse de generar tales prácticas, sino además instaurar un sistema integral que combata activamente la discriminación por identidad o expresión de género en el trabajo” (CIDH, 2020, p. 110)

Sin embargo, la situación de las personas transgénero dista de ser satisfactoria y digna, pues los patrones de discriminación y violencia generalizada también se reproducen en este escenario, lo cual representa una barrera adicional para el acceso a la prestación de vejez, pues como se verá más adelante, también se requiere acreditar el cumplimiento de semanas de cotización al sistema, las cuales reúnen los aportes que un individuo ha realizado producto de las diferentes relaciones de trabajo que desarrolló a lo largo de su vida.

En el Informe de 2020 sobre Personas Trans y de Género Diverso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que los eventos de exclusión al trabajo de las personas trans son una circunstancia que se repliega de manera extensa en toda la región y, además, señala que dichas situaciones representan “uno de los factores desencadenantes que pone en marcha un ciclo sin fin de pobreza continua” (CIDH, 2020, p. 110). Lo anterior encuentra una agravante y es que existen muy pocos informes estadísticos que recojan de forma rigurosa, sistemática y atendiendo a enfoques de género la información respecto de las personas trans, por lo que, es plausible que se maneje un subregistro de datos respecto de las condiciones en las cuales sobreviven.

Entre las barreras de acceso que se identificaron por parte de la Comisión se encuentran i) aquellas que se relacionan con la falta de oportunidades en el ámbito educativo, ii) la falta de

reconocimiento de su identidad de género y iii) los altos niveles de prejuicio y discriminación, lo cual ocasiona que dichas personas tengan que acudir a diversas estrategias de supervivencia para poder obtener los ingresos mínimos y así construir un proyecto de vida digna. Todo lo anterior genera una consecuencia directa en el ámbito de la seguridad social pues “la informalidad laboral en la que suelen procurarse un sustento [mantiene a las personas trans] fuera del sistema formal de beneficios sociales que suelen percibirse bajo el régimen laboral” (CIDH, 2020, p. 123)

De acuerdo a lo desarrollado, la situación de las personas transgénero en Colombia también es particularmente alarmante. Según una encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría sobre empleabilidad y diversidad se develó que existen barreras en los departamentos de Recursos Humanos a la hora de contratar, pues los “prejuicios o los códigos religiosos impiden ser objetivos en cuanto a la contratación de estas personas. Y cuando logran ser contratadas muchas veces son los ambientes laborales los que se convierten en una barrera para su experiencia y crecimiento laboral” (RCN Radio, 2019). Según lo expuesto por Eduardo Ramos, director de la Cámara de Comerciantes LGTBI, “cerca del 40% de la población transgénero [en el país], está desempleada” (RCN Radio, 2019).

Se quiere hacer hincapié en que aquel porcentaje es un estimado que data del año 2019 y no proviene de una institución estatal, pues como ya se viene mencionando no existen parámetros claros sobre aquellas personas que se reconocen con una identidad de género diversa y cuáles son sus condiciones de vida. Contreras-Ruvalcaba pone de presente que “hasta la fecha las personas LGTB+ no [han] existido como categoría demográfica en los censos poblacionales de los países de América Latina” (DeJusticia, 2019), con lo cual Colombia no es la excepción.

En 2020 el DANE midió por primera vez el componente sobre orientación sexual e identidad de género e identificó que el 0,05 por ciento – lo que podría representar a unas 100.000

personas se define como transgénero, sin embargo, Nina Chaparro, coordinadora del área de género de Dejusticia afirma que dichos datos “no deberían tomarse como absolutos, de hecho, para ella, [los resultados] son muy bajos en comparación con lo que otros estudios han estimado” y agrega que “esto no representa la realidad, representa más bien la realidad de un contexto donde las personas prefieren no hablar de su identidad de género u orientación sexual por miedo a la discriminación” (ElTiempo, 2020).

