FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Especialización en Derecho Procesal.

**EL CAMBIO DE GÉNERO COMO REQUISITO PARA ADQUIRIR PENSIÓN DE
VEJEZ EN COLOMBIA.**

Línea de Investigación: **Derecho Sustancial, Procesal y Globalización.**

Presentan:

Wendy Lorena Noriega Duncan.

María Carolina Trespalacios Borrero.

Profesor Tutor:

Inés Rodríguez Lara.

Trabajo de Investigación.

Octubre 24 del 2022.

BARRANQUILLA, ATLÁNTICO.

REPUBLICA DE COLOMBIA.

**EL CAMBIO DE GÉNERO COMO REQUISITO PARA ADQUIRIR PENSIÓN DE
VEJEZ EN COLOMBIA.**

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ
EN COLOMBIA A PARTIR DEL CAMBIO DE GÉNERO.**

Grupo de Investigación: **Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y socio jurídicas
contemporáneas.**

Línea de Investigación: **Derecho Sustancial, Procesal y Globalización.**

Wendy Lorena Noriega Duncan.

Wendy.noriega.d@gmail.com

María Carolina Trespalacios Borrero.

mtrespab@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tutora.

Inés Rodríguez Lara.

Irodriguez1@unisimonbolivar.edu.co

EL CAMBIO DE GÉNERO COMO REQUISITO PARA ADQUIRIR PENSIÓN DE VEJEZ EN COLOMBIA.

“La igualdad es el alma de la libertad, de hecho, no hay libertad sin ella”

- Francis Wri^gth

Abordar este análisis implica traer a colación lo que hasta la fecha se ha decantado como “pensión de vejez”, la cual se ha definido como una prestación de naturaleza económica que puede ser obtenida por cualquier ciudadano que hubiese laborado y a consecuencia de ello haber realizado un ahorro forzoso durante un lapso y con el cumplimiento de ciertos requisitos dispuestos por Ley.

En este sentido, nuestro máximo órgano de cierre constitucional ha determinado en sentencias como la T-398 de 2013 que *“El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.”* (Corte Constitucional, Sentencia T-398/13, 2013).

Pues bien, resulta que lograr ser beneficiario de esta prestación implica colmar los presupuestos contenidos en el artículo 33 Ley 100 de 1993; es decir, *“1. Haber cumplido cincuenta y siete (57) años de edad si es mujer, o sesenta y dos (62 años) de edad si es hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de 1.300 semanas (...).”* (Ley 100 de 1993, art. 33).

Ineludiblemente, en el contenido de la norma en descripción, vemos una marcada diferencia frente al requisito de la edad, pues resulta que si es una “mujer” la beneficiaria de la prestación económica en descripción; es decir, “la pensión de vejez”, ésta solo deberá alcanzar los 57 años de edad¹, mientras que si se trata de un “hombre”, la norma indica que deberá alcanzar los 62 años, punto que per se indicaría a los asociados un eventual trato discriminatorio entre hombres y mujeres por su identidad de género.

No obstante, esta cuestión fue zanjada por la H. Corte Constitucional, quien, en un desarrollo del derecho a la igualdad formal, el principio de no discriminación, discriminación laboral, entre otros, determinó que:

“(...) La visión, absolutamente igualitarista, que el accionante expone, entraña una falsa semejanza y se revela inapropiada para la construcción de un orden justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que, según los datos contenidos en esta providencia, se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas. La

¹ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993: “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez. continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.”

previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.”ⁱ (Cursivas fuera del texto original). (Corte Constitucional, Sentencia C410/94, 1994).

Ahora bien, aun cuando la discusión que se abordó en la sentencia C-410 de 1994, citada anteriormente, se centró en la aplicación de la igualdad formal entre los géneros femenino y masculino, debe señalarse que para la fecha del proveído en descripción se marcó el inicio de los movimientos LGTBIQ+ en nuestro paísⁱⁱ (Sánchez Barrera, E. L. 2017), por lo que lógicamente la situación fáctica que dio lugar a su pronunciamiento iba a variar.

Dentro del referido movimiento: “LGTBIO+”, tenemos las denominadas “personas trans”, marco dentro del cual aparece el concepto de “transgénero”, el cual lo definimos en esta oportunidad, según lo señalado por Ruiz Nieves (2016), quien identifica a la persona transgénero como *“toda persona de la especie humana, hombre o mujer, sea heterosexual, homosexual o bisexual, con sexo biológico determinado, la cual al identificarse con el género opuesto, suscita cierto grado de inconformidad con el género asignado al nacer.”* (pág. 10)ⁱⁱⁱ.

