

Efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia, periodo 2015-2020

Socio-legal effects of the old-age pension in transgender people in Colombia, period 2015-2020

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2873>

*Anayibe Ardila Búez*¹
*Daniela Tarazona Martínez*²

Resumen

La investigación tiene como objetivo analizar las consecuencias sociales y jurídicas que se generan por el cambio de sexo de quienes aspiran a acceder a la pensión de vejez. Para ello, se revisó la normativa nacional y algunas normas internacionales a fin de formular alternativas que ayuden a facilitar el otorgamiento de la pensión de vejez a las personas transgénero en Colombia. De esta manera, buscamos aportar un análisis del derecho pensional y plantear una posición jurídica basada en el ordenamiento jurídico, derecho comparado y convenciones internacionales ratificadas por Colombia.

De acuerdo con lo anterior, se espera que el conocimiento de los efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero contribuya con recomendaciones que garanticen realmente la pensión de vejez a esta población. Así pues, al momento de solicitar el reconocimiento de este derecho, una persona trans debería ser tratada bajo su identidad de género y no bajo aquella que le fue asignada socialmente. Para lograr los objetivos planteados, se implementó un enfoque cualitativo en el cual se analizaron las fuentes secundarias, tomando legislaciones nacionales e internacionales para comprender la situación que viven las personas transgénero al solicitar la pensión de vejez.

En los resultados, al revisar la normativa colombiana se evidenció que carece de un enfoque de género. En cuanto a la jurisprudencia, se encontró un caso reciente que agrupaba el tema de interés, como lo es la pensión de vejez en una persona transgénero en Colombia, como es el caso de la accionante Helena Herrán Vargas a quien inicialmente se le vulneró el derecho pensional, pese a que finalmente por vía judicial se le reconoció en la Sentencia del 10 de septiembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá, la cual fue revisada por la Corte Constitucional en Sentencia SU-440 de 2021. Por otra parte, cuando se compararon aspectos normativos y sociales en Argentina, Reino Unido y Colombia, se encontró que Colombia tiene los requisitos menos restrictivos para el cambio del componente sexo. Finalmente, una vez realizada la fórmula de liquidación de la mesada pensional se plantean recomendaciones para proteger los derechos y la dignidad humana, donde se sugiere emplear el control constitucional en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y dos figuras jurídicas: la revisión periódica y la revocatoria de la pensión.

- 1 Egresada programa de Derecho Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Correo electrónico: anayibe.ardila@ustabuca.edu.co
- 2 Egresada programa de Derecho Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. Correo electrónico: daniela.tarazona01@ustabuca.edu.co

Palabras clave: Pensión de vejez, personas transgénero, discriminación, cambio del componente sexo, igualdad, régimen de prima media.

Abstract

The objective of this research is to analyze the social and legal consequences generated by the change of sex of those who aspire to access the old age pension. For this purpose, the national and some international regulations were reviewed to formulate alternatives that help to facilitate the granting of old age pension to transgender persons in Colombia.

In this way, we seek to provide an analysis of pension law and to put forward a legal position based on the legal system, comparative law and international conventions ratified by Colombia.

In accordance with the above, it is expected that knowledge of the socio-legal effects of the old-age pension on transgender of old-age pensions for transgender people is expected to contribute with recommendations that will guarantee the old-age pension for this population. Thus, at the time of applying for the recognition of this right, a trans person should be treated under his or her gender identity and not under the one socially assigned to him or her. To achieve the stated objectives, a qualitative approach was implemented in which secondary sources were analyzed, taking national and international legislation to understand the situation experienced by transgender people when applying for old-age pensions.

In the results, when reviewing the Colombian regulations, it was evidenced that it lacks a gender approach. Regarding the jurisprudence, a recent case was found that grouped the topic of interest, such as the old-age pension and a transgender person in Colombia, as is the case of the plaintiff Helena Herrán Vargas, whose right was initially violated. pension, despite the fact that it was finally recognized by judicial means in the Judgment of September 10, 2020 of the Superior Court of Bogotá, which was reviewed by the Constitutional Court in Judgment SU-440 of 2021. On the other hand, when comparing regulatory and social aspects in Argentina, the United Kingdom and Colombia, it was found that Colombia has the least restrictive requirements for the change of the sex component. Finally, once the liquidation formula of the pension allowance has been made, recommendations are made to protect human rights and dignity, where it is suggested to use constitutional control in article 33 of Law 100 of 1993 and two legal figures: the periodic review and the revocation of the pension.

Keywords: Retirement, transgender people, discrimination, change of sex component, equality, medium premium regime.

