

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA No. 2020-0115-00
Accionante: HELENA HERRÁN VARGAS
Accionadas: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Surtido el trámite pertinente, procede el despacho a resolver la acción constitucional de la referencia, previo estudio de los siguientes,

ANTECEDENTES

1. Helena Herrán Vargas acude a la presente vía constitucional al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, dignidad humana y confianza por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.

Informa que su registro civil de nacimiento la reconoció con el sexo masculino, al igual que aparece en su cédula de ciudadanía.

Que en virtud del Decreto 1227 de 2015, mediante escritura pública No. 2366 de 2016 otorgada por la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá, modificó la casilla donde se determina el género, pasando de masculino a femenino e identificándose como Helena Herrán Vargas.

Siendo cotizante de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) desde el 12 de diciembre de 1975 y habiendo completado las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión por vejez -en específico haber cotizado 1.982,14 semanas-, presentó solicitud de reconocimiento de dicha prestación económica.

Teniendo en cuenta que nació el 20 de septiembre de 1958, es decir, con 61 años cumplidos e identificase como mujer, aduce le es aplicable lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, pues se encuentra dentro del régimen de transición.

Que el día 11 de julio de 2018 la autoridad convocada, por resolución No. 2018_8054353_9_2018_164 negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez exorada, decisión confirmada por resolución No. 2018_10350694_9 de 28 de agosto de 2018. Ello luego de considerarse que no cumplía con la edad necesaria para acceder a dicha prestación.

Ante esa circunstancia, el 8 de noviembre de 2019, elevó derecho de petición ante Colpensiones, correspondiéndole el radicado No. 2019_15071538 donde solicitó *(i)* fuera demostrado que era hombre; *(ii)* se le otorgara la pensión de vejez y, en caso de negativa, *(iii)* se justificara legal, técnica y financieramente su respuesta.

Para el 26 de noviembre de 2019, Colpensiones profirió contestación identificada con oficio BZ2019_15176737-3369682, donde ratificó que la accionante no cumplía con el requisito de edad determinado por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión por vejez, tal y como se había señalado en los referidos actos administrativos. Dijo igualmente que el Decreto 1227 de 2015 “por el cual se adiciona una sección al Decreto número 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”, no concedió ningún derecho “diferente al cambio del componente del sexo en aras del libre desarrollo de la personalidad, derecho a la identidad, libertad sexual y género”, de ahí que esa entidad “en cumplimiento de la disposición legal, realizara “el cambio de sexo conforme a los documentos de identidad de la señora Herrán Vargas Helena, en las bases de datos y demás aplicativos, sin embargo no tiene alcance para efectos pensionales”.

Denuncia la accionante que con la respuesta emitida por Colpensiones no solo se ratifica la negación de plano de su pensión por su identidad como mujer transgénero, sino que también no se le considera como tal, ni se le distingue entre la persona que laboró, cotizó y exige su derecho pensional.

Advirtió que actualmente se encuentra desvinculada laboralmente; pertenece a población vulnerable; es una adulta mayor y su mínimo vital también se encuentra diezmado, pues debe recurrir a préstamos y trabajos informales para atender su propia subsistencia, situación que se ha agudizado en la presente época por los efectos de la pandemia, conduciéndola a exponer su vida e integridad para poder sobrevivir.

Finalmente, manifestó que no se encuentra en condiciones de acudir a ninguna otra instancia judicial y “esperar que el transcurso del tiempo

agote mi esperanza de vida a la espera de un reconocimiento pensional”; ha superado la edad de retiro forzoso; el análisis de su pensión debe darse en su condición de mujer; sus condiciones de salud le impiden trabajar; añadiendo que acorde a los precedentes jurisprudenciales y legales, Colombia debe dar aplicación a la política de protección a los derechos de población de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales (LGBTI), más cuando de los artículos 1, 2, 5 y 13 de la Constitución Nacional se logra establecer la igualdad como principio fundamental.