De hecho, subsiste otro aterrador factor que afecta a las personas trans y es el asunto estructural de la violencia. Según información suministrada por parte de la Defensoría del Pueblo, durante el año 2020 se presentaron 63 homicidios en contra de la población LGBTI. En dicho reporte se revela “que los principales tipos de violencia que [la entidad] ha asesorado (388) desde enero de 2020 son: psicológica (154), física (58) y sexual (26). De la cifra total, 167 fueron contra personas transgénero” (Contraloría, 2020), con lo cual se muestra que, pese a los avances que se han obtenido por medio de los pronunciamientos del tribunal constitucional persiste un escenario de constante inseguridad y riesgo para dichas personas generando una “peligrosa ilusión”, pues “[se pueden] tener los derechos formales, pero eso no quiere decir que las personas LGBTI formen parte del tejido social en condiciones de igualdad” (DW, 2021).

Las situaciones señaladas reafirman la desesperanzadora premisa que indica que “ser una persona trans en Colombia es una sentencia de muerte” (Pares, 2020) y ello, según Juli Salamanca, directora de comunicaciones de la Red Comunitaria Trans, se potencia “si se está en los territorios, pues allá la institucionalidad difícilmente llega para hacer veeduría de lo que está pasando” (Pares, 2020). A lo anterior, “se le suma la violencia, que en estos territorios no solo viene de actores armados ilegales, sino también de los legales, aclarando que en esa cadena de

violencia no sólo están las acciones, sino también las omisiones por parte de la institucionalidad” (Pares, 2020).

Expuesto así el difícil contexto que viven las personas transgénero y de identidades diversas, no resulta sorprendente que las garantías de la seguridad social sean una especie de utopía para aquellas, pues viven sometidas y expuestas a un entramado de inconvenientes, violencias y discriminaciones que impiden la construcción de sus identidades y el desarrollo de sus experiencias vitales, en condiciones de igualdad y dignidad. Y, como ya veremos, el derecho y las instituciones al ser dispositivos de saber-poder actúan y se sirven de varias estrategias para intervenir estas relaciones, crear ficciones o imaginarios en la sociedad y reproducir lógicas de inclusión-exclusión para mantener ciertos sujetos al margen, como si se tratara de vidas “moralmente reprochables”, “pecaminosas” o que quieren “defraudar al sistema”, como comúnmente se cree en estos casos en donde se solicita la pensión para una persona trans.

#### **IV. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE UNA IDENTIDAD TRANSGÉNERO: RETOS ANTE EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.**

El Sistema General de Pensiones está cimentado en diversos criterios para el acceso a las prestaciones asistenciales y económicas que se ofrecen. Para el caso de la pensión de vejez, se requiere, particularmente, el cumplimiento de dos condiciones principales: la edad y las semanas de cotización al sistema. De acuerdo al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se podrá acceder a dicha garantía cuando el afiliado:

*[Haya] cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero de 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

Para efectos de este trabajo, se hará especial énfasis en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM –, pues si bien la obtención de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual depende del capital acumulado, hay ciertos eventos donde es necesario cumplir el requisito del sexo para obtener el acceso a dicha garantía, como sucede con la pensión mínima de vejez, no obstante, ese podrá constituirse en un tema para otra futura disertación.

Al respecto de la distinción en el factor de la edad de pensión entre hombres y mujeres, la primigenia Corte Constitucional se pronunció al respecto, en la sentencia C 410 de 1994. Allí determinó que

[...] las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscan paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, en principio, contrarias a la igualdad. (Sentencia C 410, 1994)

Si bien se hacía referencia a una noción heteronormativa de lo “femenino” y al sexo asignado biológicamente como mujer, lo cierto es que, la situación de las personas transgénero no dista mucho de lo planteado, pues, en razón de la estigmatización generalizada y prolongada en el tiempo, muchas de estas personas se encuentran expuestas a unas condiciones de vida paupérrimas y marginales, en razón del limitado – casi nulo – acceso a servicios de educación, salud, trabajo, vivienda y, en general, a unas condiciones de vida dignas.

Lo anterior ya nos plantea, de primera mano, uno de los efectos que se producen en el Sistema General de Pensiones frente a las personas trans debido a que, generalmente, las condiciones para determinar el acceso a una prestación como la pensión de vejez dependen, en muchas ocasiones, de variables estadísticas, entre las que se encuentra: la expectativa de vida.