Efectos socio-jurídicos de la pensión de vejez en personas transgénero en Colombia, periodo 2015-2020

*Anayibe Ardila Báez
Daniela Tarazona Martínez*

INTRODUCCIÓN

En Colombia con la expedición del Decreto 1227 de 2015 que permite corregir el cambio componente sexo en el Registro del Estado Civil, se presenta un problema con la edad de pensión de vejez, dependiendo de si quien tenía adjudicado el rol de hombre pasa al rol de mujer o viceversa. Ya que uno de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez es la edad, señalándose una distancia de cinco (5) años entre un sexo y el otro. Además, pudieran argumentarse intereses fraudulentos, por causa del cambio de género por el beneficio de pensionarse rápido, lo que en efecto sería un inconveniente para la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

Actualmente, se presenta un vacío jurídico, que es el trámite para adquirir la pensión de vejez en las personas transgénero. Por esto mismo, se realiza una búsqueda en diferentes bases de datos, relatorías, revistas científicas, entre otras, que mostraron pocas investigaciones respecto al tema estudiado, que brinden criterios competentes o que prevean futuros problemas que generaría el trámite del cambio del componente sexo, obstaculizando el reconocimiento de la pensión de la vejez una vez cumplidos los requisitos de ley según el componente sexo. Entre los artículos encontrados está *Impacto del cambio de sexo en la seguridad social y en el sector asegurador* (Moreno, 2019), el cual hace una valoración del problema económico que acarrearía a los fondos pensionales la expedición del Decreto 1227 de 2015, como se enuncia a continuación:

(..) Esta discusión en el contexto pensional no se limita a la edad en la que una persona pueda acceder a una pensión. Recordemos que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), dos de las variables más importantes para determinar el valor de la mesada pensional son la edad y el género del causante y de sus beneficiarios, ya que con estos datos se estima la probabilidad de vida de cada persona y así se establece el capital necesario para garantizar el pago de manera vitalicia (Moreno, 2019, párr. 3).

No obstante, en materia internacional existen diversos pactos referentes a la protección de derechos humanos, no discriminatorios e inclusivos socialmente. Sin embargo, se siguen presentando inconvenientes y continuas vulneraciones a los derechos de las personas transgénero en el ámbito laboral y social. En relación con la normatividad internacional, es propicio destacar los principios de Yogyakarta, que se componen de 29 principios, con un preámbulo y unas recomendaciones adicionales. Estos principios versan primordialmente sobre cuestiones de orientación sexual e identidad de género y con ellos se van formando precedentes para lograr una igualdad de derechos y condiciones laborales dignas para la comunidad LGBTIQ+ (lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y queer. Al final se agrega + para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores).

Los antecedentes se enfocan en dos aspectos: pensión de vejez y población transgénero. La primera es regulada por la Ley 100 expedida el 23 de diciembre de 1993, por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral. Precisamente permitió que los afiliados eligieran entre dos regímenes: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) o Régimen de Prima Media (RPM). Posteriormente, con la Ley 797 de 2003 se reforman parámetros del Sistema General de Pensión, entre los cambios que nos atañe está el cambio de la edad y semanas de cotización. La edad queda conformada por 57 años en el caso de las mujeres y 62 años para los hombres, requiriendo 1.300 semanas cotizadas. En la norma atrás transcrita no se hace mención de género, solo se hizo referencia al sexo entendido el sexo femenino y masculino como la designación biológica asignada al nacer.

En el Régimen de Prima Media (RPM) cada afiliado realiza aportes individuales que son ubicados en un fondo común que luego será distribuido para hacer el pago de la pensión. En cambio, en el RAIS los aportes se ubican en una cuenta individual y está sujeta al capital que ha acumulado durante su vida laboral. Se valoran los siguientes aspectos: frecuencia, cantidad de aportes y la rentabilidad. Dicho lo anterior, el régimen en el que se centra el presente escrito es el Régimen de Prima Media (RPM), debido a que es un régimen público que maneja un fondo común.

HISTORIA

La historia en cuanto al progreso en el reconocimiento de derechos que ha tenido en numerosos aspectos la población LGBTIQ+ en Colombia, data de 1971 cuando se publicaron textos sobre la homosexualidad por un psicólogo y sexólogo de Manizales. En el año 1975 Gonzalo Echeverry y Humberto Quevedo contaron públicamente mediante el periódico de Cali que conformaban una pareja. Para 1976 se creó el primer grupo en defensa de derechos de las personas LGBTIQ+. En el año 1980 se eliminó la homosexualidad como delito del Código Penal. En el año 1982, las comunidades con orientación sexual diversa se unieron para crear la primera marcha del orgullo LGBTIQ+ en el país. Para el año 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad como enfermedad mental. En el año 1991, la Constitución Política de Colombia reconoce el derecho a la igualdad y la libertad de todas las personas y prohíbe la discriminación, entre otras, con base en la orientación sexual. En este mismo año se interpuso la primera acción de tutela solicitando el cambio de nombre. En el año 1992 por primera vez se presenta a las elecciones locales de Villavicencio una mujer transgénero. En el año 1998 la Corte Constitucional colombiana señaló que la orientación sexual de un estudiante no es motivo para negarle el derecho a la educación.