Con estos nuevos paradigmas, como lo plantea Nosedá Gutiérrez (2012), no cabe duda que los pronunciamientos y normativa que en el marco del reconocimiento de la pensión de vejez estuvieron limitados al reflejo de la corporalidad humana, por lo que modificándose esto último, ineludiblemente lo demás debe variar con ello.^{iv}

Frente al acceso a la pensión de vejez de la población transgénero en Colombia, con la expedición de la sentencia SU-440 de 2021, la H. Corte Constitucional determinó, entonces, que las mujeres trans y las mujeres cisgénero son sujetos comparables en cuanto al acceso y requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Para llegar a esta conclusión, el alto Tribunal expuso que la ciudadana objeto de la acción de tutela en estudio “(i) se identificaba como mujer y (ii) había llevado a cabo la corrección del marcador de sexo en sus documentos de identidad. Por lo tanto, era una mujer para todos los efectos legales, lo cual suponía que Colpensiones tenía la obligación constitucional y legal de otorgarle el mismo trato pensional al de todas las mujeres cisgénero.”.

De esta forma, se podría indicar a primera vista que frente a la cuestión de si este grupo poblacional; es decir, “las mujeres transgénero”, se encuentran facultadas o no para obtener la pensión de vejez, todo estaría dicho. No obstante, con este precedente surgen muchas cuestiones que, por el contenido de la resolución adoptada en el fallo descrito, deben ser atendidas en plazos perentorios.

En este sentido, la Corporación de cierre constitucional, sustentó que a fin de garantizar la seguridad jurídica en los trámites de reconocimiento de derechos pensionales a la población de personas transgénero, debía i) el Congreso de la Republica de Colombia regular y definir los procedimientos para acceder a la pensión de vejez aplicables a la población transgénero y ii) Colpensiones y los fondos privados de pensiones que, “*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 esta providencia.*”.

En estudio de estas medidas que aún no han sido definidas, surgió la interrogante de ¿qué pasará con las demandadas que sean puestas al conocimiento del Juez Ordinario laboral para el reconocimiento de la pensión de vejez de las mujeres transgénero?

Esta situación es relevante en la medida que, tal como se expuso en párrafos anteriores, la edad para adquirir pensión, por ley, es diferente para hombres y mujeres, por lo que, como requisitos para establecer la viabilidad de esta prestación económica, el Juez en su especialidad Laboral inicialmente debe determinar el cumplimiento de aquellos dispuestos en el artículo 33 Ley 100 de 1993; es decir, “1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta 60 años de edad si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 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. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (...)”.

Sin embargo, en aplicación del nuevo precedente constitucional la problemática que surge es el estudio de la identidad de género como nuevo requisito para la obtención a la pensión de vejez, ítem del cual poco se desarrolló en la sentencia **SU440 de 2021**, pues su fundamento radicó básicamente en determinar que “(...) *las mujeres trans y las mujeres cisgénero son sujetos comparables desde el punto de vista fáctico, porque las mujeres trans han sido objeto de discriminación sistémica (párr. 60 supra) y, en concreto, se enfrentan a múltiples barreras estructurales de acceso al mercado laboral, que les dificulta reunir las condiciones exigidas por la ley para tener derecho a la pensión de vejez.*”, por lo que ostentan las mismas facultades que

las mujeres cisgénero de acceder a la pensión de vejez. (Corte Constitucional, Sentencia SU-440/21).

Esta situación es relevante en la medida que la edad para adquirir pensión, por ley, es diferente para hombres y mujeres, por lo que, como requisitos para establecer la viabilidad de esta prestación económica, el Juez Laboral inicialmente debe determinar el cumplimiento de aquellos dispuestos en el artículo 33 Ley 100 de 1993; es decir, la concurrencia de edad “1. Haber cumplido cincuenta y cinco (57) años de edad si es mujer, o sesenta y dos 62 años de edad si es hombres, y tiempo de cotización, esto es, 2. Haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo”.