2. Concretamente solicitó *(i)* fueran tuteladas las garantías fundamentales invocadas; *(ii)* se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- proceda a reconocer su identidad como mujer transgénero; respetar sus derechos como población LGBTI, reconocer y ordenar el pago de su pensión de vejez y, *(iii)* conminar a la accionada, para que no siga cometiendo este tipo de conductas que va en detrimento de sus afiliados.

TRÁMITE ADELANTADO

Por proveído de 13 de agosto de 2020, este estrado judicial admitió la acción de tutela, ordenando oficiar a Colpensiones para que en el término de dos (2) días ejerciera su derecho de defensa y remitieran copia de la documentación que guardaran relación con la petición, acompañando un informe detallado sobre los hechos aquí ventilados.

DE LA CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

La directora encargada del grupo de acciones constitucionales de la referida entidad se opuso a la prosperidad de la presente acción sumaria, al considerar que no se satisfacía el requisito de la subsidiariedad, pues la tutelante contaba con otro mecanismo para hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Asociado a ello, acentuó que dentro del presente trámite no se acreditó siquiera sumariamente un “estado de gravedad” en el estado de salud de la señora Herrán o de su condición de vulnerabilidad, para obviar o flexibilizar dicho requisito.

Aseguró que tampoco se podía reconocérsele como sujeto de especial protección constitucional por no pertenecer a la población de adultos mayores.

De otra parte, resaltó que mediante la resolución SUB 227167 de 28 de agosto de 2018, fue desestimada la solicitud de pensión de vejez de la accionante, “la cual fue resuelta en derecho y no de manera caprichosa, comoquiera que de conformidad al análisis de las disposición legales y jurisprudenciales, el cambio de sexo en los registro de identidad no tiene alcance para efectos pensionales”, decisión contra la que señaló no se presentaron los recursos legales y dos años después, por vía de tutela, pretende adquirir el derecho pensional.

Que en virtud de lo establecido en la sentencia T- 344 de 2011 la Corte manifestó “que el juez de tutela no debe indicarle a una entidad encargada del reconocimiento de una pensión, el contenido, alcance y efectos de sus decisiones frente a las solicitudes encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, pues su competencia se circunscribe a verificar que la entidad responsable proporcione una respuesta oportuna y de fondo a las solicitudes presentadas por los presuntos beneficiarios de esta prestación económica”, luego no era de su competencia realizar un análisis de fondo frente a lo solicitado por la accionante, además de que en este caso se pretendía desnaturalizar la acción de tutela con miras al reconocimiento de derechos que son de conocimiento ordinario.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, cuando estos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades y, excepcionalmente, por los particulares, siempre que no se cuente con otro mecanismo judicial para su salvaguarda.

Se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario o residual que procede, por regla general, cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, además de ser inmediato, porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada; sencillo o informal, porque no ofrece dificultades para su ejercicio; sumario, porque es breve en sus formas y procedimientos; específico, porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales; eficaz, porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho y preferente, porque el juez lo tramitará con prelación a otros asuntos con plazos perentorios e improrrogables.

1.1. Como la acción objeto de pronunciamiento puede ser formulada por cualquier persona que crea vulnerados sus derechos inalienables, como precisamente ocurre con la señora Helena Herrán Vargas, resulta acreditada la legitimación en la causa por activa.

1.2. Ahora bien, se encuentra legitimada en la causa por pasiva toda autoridad y extraordinariamente particulares, siempre que presten un servicio público y su proceder afecte gravemente garantías de primer orden o intereses colectivos, o el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.

En el caso de la referencia, se vislumbra tal legitimación en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, dado que se trata de una entidad del orden nacional, con carácter privado, quien cumple funciones públicas al administrar los recursos del sistema general de seguridad social en pensiones, del que forma parte, condición que le permite resistir la acción.

1.3. Frente al principio de inmediatez, por el cual ha de entenderse que el medio de amparo debe ser interpuesto dentro de un término razonable contado a partir de la presunta violación, la Corte Constitucional ha referido que el mismo debe analizarse de manera detenida por el juez constitucional dado que si bien podría entrarse a considerar que entre el hecho vulnerador y el ejercicio del medio de amparo ha transcurrido un extenso espacio de tiempo y por ende, resultaría improcedente acudir a dicha vía, también ha destacado que es necesario verificar en cada caso concreto las circunstancias que dieron lugar a tal inacción, identificando las siguientes como justificativas de ese lapso:

i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;

ii) La inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;

iii) Que exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados;

iv) Se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y, pese a que el hecho originario es muy antiguo respecto de la presentación

de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, además de ser continua y actual¹.