En el 2004 se creó Colombia Diversa, organización que lucha en pro de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgénero del país. Para el año 2011 la Corte Constitucional colombiana señaló que las demostraciones de afecto entre parejas del mismo sexo no deben ser prohibidas [T-909 de 2011]. En el 2013 se aprobó el procedimiento quirúrgico para modificaciones corporales en personas transgénero. En el año 2016 el Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC-EP) es el primero a nivel mundial en reconocer a víctimas LGBTIQ+ del conflicto armado, entre otros sucesos que han marcado la lucha de la población LGBTIQ+, especialmente para los transgéneros (Colombia Diversa, s.f., línea cronológica). De lo anterior, se pueden extraer diferentes problemas de los sucesos más relevantes históricamente para la población LGBTIQ+, como lo son: el orden social, familiar y las arbitrariedades contra los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, identidad sexual, intimidad, personalidad jurídica e igualdad.

No obstante, hasta el año 2015, se empezó a regular el tema frente a las personas transgénero. Con la Sentencia T-099 de 2015 protagonizada por Gina Hoyos, mujer trans, y la expedición del Decreto 1227 de 2015 que permite corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil, cuyo propósito principal es disminuir los obstáculos que se presentan y la diferenciación entre los géneros binarios (masculino-femenino). También, es un instrumento con menor lesividad para los derechos fundamentales de las personas que quieren el cambio de sexo según su identificación de género. Los requisitos para acceder al trámite del Decreto 1227 de 2015 son los siguientes:

1. Acudir ante Notario para solicitar la corrección.
2. Se debe llevar una copia del documento de identidad y del registro civil, junto con la declaración juramentada.

Una vez radicada la solicitud, el notario, en un plazo de 5 días, expedirá la escritura pública que irá anexada a los documentos del solicitante. En su última instancia, se traslada a la registraduría para que finalice con el trámite.

Sin embargo, en el decreto ya mencionado se establece que una vez transcurridos 10 años de la corrección del componente sexo, se puede realizar por segunda vez, frente a lo cual estos investigadores se preguntan si ¿se pueden generar fraudes al sistema, en escenarios como el que un hombre quiera cambiar de sexo por el beneficio de pensionarse cinco años antes de la edad establecida para el sexo masculino?

Lo anterior, tiene como fin proponer posibles soluciones ante el conflicto que generaría al momento de acceder a la pensión de vejez una persona transgénero, sin sufrir de discriminación y dilación al reconocimiento de su mesada. Así mismo, determinar si el cambio del componente sexo ocasionaría un desequilibrio financiero a los fondos pensionales en el Régimen de Prima Media.

METODOLOGÍA

El proceso propuesto para el desarrollo de esta investigación tiene enfoque cualitativo-jurídico con alcance analítico, partiendo inicialmente de una revisión documental. En cuanto a las fuentes secundarias que servirán de base para el análisis, es importante destacar la revisión normativa, jurisprudencial e investigativa a nivel nacional e internacional, para fundamentar el desarrollo de los objetivos y proponer recomendaciones que ayuden a resolver la inclusión de las personas transgénero a la hora del reconocimiento de la pensión de vejez.

RESULTADOS

El desarrollo de los factores jurídicos y sociales del cambio del componente sexo se realizó mediante la legislación, jurisprudencia y trabajo de campo. Se tomaron dos factores jurídicos, la normativa y la jurisprudencia. En cuanto a la normativa vigente se analizó el artículo 48 de la Carta Política de 1991; la Ley 100 de 1993 que hace referencia a la Seguridad Social Integral y el Decreto 1227 de 2015 que regula todo lo concerniente a la corrección del componente sexo en el Registro del Estado Civil.

El artículo 48 de la Carta Política de 1991 establece como rango constitucional la Seguridad Social de carácter obligatorio, en subordinación a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dichos principios se encuentran plasmados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993. En atención al principio de universalidad que destaca la Seguridad Social como garantía para todas las personas sin discriminación alguna, se debe tener en cuenta que este principio aplica para toda la

comunidad, incluyendo, naturalmente, a las personas transgénero. Por ende, este se ve reflejado en la transición de las personas transgénero al momento en que tramitan el reconocimiento de la pensión de vejez.