De esta forma, se puede observar que la diferencia en las edades entre los géneros para adquirir el beneficio de la pensión de vejez, eventualmente podrían llegar a constituirse como un incentivo para defraudar al sistema. Aquí, es donde radica la importancia de asumir el estudio, entonces, de la novedad que trae consigo el cambio en el marcador del sexo o el cambio de género para abordar la concesión de la pensión de vejez a mujeres trans afiliadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ello al interior de un proceso ordinario laboral.

Nótese que, en estudio de las intervenciones surtidas por el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Hacienda, la Corte Constitucional en sus conclusiones expuso que “(...) *la equiparación de edad de pensión de las mujeres cisgénero y de las mujeres trans ciertamente supone un riesgo de fraude al sistema pensional. Este riesgo derivaría, como lo señalaron algunos intervinientes, de que muchos hombres podrían estar incentivados a cambiar de forma fraudulenta su identidad de género y modificar el marcador de “sexo” en su registro civil, con el fin exclusivo de acceder al derecho pensional 5 años antes.*”. Con todo, el principio de no discriminación eventualmente podría colisionar con las labores que se emprendan para evitar las

aludidas situaciones de fraudes, pues muchas de las acciones correctivas seguro traerán consigo restricciones en los derechos fundamentales de esta población “trans” como lo es la verificación de la identidad de género, trámites administrativos exhaustivos, entre otros; y ratificando posturas independientes, unificar la edad de pensión para todos los géneros, no es una opción viable, pues esta vía implica el desconocimiento, entonces: i) de los derechos que por décadas han venido exigiendo las mujeres cisgénero y ii) de las situaciones que llevaron a declarar constitucional la diferencia en la edades para pensionarse, todas las cuales quedaron plasmadas en la sentencia C-410 de 1994.

Por lo anterior, lo exigido por la Corte Constitucional en sentencia SU440-21 no debe tomarse a la ligera. Implica un engranaje en la voluntad de los vinculados a efectos de que se fomenta un desarrollo en la normativa que regula la obtención de la pensión de vejez en Colombia que incluya esta evolución en el concepto del género. En este mismo fallo se pudo advertir que ya en países como Reino Unido, Chile y Uruguay se ha dado paso a “(...) medidas afirmativas en materia pensional en favor de las mujeres trans”, evidenciándolo en la siguiente tabla:

Tabla 1. Normas sobre reconocimiento pensional de personas transgénero.

Estado / Entidad	Normas sobre reconocimiento pensional de personas transgénero
Unión Europea (UE)	En la UE hay 12 países [228] que mantienen los requisitos de edad para el acceso a la pensión de vejez diferenciados entre hombres y mujeres. De esos 12 países, 9 permiten el acceso a la pensión de vejez de acuerdo con el <i>género legal</i> [229]. En estos países, la edad de jubilación de las mujeres trans que han cambiado el marcador de "sexo" en sus documentos de identificación, de masculino a femenino, es el de las mujeres. Únicamente 3 [230] no cuentan o tienen reglas ambiguas respecto del reconocimiento pensional de personas transgénero.
Reino Unido	En el Reino Unido existía una diferencia en la edad para pensionarse entre hombres (65 años) y mujeres (60 años) [231]. A partir del año 2004, se estableció que, para las pensiones de retiro, las mujeres transgénero se pensionan con la edad del género con el que se identifican [232].
Chile	En Chile las entidades encargadas de las pensiones deben observar la identidad de género con la que se identifican las personas. En ese país, la pensión de vejez requiere cumplir 65 años para los hombres y 60 años las mujeres [233]. Para el caso de las personas transgénero, estas tienen derecho a ser tratadas conforme a su identidad en los instrumentos públicos [234]. Además, una vez se realice el cambio de sexo, se deberá informar a "la Superintendencia de Pensiones, que a su vez informa a la Administradora de Fondos de Pensiones o al Instituto de Previsión Social, para que sea registrado por dicha institución" [235].
Uruguay	En Uruguay [236] existe una diferencia de edad de jubilación entre hombres y mujeres [237]. No obstante, existe una <i>pensión compensatoria</i> [238] para las personas trans que fueron víctimas de violencia institucional o privadas de su libertad, habiendo sufrido daño moral o físico, así como impedidas del ejercicio pleno de sus derechos debido a su identidad de género.

Nota: Tabla tomada de la Sentencia SU440/21.