Según la Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (ElTiempo, 2020), el promedio de vida de aquellas en América Latina se encuentra entre los 35 y 41 años, cifra que es bastante inferior a la expectativa general de la región y que nos hace tomar una postura crítica respecto de la protección de estas personas, pues, no sólo sufren de todo tipo de violencias, sino que las pocas que pueden cumplir con los estándares para acceder a la prestación de vejez, deben atravesar toda una serie de obstáculos administrativos para poder obtenerla y, precisamente en este escenario es donde surge la acción de tutela como el mecanismo por excelencia para materializar el derecho a la seguridad social.

Y es que, pese a la expedición del Decreto 1227 de 2015 y todo el marco convencional, constitucional y jurisprudencial, las autoridades administrativas a cargo de otorgar la prestación de vejez, se han encargado de entorpecer dichos procesos a las personas transgénero con el pretexto de que el cambio relativo al sexo en el registro civil de nacimiento no tiene incidencia en los asuntos pensionales.

Así lo expuso la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, al presentar en el año 2020 una impugnación frente a la acción de tutela instaurada por una mujer transgénero que solicitaba el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la cual había sido negada, puesto que al momento de realizar la solicitud tenía 59 años de edad y no cumplía con dicho requisito establecido para los ‘hombres’ en 62 años.

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez confirmó la decisión del juez de primera instancia, al advertir que el hecho de haber sido identificada como ‘hombre’, por razones anatómicas,

[...] no determina indefectiblemente su identidad de género y mucho menos su dignidad como ser humano. Para la ley, en la hora actual, [la accionante] es mujer, pues se plegó a los dictados del Decreto Ley 1260 de 1970 [...] reglamentados por el Decreto 1069 de 2015, adicionado por el 1227 de ese mismo año, por manera que no puede tratársele como hombre para unos asuntos y como mujer para otros. (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020)

En este caso, la jueza de primera instancia concedió el amparo solicitado por la accionante y ordenó a COLPENSIONES que se verificara el cumplimiento de los requisitos para la prestación de vejez “atendiendo [a la] identidad de género [de la solicitante], es decir, calificando los requisitos previstos en la ley para mujeres” (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020). Así, dentro de los antecedentes expuestos, se tuvo que Helena Herrán realizó mediante escritura pública la respectiva modificación del componente sexo de su documento de identidad, atendiendo a lo establecido en lo dispuesto al Decreto 1227, con lo cual se determinó que, para la fecha, se materializaban los requisitos exigidos por la Ley 100 para pensionarse como ‘mujer’. Por su parte, la Administradora del Fondo de Pensiones expuso que dicha acción era improcedente, pues no se observaban los requisitos de subsidiariedad e inmediatez al advertir que la solicitante i) contaba con otros mecanismos judiciales para impugnar los actos administrativos proferidos por la entidad y ii) no acreditaba las circunstancias de vulnerabilidad que justificaran el retardo en la interposición del amparo judicial.

Al estudiar dicha impugnación presentada por el Fondo de Pensiones, el Tribunal resolvió confirmar la decisión proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá, al considerar que el reconocimiento y respeto por la identidad de género es una expresión de la dignidad humana y aquella puede ser construida “independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos” (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020), con lo cual, no se puede decir que dicho principio “[...] esté en función de una determinada clasificación binaria de las personas, mejor aún, de su género (...) sino que atiende - y debe atender - al ser humano en su real dimensión, más allá de lo meramente corpóreo”. (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020).

Asimismo, se reconoció el patrón de violencias que sufren las personas trans en nuestro contexto, de tal manera que el Tribunal resaltó la importancia del papel que tiene el juez constitucional en el análisis de estos casos, pues se trata de personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, lo que exige una protección mayor por parte del Estado. No obstante, se precisó que no toda acción o medida que restrinja o niegue un derecho deriva necesariamente en la materialización de un trato discriminatorio, por lo cual, es trascendental que, de acuerdo al material probatorio y el principio de buena fe se examinen las circunstancias que rodean cada caso concreto.

