



COMUNICADO 46

Diciembre 9 de 2021

Sentencia SU-440-2021

M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Expediente: EXPEDIENTE T-7987537 - Acción de tutela de Helena Herrán Vargas contra Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

LAS MUJERES TRANS TIENEN DERECHO A ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ A LA MISMA EDAD DE LAS MUJERES CISGÉNERO: CORTE CONSTITUCIONAL

1. Hechos y síntesis de los fundamentos

La acción de tutela. La señora Helena Herrán Vargas, mujer transgénero, interpuso acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad humana y a la confianza legítima. La accionante alegó que la administradora la había discriminado en razón de su identidad de género trans, pues había concluido que no era una mujer para efectos pensionales. En concreto, señaló que, en respuesta a su solicitud pensional, la accionada había concluido que esta no tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pues tenía 59 años y, por lo tanto, no había cumplido con la edad exigible a los “hombres” (62) para acceder a dicha prestación social.

La posición de Colpensiones. Colpensiones sostuvo que la acción de tutela era improcedente porque no satisfacía los requisitos generales de procedibilidad de inmediatez y de subsidiariedad. Además, señaló que no había vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, principalmente por dos razones. Primero, la corrección del marcador de “sexo” en los documentos de identidad de una mujer trans no tiene efectos pensionales, por lo que, mientras el legislador no regule la materia, estas personas deben pensionarse a la edad aplicable a los hombres. Segundo, indicó que la diferencia de edad para acceder a la pensión de vejez aplicable a las mujeres es una medida afirmativa que tiene por objeto compensar y remediar las barreras laborales y obstáculos derivados de la

maternidad a los que estas se enfrentan, los cuales les dificultan reunir las condiciones exigidas por la ley para tener derecho a esta prestación. En criterio de Colpensiones, la accionante y, en general, las mujeres trans, no se enfrentan a estas barreras para acceder a derechos pensionales y, por lo tanto, no son destinatarias de dicha acción afirmativa.

Consideraciones de la Corte. La Sala resaltó que, en virtud del derecho al reconocimiento jurídico de la identidad de género diversa de la población trans, existe un mandato constitucional de trato paritario prima facie –no absoluto– entre mujeres transgénero y mujeres cisgénero. En virtud de este mandato, (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.

La Corte precisó que este mandato de trato de paritario no es absoluto y no implica que el trato jurídico que la ley y la administración otorguen a estas poblaciones deba ser absolutamente idéntico y que cualquier diferenciación entre mujeres trans y mujeres cisgénero sea, per se, inconstitucional. En criterio de la Sala Plena, la total equiparación psicológica, sociológica, política y jurídica de estas poblaciones podría (i) ignorar que entre las mujeres trans y las mujeres cisgénero existen diferencias biológicas que, en algunos eventos, podrían ser relevantes para determinar el acceso diferenciado a beneficios y obligaciones previstas en la ley, (ii) “descaracterizar” las vivencias y expresiones de género de ambos grupos y dejar de lado toda su especificidad y diversidad; y (iii) desconocer 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. Por esta razón, en cada caso, las autoridades administrativas y los jueces deben examinar si las cargas o beneficios previstos en la ley para las mujeres cisgénero son también aplicables a las mujeres transgénero a partir de, entre otras, las finalidades de la norma que las prevén, las características biológicas de estas poblaciones y las diferentes prácticas de discriminación que han padecido.

Caso concreto. En el caso concreto, la Corte concluyó que Colpensiones había vulnerado los derechos fundamentales a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y seguridad social de la señora Herrán Vargas, por dos razones.

Primero, consideró que las mujeres trans y las mujeres cisgénero son sujetos comparables para efectos pensionales y, por lo tanto, la señora Herrán Vargas

tenía derecho a pensionarse a la edad prevista en ley para las “mujeres”. La Sala resaltó que, de acuerdo con estudios estadísticos, las mujeres trans se enfrentan a las más severas formas de discriminación laboral y marginación social derivadas de las 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. De este modo, encontró que a pesar de que las mujeres trans no se enfrentan a las mismas barreras que afrontan las mujeres cisgénero en materia pensional, en todo caso son merecedoras de una medida afirmativa por parte del Estado que compense dichos obstáculos y garantice el acceso a derechos pensionales en condiciones de igualdad.