La Ley 100 de 1993 regula las pensiones a nivel general, especialmente la pensión de vejez en el artículo 33, modificado por la Ley 797 de 2003, determinando que, para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir los siguientes requisitos: a) haber cumplido cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre y, b) haber cotizado 1.300 semanas.

En cuanto al Decreto 1227 de 2015 por el cual se adiciona el capítulo doce de la sección cuarta del Decreto 1069 de 2015, “Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”, se destaca que dicho decreto fue expedido con el propósito de reducir obstáculos y exclusiones, eliminar la diferencia de trato con las personas cisgénero (son personas que guardan su relación su identidad de género con el sexo asignado al nacer) y facilitar un medio menos lesivo para los derechos fundamentales de las personas transgénero al momento de corregir el componente sexo a través de un trámite notarial, disminuyendo la discriminación que se presentaba frente a la población trans al someterse a un proceso judicial extenso y cuantioso, a diferencia de las personas cisgénero a quienes se les permitía hacer el trámite por vía notarial. Así mismo, la corrección a través de escritura pública es un mecanismo que, paralelo a la jurisdicción ordinaria, goza de idoneidad, legalidad e inmediatez.

En cuanto a los aspectos relevantes de dicho decreto, está: primero, el alcance de la corrección podrá consistir en la inscripción del sexo masculino o femenino. Segundo, en cuanto a los requisitos de la solicitud se debe presentar por escrito y contener tanto la designación del notario a quien se dirige, como su nombre y cédula. Entre otros documentos que son necesarios para completar el trámite, está: la declaración realizada bajo la gravedad de juramento, la cual hace referencia a la construcción sociocultural que la persona tiene de su identidad. Tercero, dentro de la corrección hay algunos límites como lo es: una vez realizada la corrección, no podrá solicitarla de nuevo dentro de los diez años siguientes a la expedición de la escritura pública y solo se podrá corregir el sexo hasta dos veces.

Ahora bien, cierto es que la ley es fuente normativa primaria, no obstante, cuando no existe regulación específica –como es el caso de las personas transgénero en materia de pensión de vejez–, se hace necesario acudir a la jurisprudencia como fuente del derecho para suplir el vacío. Así pues, la Sentencia del 10 de septiembre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá es relevante, porque la accionante Helena Herrán Vargas fue la primera mujer trans en Colombia que ha podido gozar de su derecho a la pensión de vejez. Esto, después de un trámite discriminatorio y de dilación por parte del fondo pensional. Finalmente, esta sentencia marcó un precedente judicial con efectos que trascienden la expedición del fallo favorable.

Por otro lado, para entender el trámite del cambio de componente “sexo” en una persona transgénero y para comprender el trato recibido por parte de las instituciones encargadas de dicho trámite, se entrevistó virtualmente a Brigitte Baptiste mujer

trans, en el año 2020, activista de derechos de dicha población, quien relató su historia de vida. En particular, su testimonio permitió analizar el panorama real y jurídico de una persona transgénero en Colombia a la hora de realizar el cambio del componente sexo y estar próxima al reconocimiento de la pensión de vejez.

En el relato de su historia de vida, narró que fue una de las primeras personas que realizó el cambio de registro. Su procedimiento en la notaría fue amigable y expedito, se contó con un espacio inclusivo donde los notarios fueron solidarios ante el trámite, por lo que se mostraron gentiles y cordiales. En lo que respecta a su opinión frente al trámite pensional para acceder a su pensión de vejez, debido a que se encontraba pronta a pensionarse, expresa que no encuentra ningún tipo de inconveniente que retrase el reconocimiento pensional, ya que cuenta con todos los requisitos de ley y su identidad ha sido reconocida por el Estado mediante un acto público.