Así, el Tribunal reconoció que, de acuerdo a las pruebas allegadas en el proceso, la accionante sufrió un perjuicio ostensible, toda vez que

no se podía tratar a la señora Herrán como hombre, siendo ella mujer, específicamente para exigirle el cumplimiento del requisito de edad que la ley de pensiones reclama para los primeros, en lo tocante a la prestación de vejez. [Con ello], no

sólo vulneró su dignidad humana, sino también sus derechos de identidad sexual, igualdad y seguridad social (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020).

En este sentido, se confirmó el pronunciamiento del juez a quo y se exhortó a la Administradora del Fondo de Pensiones a emitir una decisión de fondo respecto a la prestación social de vejez de la accionante “en el sentido que legalmente corresponda, obviamente con miramiento a los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión de vejez a una mujer” (Tribunal Superior, Exp: 0452020001115 01, 2020).

De esta manera, se reitera el derecho que tienen las personas transgénero a determinarse y conducirse de acuerdo a su proyecto de vida, pues esto encuentra una conexión profunda con el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la personalidad jurídica, de manera que, cualquier injerencia o limitación arbitraria e injustificada por parte de las autoridades o particulares en esas decisiones implican un ejercicio discriminatorio frente a dichas personas, máxime cuando se trata de derechos fundamentales y garantías como la seguridad social.

En el año 2021, la Corte Constitucional escogió la tutela para su estudio en sede de revisión, para lo cual se invitó a diversas organizaciones y colectivos a intervenir en el caso, siendo relevante mencionar la participación del Centro de Atención en Género del Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Alzate” de la Universidad de Antioquia, quien presentó un escrito en donde se defendió la postura que propugna por la protección de las personas trans, en la medida en que resulta discriminatorio el trato que Colpensiones le dio a la accionante, pues “pese a que esta se reconoce como mujer, y acreditó tal condición a través de su documento de identidad, dicha AFP fue renuente a reconocerla como tal, y le exigió acreditar requisitos de edad que no le eran propios como mujer que es” (2021, p.16). Adicionalmente, en el escrito de intervención se

solicitó a la Corte la unificación de la jurisprudencia en este tema para evitar que se perpetúe “el déficit de protección histórico que ha tenido la población LGTBIQ+” (2021, p.16).

En comunicado del 9 de diciembre de 2021 la Corte Constitucional dio a conocer los principales argumentos y la decisión tomada en la Sentencia SU 440 de 2021 que justamente desarrolló el caso de Helena, el cual fue conocido por el Tribunal Superior de Bogotá. En dicho comunicado, se advierte que Colpensiones reitera su posición indicando que no vulneró ningún derecho fundamental, pues i) el apartado destinado para el sexo en los documentos de identidad no produce ningún efecto a nivel pensional, por lo que “mientras el legislador no regule la materia, estas personas deben pensionarse a la edad aplicable a los hombres” (Corte Constitucional, 2021) y ii) las medidas de protección afirmativas para las mujeres en el caso pensional obedecen a unas dinámicas y barreras particulares que éstas enfrentan (como es el caso de la maternidad y el acceso al trabajo), por lo que no podría considerarse que las mujeres trans enfrentan esas mismas problemáticas, con lo cual, no tendría ningún tipo de justificación su tratamiento diferenciado.

En principio, dentro de las consideraciones de la Corte, se estimó la existencia de un tratamiento en condiciones de igualdad para las mujeres cisgénero y las mujeres transgénero, ya que

[...] i) las mujeres trans en principio están cobijadas por aquellas normas que, a partir de categorizaciones binarias del sexo y el género, prevean obligaciones o beneficios diferenciados para las “mujeres” o las personas de sexo “femenino” y ii) las diferencias de trato legales o administrativas entre mujeres trans y mujeres cisgénero se presumen discriminatorias y, por lo tanto, deben ser sometidas a un riguroso y estricto control constitucional (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021).

Ahora bien, la Corte afirmó que dicho mandato constitucional no resulta absoluto, pues no es posible realizar una total equiparación entre las mujeres cisgénero y las mujeres transgénero, en la medida en que

[...] “descaracteriza” las vivencias y expresiones de género de ambos grupos y deja de lado toda su especificidad y diversidad y iii) desconoc[e] que estas poblaciones han sido objeto de prácticas discriminatorias que responden a causas diversas, lo cual impediría al Estado adoptar medidas afirmativas específicas en favor de cada uno de estos grupos (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021).