Segundo, a partir de la aplicación del juicio estricto de igualdad, encontró que en este caso la negativa de Colpensiones a conceder el derecho a la pensión de vejez a la señora Herrán Vargas, constituyó una diferencia de trato discriminatoria contraria a la Constitución. La Corte reconoció que la equiparación de la edad de pensión entre mujeres trans y mujeres cisgénero podía tener un impacto financiero en el sistema pensional. Así mismo, resaltó que era posible que hombres inescrupulosos decidieran de forma fraudulenta modificar el marcador de sexo en los documentos de identidad con el objeto exclusivo de acceder de forma anticipada a derechos pensionales, por lo cual los fondos de pensiones tenían el deber de prevenir y sancionar estas conductas. Sin embargo, consideró que estos impactos y riesgos, a pesar de que exigían al Estado tomar medidas para proteger los recursos del sistema de pensiones, 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.

La Sala resaltó que, en términos generales, la discriminación en razón de la identidad de género 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. Además, resaltó que 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: distorsionan la habilidad de la mujer trans de sentir orgullo por formar parte de una población que reivindica para sí una identidad de género diversa y valiosa para la sociedad. Del mismo modo, crean un conflicto entre la realidad y el derecho que coloca a la mujer trans en una situación anormal que provoca profundos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad y le impide disfrutar de la realización personal que para cualquier ser humano significa alcanzar la edad de jubilación.

En tales términos, la Corte Constitucional resaltó que las mujeres trans, como la señora Herrán Vargas, que logran sobreponerse a la violencia y discriminación sistémica, estructural e interseccional derivada de las arraigadas normas de género binarias y cisonormativas, son motivo de orgullo para toda la sociedad. Estas mujeres merecen, como pocas, que el Estado les reconozca la pensión de vejez como retribución por el esfuerzo y trabajo llevado a cabo durante toda su vida. Nuestra Constitución impone a las autoridades y, en particular, a los fondos de pensiones, la 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. Los impactos que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Herrán Vargas, así como de todas las personas que se identifican con feminidades trans, causen en las proyecciones financieras de Colpensiones, deben ser atendidos por el Estado, pero no pueden contraponerse al interés de la accionante y de esta población de acceder, en condiciones de igualdad, a la protección y garantía de la seguridad social.

2. Decisión

PRIMERO. Amparar los derechos fundamentales a la dignidad humana, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y seguridad social de la señora Herrán Vargas

SEGUNDO. Exhortar a Colpensiones a abstenerse de incurrir en actos discriminatorios y a resaltar la importancia constitucional del respeto por la identidad de género de la población de personas transgénero en materia pensional.

TERCERO. Ordenar a Colpensiones difundir por un medio de alcance masivo la presente sentencia.

CUARTO. Ordenar a Colpensiones y los fondos privados de pensiones que, en el término de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente sentencia, adopten las medidas administrativas, protocolos y lineamientos que resulten necesarios para precaver los riesgos de abuso al derecho y fraude al sistema pensional advertidos en la presente sentencia, los cuales deberán respetar el principio constitucional de buena fe y los derechos fundamentales a la identidad de género, igualdad e intimidad de sus afiliados y afiliadas.

QUINTO. Exhortar al Congreso a que regule y defina los requisitos para acceder a la pensión de vejez aplicables a la población de personas transgénero.

3. Salvamentos y aclaraciones

La magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** salvó parcialmente su voto y anunció que presentaría una aclaración en relación con algunos fundamentos de la sentencia. Así mismo, el magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvó parcialmente su voto.