Así mismo, se realizó una búsqueda de normativa internacional frente al reconocimiento de los derechos de la pensión de vejez en personas transgénero en la legislación del Reino Unido y de Argentina de cara a los hallazgos en la normativa colombiana, con el propósito de conocer el procedimiento en cada uno de los países en cuanto a la temática. En el análisis se seleccionaron tres (3) aspectos fundamentales, que se estudiaron en cada país: el origen de la identidad de género, la legislación de seguridad social y legislación de identidad de género. A partir de su estudio es posible entender a profundidad el tratamiento legal que se le otorga a la población LGBTIQ+, a continuación, se describe la información recolectada, bajo los tres aspectos mencionados:

1. La seguridad social: Se pudo evidenciar que en Argentina la edad legal para obtener la pensión de vejez varía entre hombres y mujeres. Por el contrario, en el Reino Unido, no se diferencia por edad entre uno y otro sexo; en efecto, con esta distinción se elimina la posibilidad de incurrir en fraude, de acuerdo con el objeto de investigación del presente estudio.
2. En los tres países que se compararon, se protege el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad mediante diferentes requisitos, unos amplios y otros restrictivos. En el caso de Argentina, para solicitar el cambio se debe acudir al Registro Nacional de Personas; por otra parte, en Reino Unido se acude al Panel de Reconocimiento de Género o al Tribunal; y en el caso de Colombia, se hace mediante trámite notarial.
3. En cuanto a los requisitos, Reino Unido resulta ser el país más prohibitivo para expedir el Certificado completo de Reconocimiento de Género. Esto se debe, a que la norma requiere que el solicitante haya vivido dos (2) años acorde con el género solicitado, tener un diagnóstico de disforia de género, tener la intención de vivir con dicho género hasta su deceso y haber declarado legalmente su estado civil de soltero.
4. Tanto Colombia como Argentina contempla el derecho de cambio de sexo o nombre en menores de edad con el acompañamiento de su representante legal. Por el contrario, en Reino Unido, la Ley de Reconocimiento de Género

de 2004 no otorga el reconocimiento a menores de edad.

Como parte de los resultados, se llegó a la conclusión que en Reino Unido los requisitos para realizar el cambio de sexo son prohibitivos, pues no dan lugar al fraude para acceder a la pensión; allí no se permite una corrección a menos que se trate de un error justificado o gramatical, el cual deberá ser valorado por el Panel o por el Tribunal. No obstante, en Argentina la norma permite por autorización judicial, modificar el sexo una única vez. Mientras que, en el caso colombiano se puede hacer la rectificación del cambio de sexo de nuevo, luego de haber pasado 10 años de la expedición de la escritura pública.

En este punto es necesario destacar que, de las legislaciones revisadas de Reino Unido, Argentina y Colombia solo la de Reino Unido en la Ley de Reconocimiento de Género que aprobó el parlamento británico en el año 2004, estipula que las personas trans, quienes hagan su cambio de sexo para efectos de la seguridad social, serán entendidas con su sexo adquirido y no con el nacido. Por el contrario, en los países latinoamericanos no se contempla este aspecto.

Al revisar el ámbito internacional se encontró que el cuadernillo número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+. Este documento recoge “las resoluciones que abordan aspectos relacionados con el contenido y el alcance de sus derechos, las obligaciones del Estado y la relación con algunos derechos convencionales”. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) estableció que:

Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Artículo 1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Las condiciones mencionadas no conforman un listado rígido, sino que aluden a “otra condición social”; por tanto, está abierto a otros criterios, como es la “Identidad de género” que señala la Corte, como categoría protegida por la Convención.

Por otro lado, en la opinión consultiva que Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte manifestó que el reconocimiento de la identidad de género “implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero” (CIDH, 2017, párr. 96). Para ello, la Corte se basó en los Principios de Yogyakarta, documento elaborado en el año 2007 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas junto con varios expertos y activistas del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales orientan la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional para proteger y salvaguardar a la población LGBTIQ+.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca la necesidad de asegurar los derechos a la seguridad social y de amparar a toda población tal como lo ordena el derecho internacional. Aquí, se hizo énfasis en la discriminación que esta población sufre por motivos de su identidad de género. Lo cual, se contempla en el Principio 13 del Estatuto de Yogyakarta (2006): “Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” (p. 20).

Para finalizar, desde todo lo analizado anteriormente, se plantean dos recomendaciones para hacer efectivo el acceso a la pensión de vejez de las personas transgénero en Colombia. Para antes de exponer las recomendaciones, se desarrolla el principio de equilibrio financiero.

El cual está ligado al principio de sostenibilidad establecido en la Ley 100 de 1993 e incluido con la reforma constitucional al artículo segundo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005. Dicho principio se refiere a que cada régimen pensional deberá mantener su subsistencia y sostenibilidad. Dada la situación social asociada al desempleo, se ha evidenciado que hay personas que no aportan al sistema de seguridad social, principalmente en materia pensional. Frente a los aportes es necesario mencionar que la carga está dividida en porcentajes que realiza el empleador y otro porcentaje que realiza el trabajador, para que el restante (en caso de haberlo) sea aportado por el Estado mediante el sistema de solidaridad pensional. El principio es netamente económico, por lo que se busca garantizar el acceso a todas las personas que empiezan a cotizar, con el fin de recibir su mesada pensional después de un largo trayecto laboral.