Establecido como se encuentra que las mujeres trans tienen el mismo derecho que las mujeres cisgénero para obtener la pensión de vejez; y siendo que la edad y las semanas de cotización como ítems para la obtención de la misma no son objeto de debate, pues están definidas por ley, surge de manera sorpresiva determinar si la persona que solicita el reconocimiento de dicha prestación acredita las condiciones para considerarla mujer transgénero, por lo que entrar a determinar cuándo surtió el cambio de género o cómo se dio dicha transición

serán las nuevas cuestiones que se verán forzados a resolver los funcionarios judiciales en la especialidad laboral a la hora de resolver estos negocios jurídicos.

Es menester delimitar positivamente parámetros normativos que orienten al funcionario judicial e incluso a la administración misma, para evitar desfalcos al sistema y al tiempo que colaboren en el acceso efectivo de los derechos que les asisten a los asociados independientemente de la forma como se identifiquen ante la sociedad.

Para abordar de forma organizada el planteamiento del problema señalado, pudimos verificar que ya desde el año 2022, en desarrollo del análisis al sistema pensional colombiano, ciertas profesionales del derecho habían plasmado la necesidad de generar en los ciudadanos la conciencia en interiorizar el concepto de la igualdad de derechos, de modo que todos pudiéramos acceder a una prestación social, como lo es la pensión de vejez, sin criterios discriminatorios como la identidad de género. (Carrillo Zapata, D., & Torres Diaz, I. C. (2021)^v

En este sentido, y frente a la administración de justicia, identificaron que es necesario sentar un verdadero precedente jurisprudencial en el cual se dé un manejo efectivo de la definición del transexualismo, pues ello sentaría un precedente constitucional certero, que permitiera la aplicación del derecho con un enfoque diferencial.

Pues bien, todo esto para determinar que tales inquietudes en cuanto a la administración de justicia, fueron abordadas al interior de la Sentencia de Unificación SU-440 de 2021, mediante la cual la Corte Constitucional, precisamente marco un precedente en cuanto al acceso de prestaciones económicas como lo es la pensión de vejez en la población transgénero.

De esta providencia, son varios los asuntos por destacar para ir dando forma al presente trabajo. Así, por un lado, la Sala de la Corte 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.”. Por otra parte, 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”*. (Corte Constitucional, 2021).

Por lo anterior, una de las ordenes que profirió el alto tribunal fue que los fondos que administran pensiones, tanto en el de Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual, adopten medidas administrativas que eviten el abuso al derecho y un fraude al sistema pensional, lo que sin lugar a dudas será objeto de un estudio medurado y célere en la medida que tan solo dieron 6 meses a las administradoras para tal fin.

No obstante, este precedente sin duda marca un punto de inflexión que debe ser abordado de forma inmediata por lo involucrados, por cuanto impartida la orden de abstención en incurrir en actos discriminatorios en contra de las mujeres transgénero, ineludiblemente los negocios que en este sentido surjan no esperaran a que el Congreso legisle o las administradoras dispongan las medidas a aplicar.

De esta forma, determinado por el alto tribunal que a las mujeres transgénero les asisten los mismos derechos que a las mujeres cisgénero, en el sentido de que esta población pueda alcanzar la pensión de vejez en la edad definida por la ley para el género con el cual se identifiquen, ello

por considerar que en el caso de la señora Herrán Vargas ésta i) se identificaba como mujer y ii) se había llevado a cabo la corrección en el marcador de su sexo frente a su documento de identidad, resultando ser una mujer para todos los efectos legales, se eleva como un nuevo criterio para acceder a la pensión de vejez en Colombia.

Siguiendo el hilo conductor de este planteamiento, menester resulta memorar que de acuerdo con nuestra legislación las exigencias para que un ciudadano colombiano pueda acceder a la pensión de vejez se encuentran contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, las cuales consisten en acreditar un mínimo de semanas de cotización al sistema y el cumplimiento de la edad que para el caso de las mujeres es de 57 años.

Pero en estudio de la sentencia SU-440 de 2021, nuestro máximo órgano de cierre constitucional determinó que *“el cambio o corrección del marcador de sexo en los documentos de identidad tenía plenos efectos legales y cobijaba el tratamiento en materia pensional.”*, de lo cual surgen entonces las siguientes cuestiones ¿Cuándo el cambio de género puede entenderse que tiene plenos efectos para el reconocimiento de pensión de vejez?, ¿deben imponerse limitaciones temporales para determinar que el cambio de género produce o no efectos? ¿el estudio del cambio de género debe atenderse siempre que un ciudadano trans realice la solicitud para el reconocimiento de la pensión de vejez?