La magistrada **Cristina Pardo Schlesinger** salvó parcialmente su voto en relación con el resolutive en el que se ordena a Colpensiones adoptar los protocolos y lineamientos institucionales pertinentes para precaver el riesgo de abuso al derecho y fraude al sistema pensional advertidos en la providencia, los cuales deberán respetar el principio constitucional de buena fe y los derechos fundamentales a la identidad de género, igualdad e intimidad de sus afiliados y afiliadas. Lo anterior al estimar que dichos protocolos necesariamente tienen que ver con el ejercicio de derechos fundamentales, por lo cual el rango normativo no puede ser del nivel reglamentario.

De otro lado la magistrada Pardo señaló que, aunque compartió la decisión de amparar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y seguridad social de la señora Helena Herrán Vargas, lo hizo por razones diferentes a las que se exponen en la parte considerativa de la sentencia de la cual se aparta.

A su parecer, la Corte acogió en la parte considerativa de la sentencia la llamada Ideología de Género, es decir, acepta acriticamente y sin considerar explicaciones alternativas cierta manera de concebir el género que toma fundamento en las doctrinas filosóficas del existencialismo y del materialismo histórico marxista. Para la doctora Pardo, la Corte no debe acoger ninguna doctrina filosófica en particular, pero menos aún cuando se trate de dar soporte a la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual. Lo anterior teniendo en cuenta que no todos los discursos de género se alimentan de la matriz existencialista-marxista y 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 y el existencialismo, existe división respecto de la equiparación jurídica de derechos entre mujeres trans y mujeres cisgénero.

A juicio de la magistrada Pardo, la Corte ha debido fundamentar su decisión solamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política y en la prohibición de discriminación a que alude el artículo 13 de la misma, admitiendo que, en este caso concreto,

dadas las circunstancias particulares del mismo, cabía una analogía jurídica entre los derechos de las mujeres y los de la demandante, toda vez que unas y otra pertenecen a colectivos que padecen como regla general discriminación en el ámbito laboral. En el primer caso por el solo hecho de ser mujeres y en el segundo por la discriminación social de la que frecuentemente es objeto la población de mujeres *trans*.

El magistrado **Antonio José Lizarazo Ocampo** manifestó estar de acuerdo con amparar los derechos fundamentales cuya protección reclamó la accionante y con exhortar al Congreso para que regule y defina los requisitos para acceder a la pensión de vejez aplicables a la población de personas transgénero, pero no con los resolutivos segundo, tercero y cuarto, por las siguientes razones: (i) Colpensiones no incurrió en actos de discriminación, y (ii) Colpensiones carece de competencia para regular mediante actos administrativos el reconocimiento de la pensión de vejez de las personas transgénero.

El magistrado Lizarazo señaló que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si bien la accionante en el año 2007 cambió su nombre mediante escritura pública, sólo hasta el año 2017 solicitó la reexpedición de su cédula de ciudadanía de manera que reflejara su identidad de género como mujer, y sólo en el 2017 solicitó la corrección de su "sexo" en las bases de datos de Colpensiones, fecha para la cual no existía coincidencia "entre sus datos de identificación con los datos registrados en el Archivo Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil". Es decir que los cambios en su identificación de género como mujer sólo se hicieron seis meses antes solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, razón por la que no cabe calificar como acto de discriminación la negativa de Colpensiones a reconocer dicha prestación, en particular si se tiene en cuenta que el artículo 48 de la Constitución establece expresamente que para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización, y las demás condiciones que señala la ley. La misma sentencia de la que me aparto reconoce que existen riesgos de abuso del derecho y de fraude al sistema pensional, tal como lo advirtió Colpensiones durante el proceso.

En el presente caso queda en evidencia que existe un vacío normativo en esta materia, vacío que sólo el legislador puede llenar mediante la correspondiente regulación, razón por la que con razón se exhorta al Congreso para que la regule, por cuanto se trata de una materia que el constituyente ha reservado a la regulación por el legislador. Por esta misma razón, Colpensiones carece de competencia para adoptar mediante acto administrativo medidas, protocolos y lineamientos aplicables a la población de personas transgénero para el reconocimiento de la pensión de vejez.