Así, dentro de los requisitos es importante enfatizar que el trabajador haya cotizado al sistema 1.300 semanas, durante un período mínimo de veinticinco (25) años. En lo concerniente al procedimiento para obtener la mesada pensional en el régimen de prima media (RPM). Se calcula inicialmente, el ingreso Base de Liquidación (IBL) que corresponde al promedio de los últimos diez (10) años cotizados y se le saca el sesenta y cinco por ciento (65%) del promedio de los últimos años. En el caso de que se presenten vacíos, es decir, no se cotizó consecutivamente y sea insuficiente, se tiene en cuenta todo el tiempo cotizado. Lo anterior, se encuentra fundamentado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Para entender la fórmula presentada se planteará un ejemplo a continuación, donde se puede evidenciar el monto de la mesada pensional de un hombre y una mujer con un (1) salario mínimo mensual legal vigente (SMLMV), según el Régimen de Prima Media (RPM) (tabla 1).

Tabla 1. Ejemplo de Liquidación de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media

| Cantidad | Año | SMLV |
|---|------|---------------------------------|
| 1 | 2012 | \$ 566.700 |
| 2 | 2013 | \$ 589.500 |
| 3 | 2014 | \$ 616.000 |
| 4 | 2015 | \$ 644.350 |
| 5 | 2016 | \$ 689.455 |
| 6 | 2017 | \$ 737.717 |
| 7 | 2018 | \$ 781.242 |
| 8 | 2019 | \$ 828.116 |
| 9 | 2020 | \$ 877.803 |
| 10 | 2021 | \$ 908.526 |
| Total: | | \$ 7.239.409 |
| Promedio de smlmv | | $7.239.409 / 10 = 723.940$ |
| | | $723.940 \times 65\% = 470.561$ |
| IBL | | 470.561 |
| Último smlmv - IBL | | $908.526 - 470.561 = 437.965$ |
| Aporte del Fondo de Solidaridad Pensional | | 437.965 |
| IBL + Aporte del Fondo de Solidaridad Pensional | | $470.561 + 437.965 = 908.526$ |
| Mesada pensional (RPM) en hombres y mujeres | | 908.526 |

Fuente. Elaborado por las autoras.

En cuanto a la pensión de vejez a las personas transgénero se plantean dos propuestas: la primera, ejecutar el control de constitucionalidad en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En esta norma se debería adicionar la frase *sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género* en correspondencia con la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política, lo dispuesto en los principios de Yogyakarta y el cuadernillo número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+. De ahí que, la propuesta para el artículo 33 numeral primero de la Ley de Seguridad Social Integral, debería estar escrita de la siguiente manera:

A partir del primero de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre, sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género”.

El control de constitucionalidad tiene el propósito de hacer efectivo el reconocimiento de la pensión de vejez para las personas transgénero, porque si bien

existen otros mecanismos legales, estos procedimientos se tornan discriminatorios respecto al tiempo de ejecución.

Como segunda propuesta en relación con el fraude, se propone el uso de dos figuras jurídicas: la revisión periódica y la revocatoria de la pensión, que aplicando analogía se pueden adaptar al presente contexto. Por un lado, se puede aplicar la revocatoria directa de la pensión cuando la misma fue solicitada de mala fe y con el único propósito de defraudar el sistema de pensiones, afectando el patrimonio del fondo público. Este mecanismo se aplicará cuando se verifique la sustitución de la identidad personal, esto es cuando el sujeto, presente documentos de un sexo u otro para obtener un beneficio económico mensual sin corresponder con la verdadera identidad y/o asignación de género, cabe señalar que esta acción tendrá una multa la cual está tipificada en el artículo 296 del Código Penal colombiano, que regula la

FALSEDAD PERSONAL. El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya otro delito (Ley 599 de 2000, art. 296).

Por otro lado, se propone la revisión periódica que es un mecanismo de verificación transcurridos los tres (3) años posteriores al reconocimiento de la pensión de vejez, una vez efectuado la corrección del componente sexo con el cual se sentía identificado. Este mecanismo de revisión periódica está reglamentado para la pensión de invalidez, no obstante, por analogía se propone su adaptación a la pensión de vejez.

REFLEXIÓN

De los resultados obtenidos en esta investigación se infiere que la aplicabilidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 debe ser de forma equitativa e inclusiva, esto no quiere decir que sea necesario una nueva regulación de pensión de vejez para las personas transgénero, porque generaría un efecto adverso al que se pretende. En cambio, se debe optar por una aplicación sistemática que deseche la interpretación convencional de clasificación binaria, por una, donde el género se entienda como la construcción progresiva de cada individuo.