Pues bien, el presente trabajo no busca dar respuesta a todas estas incógnitas, pues de hecho no debe dejarse de lado que tanto el Congreso de la República de Colombia como las administradoras de pensiones tienen el deber de entrar tanto a regular como a prevenir ciertas situaciones que en el marco de este nuevo paradigma deben fijarse. Aun así, el ítem que se busca resaltar es que para atender eficientemente las demandas de la Corte Constitucional, es necesario

entrar a estudiar el cambio de género en cada caso particular como un nuevo requisito para acceder a la pensión de vejez en la población trans, sin que esto implique un criterio discriminatorio frente a esta población.

Verbigracia tenemos que el caso de la señora Helena Herrán Vargas, es muy particular, lo que precisamente conllevó al alto Tribunal de cierre constitucional a determinar que no había lugar a determinar intenciones de la actora en defraudar el sistema, pues adviértase que aun cuando esta pretendía el reconocimiento de la pensión de vejez a los 57 años, tenía 1982 semanas cotizadas al momento de hacer la solicitud pensional. Aunado “(...) *Mediante escritura pública No. 1555 del 22 de agosto de 2007, la accionante cambió su nombre a Helena Herrán Vargas y, luego, por medio de escritura pública No. 2366 del 25 de octubre de 2016, modificó el marcador de “sexo” de su registro civil de nacimiento, el cual pasó de ser “masculino” a “femenino”^[1]. Así mismo, el 22 de marzo de 2017, solicitó la reexpedición de su cédula de ciudadanía de manera tal que esta reflejara su identidad de género como mujer^[2]. Actualmente, la cédula de ciudadanía de la accionante indica que su “sexo” es femenino (“F”)^[3].”. Todo lo cual indica, tal como fue expuesto por la Corte Constitucional que se identificaba como mujer, punto de vital importancia para el aditamento del cambio de género como nuevo requisito para obtener pensión de vejes, el cual en efecto puede y debe ser regulado normativamente, pero en lo que ello se define, se impone la necesidad de verificar cada caso particular.*

Por lo anterior, así como se presentan vicisitudes en el reconocimiento de la pensión de vejez porque no se colmaron las semanas mínimas de cotización o cuando sea que la edad de pensión no se encuentra acreditada, todo lo cual impone en los asociados la necesidad de acudir a la administración de justicia para ver la prosperidad de sus pretensiones, de las misma forma se

erige el Funcionario Judicial en su especialidad laboral como el control eficaz para determinar la viabilidad en la concesión de la pensión de vejez a la población trans, evitando en menor medida la configuración de eventuales fraudes al sistema, por cuanto tratándose de asuntos fluctuantes y subjetivos que varían de un individuo a otro, el sistema de valoración de pruebas conforme a la sana crítica, el cual supone “(...) *la obligación del juez de expresar las razones o fundamentos que lo condujeron a designarle valor a un determinado medio de prueba o a desestimarlo, en definitiva. (...) constituye una garantía para las partes, ya que en el proceso constaran todos los elementos materiales, indicándose no sólo la forma como fueron aportados, sino además, cómo fueron considerados y la influencia que cada uno de ellos ha producido en el juzgador. Esta necesidad de exposición del razonamiento del juez deberá incluir, en consecuencia, la lógica de su razonamiento, como también las máximas de la experiencia que él ha incorporado al mismo, y que le han permitido arribar a su conclusión*”. (Olavarría Núñez, L. A., & Peña Riquelme, G. A. (2016).).^{vi}

En este punto hace énfasis a lo denominado como “máximas de la experiencia”, pues se itera que en el caso de la población trans, la delgada línea que existe entre el principio de no discriminación y la notable necesidad de evitar fraudes al sistema pensional que lo coloquen en riesgo de sostenibilidad económica, esta herramienta en cabeza de los funcionarios judiciales es la llamada a responder en mejor medida frente a cada caso particular, pues existe la necesidad, en lo que se destinan medios más efectivos, de verificar caso por caso la concesión o no de la prestación económica aquí desplegada.

