

CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA DETERMINACIÓN
DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN PERSONAS TRANSGÉNERO EN COLOMBIA

AUTORES

ALICIA CERVANTES RODRIGUEZ Y CARLOS CADAVID OSORIO

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

PROGRAMA

VALLEDUPAR, 2022

CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA DETERMINACIÓN
DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN PERSONAS TRANSGÉNERO EN COLOMBIA

AUTORES

ALICIA CERVANTES RODRIGUEZ Y CARLOS CADAVID OSORIO

UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

PROGRAMA

VALLEDUPAR, 2022

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE	5
ABSTRACT	5
KEY WORDS	6
INTRODUCCIÓN	6
METODOLOGÍA	8
DESARROLLO DEL TEMA	9
GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN PENSIONAL EN COLOMBIA	10
EL genero y su papel en el Sistema General de Pensiones de Colombia	12
CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN A PERSONAS TRANS.	13
CONCLUSIONES	17
BIBLIOGRAFÍA	17

CRITERIOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ EN PERSONAS TRANSGÉNERO EN COLOMBIA

RESUMEN

El desarrollo jurisprudencial frente al reconocimiento del derecho pensional por parte de las personas trans, constituye un avance significativo en garantía de derechos. No obstante, la discusión sobre ello es por lo tanto un espacio abierto al debate para el análisis de las reglas que han de guiar, a partir del género, los criterios por medio de los cuales un usuario del Sistema General de Pensiones en Colombia puede acceder a la misma. El desarrollo de este estudio se orientó teniendo como objetivo el análisis de los criterios legales y jurisprudenciales para la determinación de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia. Para esto, metodológicamente se desarrolló como investigación documental teniendo en cuenta el método analítico; el tipo de investigación es descriptivo se siguió con un enfoque cualitativo. De esta manera, se logró concluir que la lectura sobre los derechos pensionales, en el marco de la garantía a la Seguridad Social no deben ser sometidos por reglas excluyentes a partir del género, sin embargo, la determinación de esto debe orientarse por procesos que permitan la garantía de los derechos y no la afectación del Sistema General de Pensiones.

PALABRAS CLAVE

Constitución, Jurisprudencia, Pensión, Seguridad Social, Transgénero

ABSTRACT

The jurisprudential development against the recognition of pension rights by trans people constitutes a significant advance in guaranteeing rights. However, the discussion on this is therefore a space open to debate for the analysis of the rules that must guide, based on gender, the criteria through which a user of the General Pension System in Colombia can access it. The development of this study was oriented with the objective of the natural nature of the legal and jurisprudential criteria for the determination of the old-age pension in transgender people in Colombia. For this, methodologically it was developed as documentary research taking into account the analytical method; the type of research is descriptive and followed by a qualitative approach. In this way, it was concluded that the reading on pension rights, within the framework of the Guarantee to Social Security should not be subject to exclusionary rules based on gender, however, the determination of this must be guided by processes that allow the guarantee of rights and not the affectation of the General Pension System.

KEY WORDS

Constitution, Jurisprudence, Pension, Social Security, Transgender

INTRODUCCIÓN

El derecho pensional, desde la ley 100 de 1993, y su reconocimiento constitucional en el artículo 48 reconoce el respectivo derecho a la seguridad social, figurando la pensión de vejez como un criterio para la estabilidad económica de quienes acceden a dicha pensión.

No obstante, la construcción jurídica, a partir de la ley 100 de 1993 se ha enfrentado a circunstancias concretas frente a la identificación de los beneficiarios de dicha pensión al cumplir requisitos como la edad pensional y el total de semanas cotizadas, legalmente definidas para disfrutar de una vejez digna. Ergo, la identidad en materia de genero resulta de presente un asunto de interés académico, político y social relevante.