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional consideró que Colpensiones habría vulnerado las garantías fundamentales reclamadas por la accionante, pues las mujeres cisgénero y las mujeres trans “son sujetos comparables para efectos pensionales” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021). Pese a que estas últimas, no sufren de las mismas violencias estructurales y sistémicas, es innegable que

[...] se enfrentan a las más severas formas de discriminación laboral y marginación social derivadas de las más arraigadas normas de género imperantes en la sociedad, las cuales crean obstáculos que de facto les dificultan significativamente cumplir con los requisitos que exige la ley para acceder a la pensión de vejez (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021).

Por lo anterior, se reconoció que la accionante fue sometida a una diferencia de trato discriminatoria, en la medida en que la AFP obstaculizó el acceso a la garantía de pensión de manera arbitraria, sin advertir que aquella se reconocía como mujer transgénero y, por tanto, tenía las mismas posibilidades de obtener dicha prestación. Por otro lado, la Corte advirtió que la

equiparación entre mujeres cis y trans podría generar impactos en el sistema a nivel financiero y también posibilitar algunas situaciones en donde se utilizara de manera fraudulenta el mismo, sin embargo, una de las conclusiones a las que se arriba es que dichas circunstancias - pese a que el Estado debe tomar las acciones correspondientes de cara a la protección de los recursos - “causaban una afectación intensa y desproporcionada a diversos derechos fundamentales y no justificaban otorgar un trato diferente a la población de mujeres transgénero en materia pensional” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021).

En este sentido, se recuerda que persiste una obligación constitucional de “transformar los patrones de menosprecio que históricamente han dificultado a las mujeres trans reunir las condiciones exigidas por la ley para tener derecho a la pensión de vejez” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021). Con ello, la Corte decidió amparar los derechos a la dignidad humana, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y seguridad social de Helena Herrán; además i) exhortó a Colpensiones a evitar incurrir en estos actos discriminatorios en materia pensional, ii) ordenó a las AFP (tanto privadas como públicas) que se adoptaran las medidas correspondientes para “prevenir los riesgos de abuso al derecho y fraude al sistema pensional” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021), respetando el principio de la buena fe y los derechos fundamentales de quienes reclaman en los mismos supuestos e iii) instó al Congreso para que solviera el vacío jurídico existente y regule los criterios aplicables a las personas transgénero.

Por lo que se observa en el comunicado, la sentencia tuvo un salvamento parcial y una aclaración de voto por parte de los magistrados Cristina Pardo y Antonio Lizarazo, respectivamente. En el salvamento de voto, la magistrada Pardo expuso que, a pesar de que estaba de acuerdo con la decisión, en el sentido de amparar los derechos fundamentales de la

accionante, consideró que i) los protocolos y medidas correspondientes que debían adoptar las AFP en relación con el ejercicio de derechos fundamentales no debían tener un carácter reglamentario y ii) la Corte no debía adoptar en su parte resolutive la llamada “ideología de género”, la cual “acepta acríticamente y sin considerar explicaciones alternativas cierta manera de concebir el género que toma fundamento en las doctrinas filosóficas del existencialismo y materialismo histórico marxista” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021). A su juicio, el tribunal constitucional no debió acoger alguna doctrina filosófica particular, teniendo en cuenta que “aún dentro de las corrientes de pensamiento que defienden los derechos de la comunidad LGTB y de formas de feminismo herederas de la teoría crítica (...), existe división respecto de la equiparación jurídica de derechos entre mujeres trans y mujeres cisgénero” (Comunicado 46, Corte Constitucional, 2021), por lo tanto la decisión debió ser fundamentada únicamente en el artículo 16 de la Constitución Política, esto es, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, el magistrado Lizarazo disintió en la parte resolutive de la sentencia, específicamente en los apartados relativos a los actos discriminatorios realizados por Colpensiones y la orden a las AFP de adoptar las decisiones pertinentes para la materialización del derecho a la pensión de las personas trans. Respecto al primer punto, el magistrado señala que, de acuerdo al material probatorio, la entidad no incurrió en ningún tipo de acto discriminatorio, pues para la fecha de presentación de la solicitud, la accionante apenas había realizado los trámites correspondientes para la reexpedición de su documento de identidad y la corrección del componente sexo en los mismo, razón por la cual no se veía reflejado el cambio al momento de pretender la garantía de pensión.