Lo anterior tiene sustento en que las máximas de la experiencia: i) son juicios de contenido general, por lo que permite hacer una valoración probatoria desde un carácter lógico;), (ii) se

generan desde la experiencia y se nutren desde cada situación particular; iii) no nacen ni fenecen de los hechos mismos, sino que se prolongan siendo válidos para nuevos procesos y iv) aun cuando tiene como limitante el derecho vigente del país, siempre existe la facultad normativa que sea el fallador quien interprete y valore las disposiciones legales establecidas, ya sea porque su contenido no es claro o porque directamente fueron entregadas a la discrecionalidad del juez. (Oberg Yáñez, 2004).^{vii}

En nuestro ordenamiento, este instrumento fue definido por nuestro máximo órgano de cierre ordinario en su Sala Penal, como aquella que se construye “(...) *sobre hechos, cuya cualidad es su repetición frente a los mismos fenómenos bajo determinadas condiciones, para que así puedan ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales que por lo consuetudinario se repiten dadas las mismas causas y condiciones y producen con regularidad los mismos efectos y resultados.* (Ámbito Jurídico, 2016) ”^{viii}.

De esta forma abordando cada caso particular y en aplicación a la sana crítica y las máximas de la experiencia, el funcionario judicial podrá verificar si en determinado ciudadano concurren las condiciones legales y jurisprudenciales para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, donde claramente puede someterse a estudio la identidad de género como un nuevo requisito sin que ello traduzca *per se* en un trato discriminatorio frente a la población descrita, todo con lo cual se ejercería un control judicial con miras a evitar la configuración de situaciones fraudulentas que coloquen en riesgo la sostenibilidad fiscal del sistema pensional.

Conclusión.

- A lo largo del presente escrito se ha destacado el avance que se ha suscitado con la expedición de la Sentencia SU-440 de 2021, proferida por la Honorable Corte

Constitucional, la cual amplió el espectro de protección en lo que se refiere al derecho a la seguridad social de las mujeres con identidad de género diversa transgénero en el país.

- Asimismo, se ha hecho referencia a la imperiosa necesidad que nos ocupa respecto al llenado de los vacíos legales que se han gestado a partir de la expedición de la citada Sentencia, a través de la cual, se resolvió tutelar los derechos fundamentales a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, identidad de género, igualdad y seguridad social de una mujer trans y en consecuencia, se ordenó al fondo de pensiones accionado a que estudiara la pensión de vejez deprecada teniendo en cuenta la identidad de género de la parte actora.

- Partiendo de lo anterior, se encontró que, pese a que La Corte planteó una teoría garantista, en consideración a la discriminación que históricamente ha existido por razón del género y dando aplicación al mandato de trato igualitario entre las mujeres trans y mujeres cisgénero, lo cierto es que tales presupuestos se quedaron cortos en determinar cómo, desde el ámbito procedimental, debía ser abordada esta temática, en aras de una real y efectiva tutela del derecho a la seguridad social de las personas transgénero, pero no sin antes dejar de pasar por alto que, la diferencia en las edades entre los géneros masculino y femenino para adquirir el beneficio de la pensión de vejez, eventualmente podrían llegar a constituirse como un incentivo para defraudar al Sistema General de Pensiones.

- De conformidad con lo planteado por la Jurisprudencia y bajo el entendido que el estudio de la identidad de género es un nuevo requisito que debe ser estudiado para el reconocimiento de la pensión de vejez en Colombia y en vista de los vacíos existentes en la legislación actual en torno al asunto objeto de estudio, resulta menester delimitar y fijar con urgencia, parámetros y lineamientos con el fin de evitar abusos tanto por parte de las Administradoras de fondos de pensiones, quienes a falta de regulación, pueden seguir incurriendo en violaciones

a los derechos fundamentales de las personas trans que solicitan el reconocimiento de una prestación económica, como ha ocurrido de antaño, por ejemplo, con el impedimento al acceso a la pensión de sobreviviente de compañeros permanente del mismo sexo, o de otro lado, con el fin de evitar abusos por parte de los ciudadanos que, valiéndose del cambio de género, pretenden defraudar al sistema con miras a pensionarse anticipadamente a la edad de 57 años, aun cuando en la realidad su identidad de género NO corresponda con el de una mujer. Por lo anterior, como solución se plantea el siguiente límite, 1) Que sea el juez, quien, al interior de un proceso ordinario laboral, con sustento en las máximas de la experiencia, determine si a una persona trans le asiste o no el reconocimiento de la pensión de vejez, previo análisis de la concurrencia del cumplimiento de edad (en consideración a la perspectiva de género y por supuesto, semanas de cotización.