Pues bien, con la sentencia SU 440 de 2021, con la magistrada ponente Paola Andrea Meneses Mosquera, la Corte Constitucional se plantea el problema relativo al reconocimiento pensional de las personas *transgenero* como miembros de la comunidad LGTBQ+, del cual se abre el interrogatorio respecto a los elementos y criterios que serán tenidos en cuenta para el acceso a la pensión de vejez, en reconocimiento del principio de igualdad en tanto se da un trato igualitario a los distintos en tanto se reconocen diferentes, no obstante, bajo el reconocimiento de identidad de género.

Entonces la necesidad de atender al reconocimiento de la diversidad de genero permite establecer nuevos paradigmas administrativo-legales en la medida que se atiende a las medidas que atienden a la protección de la dignidad humana, que en el contexto de la seguridad social, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se constituye como la determinación de lineamientos de orden constitucional para fijar líneas de interpretación no discriminatorias.

El reconocimiento del derecho pensional a una mujer transgénero resultó relevante para la Corte Constitucional en la medida que, atendiendo a los criterios constitucionales en materia de derechos se establecía el cuestionamiento sobre el

rechazo por parte de Colpensiones al acceso a la pensión de vejez, afectando los derechos a la vida, la seguridad social igualdad y dignidad humana.

Pues bien, el argumento clave resultaba en identificar que, teniendo en cuenta que se reconocía como mujer transgénero para efectos pensionales ¿el cálculo de la edad pensional se ajustaba a su reconocimiento como hombre o mujer? Para la corte constitucional, el punto de quiebre se presentaba en si se concluye discriminación en los trámites administrativos y tratos legales entre las mujeres transgénero y las mujeres cisgénero.

Si bien se establecen diferencias entre las mujeres cisgénero y las mujeres transgénero, diferencias biológicamente establecidas, la idea de diversidad toma relevancia para concluir a partir de ello la necesidad de atender a dicha circunstancia. Aunque la diversidad representa un asunto clave para la corte, se ha de considerar al mismo tiempo que, sin desconocer la historia en materia de discriminación a los grupos LGTBQ+, la ida de defraudación a las entidades administrativas para acceso a la pensión resulta una problemática a la cual atender para identificar con ello la distinción entre un acto que busca el favorecimiento de aquel para el reconocimiento y garantía de un derecho.

El reconocimiento social constituye un avance en materia de derechos. Es por esto, que, reconocimiento de la diversidad de género, se plantea el interrogante sobre las formas de inclusión. Si bien estos procesos resultan ser lentos, pero consistentes, hay asuntos en los que se hace necesaria una pronta atención.

No obstante, antes de precisar algunos apartes críticos sobre lo anterior, es necesario partir por el entendido, en términos de Luisa Fernandez Zorilla (2020), de la comunidad transgénero, la cual “desde hace varios años ha tenido que vivir y ser sometidos a diferentes tratos en los tramites que le implican este reconocimiento del cambio de su género en la sociedad.” (p. 6) por lo que atender a esta problemática, aun en la actualidad, representa un asunto relevante. Por tal motivo, la discusión relativa a los derechos pensionales resulta relevante en tanto que el reconocimiento de las personas transgénero representa no solo un cambio en la materia, sino también un avance en la garantía efectiva de derechos.

METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la presente investigación se siguió como una investigación documental teniendo en cuenta el método analítico, donde la problemática, en torno a los asuntos relativos a la identidad de género, se manifiesta en asuntos propios del derecho como lo es el acceso a la pensión y en general a la seguridad social. Por lo anterior, el tipo de investigación es descriptivo, teniendo en cuenta que se realizó el respectivo análisis sobre las normas legales y constitucionales, en relación con la jurisprudencia nacional frente al papel de las personas transgénero y su reconocimiento como miembros de la comunidad LGTBI y las garantías constitucionales que en materia de seguridad social se protegen. Por lo tanto, se sigue con un enfoque cualitativo, en tanto se hace un estudio conceptual, y normativo, atendiendo a lo desarrollado en la teoría y fundamentando el análisis a través de la obtención de datos por medio de leyes,

jurisprudencia, doctrina, libros y artículos académicos, noticias y revistas científicas.