Entonces, el trámite para acceder a la pensión de vejez, una vez realizado el cambio de componente sexo por medio del Decreto 1227 de 2015, se procede a acudir al fondo que la persona transgénero desee; si es RAIS será privado o si es RPM será público, sin importar el régimen en el que haya cotizado a lo largo de su vida. Si cumple con los requisitos solicitados en cada fondo, podrá obtener el reconocimiento de pensión que le servirá ante las contingencias que se puedan presentar en la vejez.

Es necesario dilucidar sobre un aspecto que obstaculiza el reconocimiento de la pensión de vejez en personas trans. Como se mencionó en los resultados, el régimen

que se tuvo en cuenta en la presente investigación es el Régimen de Prima Media que corresponde al fondo público, por ello las cotizaciones realizadas independientemente del sexo, deben homologarse, esto en virtud de que las semanas cotizadas con el sexo anterior sean tenidas en cuenta y en caso de que falten semanas para completar las 1.300 se permita la cotización con el nuevo sexo.

CONCLUSIONES

Del desarrollo de cada uno de los aspectos planteados se puede concluir lo siguiente:

Primero, se observó que la Ley 100 de 1993 se aplica para toda la población colombiana, incluyendo a las personas trans; sin evidenciar en ella alguna distinción o norma especial para determinado sujeto. Empero, el artículo 33 solo hace referencia a dos sexos: Femenino (F) y Masculino (M). Por ende, al no incluir una diferenciación expresa cuando el género no corresponde con su sexo asignado al nacer, se exterioriza la violación al derecho de la libre expresión, dignidad humana y demás derechos civiles e irrenunciables de la persona. Por ese motivo, es relevante ejecutar el Control de Constitucionalidad, donde se adicione “sin distinción por razones de orientación sexual o identidad de género” en correspondencia con la interpretación de artículo 13 Superior o en caso de no ser así, la Corte declare exequible condicionalmente el artículo y se finalice la interpretación sin discriminación por identidad de género.

En cuanto al Decreto 1227 de 2015, este abre paso a la inclusión social y la protección de los derechos: a la libre expresión, dignidad humana y derechos civiles. Cabe anotar que antes del año 2015, se hacía el cambio de componente sexo por la jurisdicción ordinaria, proceso innecesario y gravoso para los derechos, sin mencionar el trato discriminatorio en relación con las personas cisgénero.

Por otro lado, a partir del relato de la historia de vida de una mujer trans, se encontró que, en el contexto colombiano, los factores jurídicos y sociales que se derivan del cambio del componente sexo son la presunción de igualdad por parte de la persona trans y la carencia de especificidad en la ley. De ahí que, su historia de vida mostró que hasta ese momento asumía la aplicabilidad de la normativa vigente en materia pensional y sus requisitos como transgénero en igualdad de condiciones con la población cisgénero y que el cambio del componente sexo, no se realiza con la finalidad de defraudar el sistema, porque el género es una construcción que se manifiesta a lo largo de la vida y no una decisión espontánea.

Segundo, a partir del derecho comparado. Se encontró que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con las bases necesarias para asegurar la equidad en las personas cisgénero y transgénero. También, que el Decreto 1227 de 2015 cuenta con los requisitos más amplios que aseguran la protección de los derechos fundamentales de las personas transgénero, creando un entorno de inclusión y evitando la discriminación en el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria.

No obstante, en el ámbito de seguridad social el Reino Unido en su legislación contempla taxativamente que las personas trans, quienes hagan su cambio de sexo para efectos de la seguridad social, serán entendidas con su sexo adquirido y no con el nacido. Situación que no se encuentra plasmada de manera explícita en la legislación laboral y de seguridad social colombiana, por tal motivo, se vulneran los derechos pensionales y fundamentales y genera discriminación a la población transgénero.

Por otro lado, al examinar el cuaderno número 19 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dedicado a los derechos de las personas LGBTIQ+ y la opinión consultiva que Costa Rica solicitó a la CIDH, se extrae que: a) la identidad de género es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que refiere a “otra condición social” y b) el reconocimiento de la identidad de género “implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero” (CIDH, 2017, párr. 96). Para ello, la Corte se basó en los Principios de Yogyakarta, los cuales orientan la interpretación y aplicación de las normas del derecho internacional para proteger y salvaguardar a la población LGBTIQ+. Aunque los principios no tienen fuerza vinculante, estos reúnen distintas leyes y tratados internacionales.