Ahora bien, frente al segundo punto, se reconoce que existe un vacío normativo en esta materia, razón por la cual, el único llamado a regular dicha situación es el Congreso de la República, ya que se trata de asuntos que tienen reserva de ley. En este sentido, no podría pretender la Corte que Colpensiones y los otros Fondos regularan mediante acto administrativo las directrices y lineamientos respecto del reconocimiento de la pensión de las personas transgénero.

Pese a que estas decisiones resultan de avanzada y son vitales para la consolidación de los derechos de las personas transgénero, aún persiste un compromiso vital con el movimiento, ya que permanece el vacío jurídico, pues “la ley se limita a establecer requisitos para hombres y mujeres, excluyendo a otras modalidades de género que cada día toman mayor fuerza tanto en Colombia como en el mundo” (Carrillo y Torres, 2021, p. 18).

Por otro lado, la jurisprudencia (y eso es perceptible en el comunicado respecto al salvamento de voto) todavía presenta algunos inconvenientes para distinguir y definir la noción de identidad de género - confundiéndola en muchas ocasiones con la orientación sexual - o construyendo una interpretación equivocada de la misma; situación que puede generar “no solo el equívoco en los fallos al momento de reconocer una prestación, sino que resalta la marcada ola de vulneración y violaciones de derechos a esta población” (Carrillo y Torres, 2021, p. 18). No obstante, resulta vital este precedente, pues se permite sentar una posición con el propósito no sólo de erradicar todo tipo de segregación, sino “para eliminar todos aquellos procedimientos discriminatorios que impiden el reconocimiento [...] [de] la dignidad humana” (Carrillo y Torres, 2021, p. 18) y permiten consolidar una construcción y respeto de la identidad de género.

Como corolario de este trabajo resulta relevante señalar que el eje problemático del escrito se ha centrado en cuestionar la categoría del género cuando las personas han decidido

transitar de lo que heteronormativamente se entiende como hombre hacia mujer, no obstante, se quiere dejar plasmada una crítica respecto de la situación inversa, esto es, cuando las personas se sienten identificadas con el género masculino y quieren transitar a éste desde el género femenino y el sexo asignado biológicamente como mujer, pues, como se ha puesto de presente, el panorama es bastante complejo para las personas trans en razón de los patrones de violencia y discriminación y si ya se presentan barreras de acceso siendo mujer trans, en este supuesto las condiciones son igualmente desalentadoras, pues asumir una identidad de género masculina implica que la persona deba cotizar por unos cuantos años más al Sistema para poder obtener su prestación de vejez, con lo cual, es probable que los hombres trans se vean sometidos a una exigencia incluso mayor que las mujeres trans al tener que asegurar algún tipo de estabilidad laboral que les permita continuar hasta cumplir con la edad de 62 años.

## **CONCLUSIONES.**

La premisa de que todos somos libres e iguales ante la ley se ha entendido en dos sentidos: i) una visión formal, que propugna por el reconocimiento, sin distinción o discriminación alguna, de las libertades y garantías a todos los seres humanos y ii) una visión material que implica el ejercicio de acciones positivas por parte del Estado, con el propósito de intervenir en aquellos eventos en donde, por razones de diversa índole, las personas no cuentan con los medios necesarios para materializar esos derechos o se les impone restricciones desproporcionadas para el ejercicio de los mismos.

El movimiento LGTBI, específicamente en lo relativo a las personas transgénero, se ha constituido como un grupo socialmente sometido a patrones de violencia sistémica y generalizada

por parte de las visiones heteronormadas y cisgénero, lo cual ha implicado un contexto de vida difícil, pues se les ha restringido y limitado el acceso a derechos tan esenciales como la personalidad jurídica y, aún más, se les ha puesto dificultades para concretar otras garantías como la seguridad social.