DESARROLLO DEL TEMA

El contexto relativo al régimen de pensiones en Colombia, si bien demanda un análisis legal y también administrativo a partir de las consideraciones propias de la Corte Constitucional. Por lo tanto, para hablar del reconocimiento de las personas *trans*, este será el asunto a resolver en lo que conceptualmente respecta.

Por *transgénero*, Marco Antonio Ruiz Nieves (2018) expresa que con base en los fallos de tutela de la Corte Constitucional, por *transgénero* puede entenderse que “hace referencia a un concepto fuera de la binariedad genérica” (Nieves , 2018), sin embargo, aunque se parte de la distinción entre *transgénero* y *travestis*, con este primero se parte por el reconocimiento de un concepto que, si bien no es estático, se aborda con base en cada caso concreto, ya que por ejemplo “todas las personas transexuales son trans-género, pero no todas las personas transgénero son transexuales” (Nieves, 2018, p. 108) por lo que en la pluralidad de casos se especifica una atención concreta al mismo para identificar la identidad de género *trans*.

Desde la *Asociación Americana de Psicología* (2020), entiende por transgénero “personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer” (p. 1) no obstante, el prefijo *trans*, en desarrollo por parte de la Comisión

Nacional de Derechos Humanos (CNDH) tanto para hombres o mujeres *trans*, en tanto *personas trans* como “alguien que se auto-identifica fuera del binario mujer/hombre. Adicionalmente, algunas mujeres Trans se auto-identifican como mujeres, y algunos hombres Trans se auto-identifican como hombres” (CNDH, 2016).

El análisis del Sistema General de Pensiones en Colombia y los casos de reconocimiento de la pensión, si bien se encuentran constituidos por reglas determinadas por criterios de identificación de sexo en tanto masculino y femenino, con base en la Ley 100 de 1993, ya sea respecto al Régimen de Prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, las condiciones, según los artículos 33, 64 y 64, se determinan las condiciones según sea el caso, es decir, tratándose de hombre o mujer.

GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN PENSIONAL EN COLOMBIA

Como se enunció anteriormente, es con la ley 100 de 1993 por medio de la cual se reconoce la base legal para el tratamiento y reconocimiento del sistema pensional colombiano. Con esto, los detalles que se han de precisar sobre la materia para el efectivo reconocimiento del derecho pensional es en torno a la identidad de género.

Para enmarcar el punto anterior y precisar los retos a enfrentar el sistema general de pensiones colombiano, se inicia identificando que este se compone de dos macro sistemas, estos son: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación

Definida (RPM), y uno privado, correspondiente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). (Parra, J., Arias, F.& otros, 2020). Consecuentemente, se ha de enunciar la importancia de tratar concretamente estos dos regímenes, sin desconocer con ello la posibilidad de abrir el debate con los regímenes especiales.

Entonces, con base en el estudio de Parra, J., Arias, F., y otros (2020), se logra precisar estadísticamente que para el año 2019, con el incentivo de la ley 100, tanto los afiliados del RPM y RAIS representaron un aproximado de 16.000.000 (RAIS) y 6.000.000 (RPM). Aunque estos índices son clave dentro del análisis que busca enfocar “cobertura, tasas de fidelidad, características de los afiliados y pensionados, traslados, valor de los fondos privados, tasas de reemplazo, subsidios del RPM, Colombia Mayor y Beneficios Económicos Periódicos (BEPS)” (Parra, J., Arias, F., y otros, 2020, p.6), es necesario indicar los fundamentos Constitucionales de los cuales, la Ley 100 soporta su vigencia,

La Constitución Política de Colombia de 1991, reconoce la pensión como un derecho que se integra como parte de la seguridad social. Es así cuando en el artículo 48 constitucional establece, refiriéndose a la seguridad social que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social” (Constitución, 1991) entonces, con el reconocimiento del derecho pensional,