- Así, las cosas, se apoya la exhortación realizada por la Honorable Corporación de cierre constitucional, y se invita a que los actores de la sociedad, personas trans, mujeres cisgéneros, legisladores, abogados y ciudadanos en general, participen en la construcción del derrotero que se ha de transitar para llevar a la realidad, la materialización de los derechos sustanciales, todo lo anterior, partiendo del principio de dignidad humana y la no discriminación.

Lista de Referencias o Bibliografía.

Ámbito Jurídico. (2016, 24 de junio). ¿Cómo se construyen las reglas de la experiencia?.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/penal/como-se-construyen-las-reglas-de-la-experiencia>

Benavides Vega, L. M. (202). Recorrido histórico por la Seguridad Social como directriz del requisito de edad para la pensión de vejez en mujeres transgénero en Colombia.

<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22850/Recorrido%20hist%20c3%b3rico%20por%20la%20Seguridad%20Social%20directriz%20del%20requisito%20de%20edad%20para%20pensi%20c3%b3n%20de%20vejez%20en%20mujeres%20transg%20c3%a9nero%20en%20Colombia..pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Carrillo Zapata, D., & Torres Diaz, I. C. (2021). Análisis del Sistema Pensional Colombiano a la luz del Principio de Universalidad: enfoque en población

Transgénero. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20276/AN%20c3%81LISIS%20DEL%20SISTEMA%20PENSIONAL%20COLOMBIANO%20A%20LA%20LUZ%20DEL%20PRINCIPIO%20DE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Congreso de la República de Colombia (Diciembre 23, 1993). Ley 100 de 1993. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. DO. 41.148.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Corte Constitucional. (2021, 19 de diciembre). *LAS MUJERES TRANS TIENEN DERECHO A ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ A LA MISMA EDAD DE LAS MUJERES CISGÉNERO: CORTE CONSTITUCIONAL*. [Comunicado de prensa No. 46].

<https://img.lalr.co/cms/2021/12/10183709/Com-SU-440-21-asuntos-pensionales-de-una-mujer-trans-1.pdf>

Corte Constitucional (Julio 2, 2013). Sentencia T-398/13. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-398-13.htm>

Corte Constitucional (Septiembre 15, 1994). Sentencia C-410/94. (Carlos Gaviria Díaz, M.P.).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-410-94.htm>

Corte Constitucional (diciembre 9, 2021). Sentencia SU440/21. (PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA, M.P. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU440-21.htm>)

Presidente de la República. Decreto 1227 de 2015. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019850#:~:text=DECRETO%201227%20DE%202015&text=por%20el%20cual%20se%20adiciona,el%20Registro%20del%20Estado%20Civil>.

Nosedá Gutiérrez, J. (2012). Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero. *Revista de Psicología*, 21(2), Pág. 7-30.

<https://doi.org/10.5354/0719-0581.2012.25835>

Olavarría Núñez, L. A., & Peña Riquelme, G. A. (2016). La aplicación de la sana crítica para la valoración de la prueba y su consagración dentro del nuevo procedimiento laboral.

<https://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/149/Olavarr%C3%ADa-Pe%C3%B1a%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Oberg Yáñez, H. (2004). Máximas de Experiencia. Pág. 10 <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-10-P167.pdf>

Pita Torres, S. D., & Gonzalez Soto, D. F. (2022). Derechos pensionales en la población transgénero: El primer paso.

<https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/23008/Derechos%20pensionales%20de%20la%20poblaci%C3%B3n%20de%20mujeres%20transg%C3%A9nero%20El%20primer%20paso..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ruiz Nieves, M. A. (2016). Mujeres transgénero frente a la definición de situación militar en Bogotá Colombia.

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10725/2016Ruizmarco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez Barrera, E. L. (2017). El movimiento LGBT (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos. *Reflexión Política*, 19(38), 116–131.

<https://doi.org/10.29375/01240781.2843>

TABLAS Y FIGURAS

Tabla 1. *Normas sobre reconocimiento pensional de personas transgénero.*