Tercero, en relación con el ejemplo de liquidación de la mesada pensional de ambos sexos se pudo concluir que tomando como ingreso base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV); es decir, que durante sus últimos 10 años su remuneración salarial correspondió a un (1) SMLMV, y su último año de remuneración fue de \$908.526 pesos colombianos. Del resultado se infiere que, no se causa un desequilibrio financiero del sistema pensional, en razón a que se obtuvo el mismo monto para ambos sexos. Además, se tiene en cuenta que la naturaleza del régimen de prima media corresponde a un fondo común donde todos sus afiliados aportan. Y finalmente, se sugieren dos posibles propuestas para garantizar el reconocimiento de la pensión de vejez en personas transgénero sin discriminación, como es; el Control Constitucional y las figuras jurídicas de protección en material pensional con sanción penal: La revisión periódica (artículo 44 Ley 100 de 1993) y la Revocatoria directa de la pensión (artículo 19 Ley 797 de 2003).

REFERENCIAS

- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 13. *Igualdad*. Artículo 16. *Libre desarrollo de la personalidad*. Artículo 01. *De los principios fundamentales*. Artículo 02. *Fines esenciales del Estado*. Artículo 48. *La seguridad social*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011, 01 de diciembre). Sentencia T-909 de 2011 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 09 de diciembre). Sentencia SU-440 de 2021. *Las mujeres trans tienen derecho a acceder a la pensión de vejez a la misma edad de las mujeres cisgénero*. Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 24 de noviembre). Opinión Consultiva OC-24/17. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=opinionesConsultivas/OC_24.htm#_Toc501550889
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008, 4 de febrero). Observación General # 19. *El derecho a la seguridad social* (artículo 9). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.bjdh.org.mx/universal/doc?ficha=CESCR_GC_19_PARR15
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGTBI*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. ISBN digital 978-9977-36-240-3
- Comisión Europea. (2012, 2 de julio) *Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión; La Seguridad Social en el Reino Unido*. https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20UK_es.pdf
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). 2da Ed. Elegis. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>
- Colombia Diversa. (s.f.). *Los 50 sucesos que marcaron la historia de personas LGBT en Colombia*. <https://colombiadiversa.org/blogs/los-50-sucesos-que-marcaron-la-historia-de-personas-lgbt-en-colombia/>
- Congreso de la República de Colombia. (2013, 23 de diciembre). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Duque, N., y Duque, S. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-85712016000100004
- Gobierno del Reino. (2021, 26 de marzo). *Government of United Kingdom*. <https://www.gov.uk/>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (s.f.). *Metodología de la investigación*. 4 ed. <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2012/03/metodologc3ada-de-la-investigacic3b3n-roberto-hernc3a1ndez-sampieri.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (s.f.). *Metodología de la investigación*. 5 ed. <https://es.slideshare.net/salvadmartinez61/metodologia-de-la-investigacin-5ta-edicin-sampieri>

- Moreno, M. J. (2019). Impacto en el cambio de sexo en la seguridad social y en el sector asegurador. *Revista Fasecolda* (174), 56-60. <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/537>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015. 04 de junio). Decreto 1227 de 2015. *Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil*. <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/14028>
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2015. 26 de mayo). Decreto 1069 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74174>
- Narváez, J.E. (2008). *Régimen Pensional y Seguros Privados*. Segunda ed. Librería Ediciones del profesional LTD.
- Llano, J. (2017). Realidad y perspectivas del sistema pensional. *Revista Empresarial y Laboral*, Párr. 2. <https://revistaempresarial.com/gestion-humana/seguridad-social/pensiones/realidad-perspectivas-sistema-pensional/>
- Principios de Yogyakarta. (2007). Disponible en el sitio web de la fuente, URL. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>
- Scottish government. (2017) *Revisión de la ley de reconocimiento de género de 2004*. <https://consult.gov.scot/family-law/review-of-the-gender-recognition-act-2004/>
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación de Argentina. (2012. 23 de mayo). Ley 26.743 de 2012. *Identidad de Género*. https://www.tgeu.org/sites/default/files/ley_26743.pdf
- Tribunal Superior de Bogotá. (2020, 10 de septiembre). *Se tutela el derecho a la pensión de vejez de una mujer trans*.
- Tribunal Supremo del Reino Unido. (2017, 5 de diciembre) *C-451. Pensión de vejez transgénero*. <http://vlex.com/vid/698355785>
- Zorrilla, S., y Torres, M. (1992). *Guía para elaborar la Tesis*. (Ed. 1). <https://es.slideshare.net/FranklinRamos2/gua-para-elaborar-la-tesis>