EL genero y su papel en el Sistema General de Pensiones de Colombia

Profundizar sobre los asuntos relativos a los estudios de género demanda una atención concreta al desarrollo del reconocimiento de los cotizantes. Por tal motivo, desde el sistema general de pensiones en Colombia se ha de plantear

precisiones sobre el género de sus usuarios en la medida que esta influirá directamente en aspectos como la edad pensional. Ya sobre este asunto concreto, a partir del cambio institucional, la Ley 100 integra en el espectro nacional, sobre la Seguridad Social, una noción en materia pensional integrado por el régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Cada uno de estos regímenes contempla un conjunto de solemnidades de las cuales, el reconocimiento del derecho pensional se ve constituido. Es el caso del *régimen de prima media con prestación definida* en el que la categoría de -hombres- reconoce que la edad pensional se fija en 62 años y las mujeres 57 e indistintamente de tal categoría, haber cotizado 1300 semanas. Sobre el RAIS, la edad pensional es elegida por parte del afiliado “siempre y cuando el capital que hayan acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo” (ZUÑIGA, 2020).

Entonces, el reconocimiento de hombres y mujeres en el sistema general de pensiones resulta, para óptica normativa, un asunto resuelto en tanto que la identidad de dichos géneros se entiende cerrada. Ergo, ante la concreta discusión que presenta el caso sobre el reconocimiento de una persona en tanto transgénero, categorizada la identidad transgénero como “un término general para las personas cuya identidad de género difiere de la identidad que, por lo general, se asume para el sexo que se les asignó al momento de nacer” (Moseson, 2020: 5), la falta de claridad sobre el tratamiento de esta identidad en el sistema general

de pensiones, resulta en variaciones con efectos sustanciales al momento de reconocerse las condiciones de dicho derecho.

CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN A PERSONAS TRANS.

Con base en lo anteriormente planteado, se establecen orientaciones frente al tratamiento conceptual y legal de la identidad transgénero, no obstante, lo que representa el mismo en el reconocimiento de derechos como el pensional se ha de desarrollar desde una óptica con pleno desarrollo jurisprudencial.

En la sentencia SU-440-2021 la Corte Constitucional desarrolla dicho asunto. En esta sentencia de unificación se dice sobre la identidad de género que frente a los contextos de discriminación, su perjuicio directo es que “afecta la libertad de las personas trans de construir de manera autónoma y privada su plan de vida, e inhibe la expresión de sus vivencias de género en el ámbito social” (Corte Constitucional, 2021) por lo que, frente al reconocimiento del derecho pensional, se precisa “los actos discriminatorios en contra de una mujer trans que obstaculicen el acceso al reconocimiento de la pensión de vejez afectan su dignidad humana de una manera más fundamental” (Corte Constitucional, 2021).

Así mismo, sigue la Corte

La discusión requiere entonces un análisis inescindible entre la identidad de género como idea general del cual se desglosa la identidad transgénero y el

derecho pensional en tanto que la primera, tomando como referencia la opinión consultiva OC-24 del 24 de noviembre de 2017, hace referencia a:

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 10 otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (p. 17).

Lo que resuelve la Corte Interamericana en este aspecto es la generalidad a la cual se logra enmarcar la transexualidad, la cual, sigue la Corte:

El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común 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. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual (p. 18).

De lo anterior, la transexualidad es entonces un criterio diferenciador de la identidad, en el marco de la autopercepción de la persona. Así, la persona trans se

posiciona socialmente con un género distinto al que es asignado biológicamente, entendiendo con esto la distinción entre sexo y género donde se habla del primero cuando “se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres” (CorteIDH, 2017) Y 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” (CorteIDH, 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior, la institución jurídica en la cual se plantea la discusión sobre el conflicto frente al reconocimiento del derecho personal por asuntos de autorreconocimiento del género en tanto transgénero es en el RPM la noción heteronormativa, se mantiene estricta en este régimen pese a los cambios manifiestos, por ejemplo, en el registro civil. Respecto a esto, María José Jaraba Márquez (2021) expresa que:

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 (p. 30).