1.3.1. En el presente evento se observa que la accionada le negó en un primer término la pensión a la actora mediante decisiones de julio y agosto de 2018, al paso que la acción de tutela se erigió en agosto del presente año; sin embargo, no puede perderse de vista que con posterioridad, sobre el mismo tema, la actora elevó nueva petición que le fue negada nuevamente mediante respuesta de noviembre de 2019, lapso desde el cual se estima razonable la proposición de la acción.

1.3.2. Aún si en gracia de discusión el lapso se contara desde la fecha de la inicial negativa, lo cierto para este Juzgado es que la vulneración de los derechos que esgrime la actora se mantienen en el tiempo, en tanto que la razón de la negativa de su prestación pensional se debió al factor edad y, hasta el momento, ella ni cuenta con la edad que presuntamente requiere la entidad accionada para acceder a la pensión al tratársele como hombre, ni, en todo caso, ha recibido una respuesta diferente por parte de la entidad sobre su derecho a acceder a la pensión de vejez, lo que confirma que el hecho que se estima lesivo perdura en el tiempo. Desde ese punto de vista, también se estima superado el presupuesto de la inmediatez en análisis.

1.4. Ahora bien, respecto a la subsidiariedad, igualmente ha de tenerse por satisfecho tal elemento, ya que el mecanismo judicial que en principio podría existir para agotar la controversia, esto es, el proceso ordinario ante el juez laboral no es idóneo ni eficaz para salvaguardar los a que el mismo conllevará a la espera de un término al menos de un año - en el mejor de los casos-, lapso en el que el mínimo vital y móvil y la seguridad social de la actora seguirán irremediamente perjudicados, lo que obliga a evidenciar que aquél mecanismo no es eficaz y, además, concurre un perjuicio irremediable de los derechos de la actora que permite obviar la obligación de concurrir previamente a hacer uso de aquellas acciones legales.

Por si no fuera poco lo anterior, desde el plano constitucional debe considerarse que la señora Herrán es sujeto de especial protección al ser parte del grupo de individuos mayores de 60 años² -condición que la acredita como adulta mayor, contrario a lo concluido al efecto por la accionada- y pertenecer a la comunidad LGBTI, personas que históricamente han sido víctimas de discriminación en todos los ámbitos de

1 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.

2 Ley 1251 de 2008, modificada por la Ley 1850 de 2017.

su vida, de ahí que se trate de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta³ frente a los que se reclama un proceder especial de garantías por parte del Estado y todos sus entes.

2. Dicho lo anterior, esta Juzgadora procederá a dirimir de fondo el presente asunto, atendiendo que el problema jurídico que le compete estudiar se contrae a determinar si la accionada transgredió o no los derechos fundamentales de la señora Helena Herrán Vargas, al negar el reconocimiento de su pensión de vejez bajo el argumento de que debía cumplir la edad como hombre y no como mujer, a pesar de tener conocimiento de su condición de mujer transgénero.

2.1. Con tal propósito, lo primero que ha de decirse es que el derecho a la identidad sexual y de género, encuentra génesis en el principio constitucional de la dignidad humana recogido a lo largo de la Carta Política como derecho fundamental, como principio y como cemento mismo del estado; así, en el artículo 1 de dicho compendio el constituyente aseguró:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (subrayado y negrita del despacho).

Acerca de este derecho, ha sido amplio el desarrollo jurisprudencial constitucional, sobre el que ha definido que “... *debe entenderse desde dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y de su funcionalidad normativa. Respecto de la primera, este Tribunal ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: i) la dignidad humana comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como el conjunto de condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana vista como la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras *palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o de instrumentalización, esto es, privados de su posibilidad de vivir con arreglo a los fines que han trazado para su propia existencia. (...)*”

De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad de la norma, esta Corporación también ha identificado tres expresiones de la dignidad: i) como valor, por ser principio fundante del ordenamiento jurídico

3 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-063 de 2015.