Estas circunstancias de desprotección han generado que no sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también la Corte Constitucional colombiana, hayan desarrollado un precedente trascendental frente al entendimiento de los derechos que tienen las personas transgénero, el cual parte de acciones como la posibilidad de modificar el componente de sexo legal de sus documentos, con el fin de proteger su derecho a la autodeterminación e identidad trans hasta el reconocimiento de las prestaciones pensionales, de acuerdo a la identidad que ha sido asumida por la persona.

Con base en los principios rectores de autodeterminación, autoidentificación y dignidad humana, las personas transgénero tienen toda la libertad de disentir acerca del sistema binario que se les ha impuesto socialmente (pues el género - lo femenino y masculino - se construye en la sociedad) y que ha sido tomado como referente para definir lo que “es normal”. Justamente por esta última visión dual y extremista es que se han perpetuado y creado diferentes tipos de violencias sobre dicha población, que se ven agravadas y reproducidas por los mismos Estados, en el momento en que construyen normativas que inciden en las relaciones personales, proyectos de vida y derechos fundamentales de la población transgénero, situación que es del todo incompatible en sociedades que han incorporado derechos como la igualdad.

De cara al Sistema General de Pensiones, se tiene entonces, que las autoridades encargadas de la concesión de las prestaciones pensionales, deben tener en cuenta este tipo de circunstancias, tales como el reconocimiento de la identidad de género y las barreras y contextos

particulares que se presentan para las personas trans, en aras de exigir la aplicabilidad o no de los requisitos consagrados para cada sexo en la ley, lo cual se traduce en tres retos principales que se deben afrontar: i) la importancia de la formación en género de los funcionarios y la sensibilización de la sociedad en general, ii) la aplicación de un enfoque diferencial para acceder a la pensión, teniendo en cuenta el panorama laboral y el patrón de violencias a las cuales se ven sometidos, iii) exhortar al Estado para la formulación de políticas más eficaces que puedan transformar las condiciones de vida de la población transgénero.

Precisamente, con el pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional se sienta un precedente relevante - aunque aún insuficiente - sobre los derechos pensionales de las personas transgénero, pues

[...] el patrón de coincidencia se sitúa en entender el concepto de género bajo un marco de un Estado Social de Derecho que reconoce y respeta la diversidad identitaria, más allá de los prejuicios socio-culturales, garantizando no solo el derecho a la igualdad, sino dando cumplimiento al principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. (Carrillo y Torres, 2021, p. 26).

Además de ello, nuestro sistema pensional y, en general el Sistema de Seguridad Social se construyó bajo la idea de universalidad, igualdad y progresividad, razón por la cual “no debe haber un trato diferencial [injustificado] precisamente en aras de protección al principio de universalidad del Derecho, pues este no debe ser protegido de manera exclusiva a algunas personas” (Carrillo y Torres, 2021, p. 26). Por otro lado, no es propio de un Estado Social de Derecho que los ciudadanos sufran de manera arbitraria las consecuencias de la omisión por parte del legislador en la materia, por lo cual,

[...] En el marco del derecho, deben desarrollarse variables que propendan [por] una política democrática, que implica no sólo la modificación de prácticas sociales, sino un compromiso ético de una toma de conciencia, donde el reconocimiento de derechos transforme el sistema jerárquico que ha impuesto la misma sociedad. (Carrillo y Torres, 2021, p. 26).

En todo caso, si por acción u omisión, las autoridades o los particulares inciden en dicha órbita e imponen requisitos arbitrarios y desproporcionados para el acceso a derechos fundamentales, la acción de tutela se erigirá como el mecanismo idóneo para el amparo de la identidad transgénero, pues como ya se estableció, son grupos que gozan de especial protección y requieren de la intervención inmediata del juez constitucional, debido a que la estigmatización generalizada ha creado un escenario que pone en riesgo sus condiciones de vida.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Araque, L., Gómez, A. y Portilla L. (2021) Intervención conforme al auto del 16 de julio de 2021. Centro de Atención en Género y Diversidad Sexual CAG. Consultorio Jurídico Guillermo Peña Alzate Universidad de Antioquia. Escrito no publicado.