No es entonces un asunto de completa desatención la problemática tratada, pues desde un ámbito normativo, la garantía de los derechos de las personas transgénero (como miembros de la comunidad LGTBQ), ha sido objeto de atención de los entes Internacionales y Nacionales. No obstante, los criterios para determinar el reconocimiento de una persona trans se tornan innecesariamente

estrictos, siendo un latente riesgo para la realización efectiva de los derechos pensionales del afiliado.

Lo que presenta entonces una noción resolutive de dicha discusión se ve manifiesta entonces en la decisión de la Corte Constitucional en su sentencia SU440 de 2021, en el cual se demanda a Colpensiones por afectar los derechos a la seguridad social, la salud, vida, dignidad humana, igualdad y confianza legítima de una persona trans que se auto percibía como mujer, al momento de solicitar su pensión bajo el requerimiento de los 57 años y del cual no le fue reconocido.

En respeto a los lineamientos establecidos desde los estudios de género a los miembros de la comunidad LGTBI, para la garantía de la dignidad humana, implica, como sigue Lina Marcela Benavides (2022), reconocer el derecho “a vivir como desea, a vivir conforme y sin humillaciones, y con inclusión de políticas públicas que han reconocido y garantizado la libertad de género y la libertad sexual” (p. 25), por tal motivo, frente a la realización o bien, materialización de los derechos de las personas trans, como logro se tiene la posibilidad de cambio de género o corrección del componente sexo en el registro civil de nacimiento.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICA

CONCLUSIONES

Con base en lo anterior, la simplicidad del reconocimiento de hombres o mujeres, si bien se amplía o adquiere connotaciones especiales en la medida que por parte de las administradoras de los fondos pensionales como COLPENSIONES se encuentran en circunstancia tal donde se hace necesario, para dar respuesta a

una persona *transgénero* sobre su situación pensional, atender a una posición donde la identifica. Pues bien, ya sea tratándose de hombre o mujer, el factor determinante entra no solo con un reconocimiento estricto sobre *hombre o mujer*, sino que se hace exigible analizar dicha circunstancia con una perspectiva de género, como medio para no afectar el acceso a la pensión bajo dichos términos.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Americana de Psicología. (2020). ¿Qué significa transgénero?. Recuperado de: <https://www.apa.org/topics/lgbtq/transgenero#:~:text=Transg%C3%A9nero%20es%20un%20t%C3%A9rmino%20global,se%20les%20asign%C3%B3%20a%20nacer.>

Benavides Vega, L. M. (2022). Recorrido histórico por la Seguridad Social como directriz del requisito de edad para la pensión de vejez en mujeres transgénero en Colombia.

CNDH. (2018). LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, TRANSEXUALES Y TRAVESTIS. Recuperado de: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/31-DH-Transgenero.pdf>

Martínez, J. R. (2020). *Ley de identidad de género Carencias normativas para aprobación de jubilación y/o pensión* (Bachelor's thesis).

Moseson, H., Zazanis, N., Goldberg, E., Fix, L., Durden, M., Stoeffler, A., & Hastings, J. (2020). El imperativo de incluir los géneros no binario y transgénero. *Obstet Gynecol*, 135, 1059-68.

Nieves, M. A. R. (2018). El concepto transgénero en las sentencias de tutela (Colombia). *Verba Iuris*, (40), 95-110.

Parra, J., Arias, F., Bejarano, J., López, M., Ospina, J. J., Romero, J., & Sarmiento, E. (2020). Sistema pensional colombiano: descripción, tendencias demográficas y análisis macroeconómico. *Revista Ensayos Sobre Política Económica*; No. 96, septiembre 2020. Pág.: 1-64.