Carrillo, D. y Torres, I. (2021) Análisis del Sistema Pensional Colombiano a la luz del Principio de Universalidad: enfoque en población transgénero. [Artículo de revisión bibliográfica, Trabajo de grado para optar al título de especialista en derecho laboral y seguridad social, Universidad Libre de Colombia. UniLibre Repositorio. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20276>

Cayleff, S. (2017). “Women in Culture (An Intersectional Anthology for Gender and Women’s Studies)”. Second Edition. Illinois: Bonnie Kime Scott (Editor), Susan E. Cayleff (Editor), Anne Donadey (Editor), Irene Lara (Editor).

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia. (2019). ¿Cómo ser LGBT y una estadística, a la vez? Una encrucijada. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/como-ser-lgbt-y-una-estadistica-a-la-vez-una-encrucijada/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

Congreso de la República (23 de diciembre de 1993). Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993). DO: 41.148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2012) Caso Atala Riffo y Niñas VS. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de febrero de 2016) Caso Duque VS. Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de marzo de 2021) Caso Vicky Hernández y Otras VS. Honduras.

Corte Constitucional de Colombia (13 de febrero de 2015) Sentencia T-063 de 2015 [MP] Maria Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia (12 de marzo de 2008) Sentencia C-257 de 2008 [MP] Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (9 de julio de 2014) Sentencia T-476 de 2014 [MP] Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (15 de septiembre de 1994) Sentencia C-410 de 1994 [MP] Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia (4 de febrero de 2011) Sentencia T 062 de 2011 [MP] Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (15 de diciembre de 1993) Sentencia T 594 de 1993 [MP] Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (9 de diciembre de 2021) Comunicado 46 Sentencia SU 440 de 2021. [MP] Paola Andrea Meneses Mosquera.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-24/17 sobre Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2020). ¿Viven o sobreviven? Durante 2020 en Colombia ya van 63 homicidios contra personas LGBTI. Recuperado de: <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/9555/%C2%BFViven-o-sobreviven-Durante-2020-en-Colombia-ya-van-63-homicidios-contra-personas-LGBTI.htm>

Deutsche Welle. (2021). La comunidad LGBTI quiere igualdad real en América Latina, no solo derechos. Recuperado de: <https://www.dw.com/es/la-comunidad-lgbti-quiere-igualdad-real-en-am%C3%A9rica-latina-no-solo-derechos/a-56114645>

Española, R. A. (2019). Diccionario. Recuperado de: <http://www.rae.es>.

ElEspectador Redacción Judicial. (11 de septiembre de 2020). Mujer trans gana pulso para que le permitan pensionarse a la edad de las mujeres. El Espectador. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/le-reconoceran-pension-a-mujer-transsexual-en-bogota/>

ElTiempo. (4 de abril de 2020). Trans en América Latina, una población en constante riesgo. Periódico El Tiempo. Recuperado de:

<https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/trans-en-america-latina-una-poblacion-en-constante-riesgo-480934>

ElTiempo. (13 de agosto de 2020). ¿Cuántos colombianos son LGBT? Dane hizo primera medición estadística. Periódico El Tiempo: Recuperado de:  
<https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/encuesta-del-dane-midio-por-primera-vez-cantidad-de-personas-lgbt-en-colombia-529124>

Fundación Paz y Reconciliación (PARES). (2020) Ser una persona trans en Colombia es una sentencia de muerte. Recuperado de: <https://www.pares.com.co/post/ser-una-persona-trans-en-colombia-es-una-sentencia-de-muerte>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (s.f) Iniciativa Libres e Iguales.  
<https://www.unfe.org/es/definitions/>

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9).

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de las Naciones Unidas. (2007). Principios de Yogyakarta. Recuperado de:  
<https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>

Organización de los Estados Americanos. (2012). Resolución 2721 Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Asamblea General. Recuperado de:  
<https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/enlaces/Default.asp>

Presidencia de la República. (4 de junio de 2015) Decreto 1227 de 2015 DO: 49532.

Tribunal Superior de Bogotá (10 de septiembre de 2020) Sentencia Expediente:  
0452020001115 01 [MP]: Marco Antonio Álvarez Gómez.

Vigoya, M. V. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate feminista*, 52, 1-17.