*y por tanto del Estado; ii) como principio constitucional; y iii) como derecho fundamental autónomo. Este concepto guarda una estrecha relación con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la identidad personal*⁴.

Y, ciertamente, dicho precepto tiene estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad determinado por nuestro constituyente en el artículo 16 *ibídem*, en donde sin mayores condiciones, estableció que *“todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*.

2.2. Acorde al precedente jurisprudencial, la dignidad humana, es un presupuesto esencial frente a la materialización, reafirmación y plena protección de las prerrogativas inquebrantables recogidas en nuestra carta magna⁵, en la medida que implica un reconocimiento de la persona en sí misma y bajo la ponderación de su naturaleza humana.

2.3. En desarrollo de tales prerrogativa, se deduce también el derecho a la identidad, por medio de la cual se definen los atributos que determinan a una persona en su esfera privada y en sociedad, bajo el mandato del libre y autónomo ejercicio de su personalidad; luego, cualquier acto contrario a ese poder determinante del individuo, genera discriminación y, por consiguiente, vulneración de derechos de primer orden.

La Corte Constitucional ha entendiendo la identidad como *“expresión de la autonomía individual y de la capacidad de autodeterminación, de lo que se es, de las condiciones materiales de existencia, y manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral”*⁶, prerrogativa indeleble y en constante evolución que permite a la persona respecto a su identidad de género, *“ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser”*⁷.

4 Corte Constitucional, sentencia T-609 de 2019.

5 Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002.

6 Óp. Cit, numeral 4º.

7 T-477 de 1995

Precisamente, acerca de la identidad de género, se ha precisado que *“se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento (pene, vagina, masculino, femenino), incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida. Estas modificaciones son conocidas como ‘tránsitos’ y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar, los modales, y, en general, diversas formas de externalizar la identidad”*⁸⁹.

2.4. Desde el año 2008, Colombia, junto con otros 95 países, promulgó en la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, a través de la cual se denunció y exteriorizó la preocupación alarmante por la discriminación y estigmatización por motivos de identidad de género u orientación sexual, se condenaron tales conductas y se hizo *“un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos para que se comprometan con la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género”*¹⁰.

2.5. En el marco internacional, además, han sido de más amplio y particular desarrollo los derechos a la identidad de género y libertad de orientación sexual, para lo que es necesario aludir a los principios de Yogyakarta¹¹ *“sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de*

8 Dicha definición se encuentra plasmada en los principios de Yogyakarta los cuales se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. También incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras.

9 Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2015.

10 Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf.

11 Sobre dichos principios, la Corte Constitucional ha señalado que *“no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del DIDH, no obstante, aplicando los principios generales del soft law -es decir, normas que fueron expedidas por fuera del sistema de fuentes formales del derecho internacional- se pueden incorporar con el objetivo de tener un parámetro integral para aplicar eficientemente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la protección de la identidad de género y la orientación sexual. Estos principios afirman la obligación primordial que cabe a los Estados, autoridades e incluso a actores de la sociedad civil en cuanto a la implementación de los derechos humanos. Además, brinda recomendaciones sobre las responsabilidades de todas las instancias involucradas en materia de promoción y protección. Como lo dice la introducción al texto: “Las y los especialistas coinciden en que (...) reflejan el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos en relación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Asimismo reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme la legislación en materia de derechos humanos continúe evolucionando. Los Principios de Yogyakarta afirman las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente en el que todas las*

Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género”, que fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, de la que forma parte Colombia, en Ginebra del año 2007. Dicho compendio ha servido como referente y máxima para las garantías mundialmente reconocidas a favor de la comunidad LGTBI y que, a su vez, se soporta en que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos”*¹².

Igualmente, allí se resalta que debe preceder un trato en condiciones de igualdad *“sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”*¹³, ya que la segregación se puede constituir por *“distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”*¹⁴.

En el mismo sentido, el relator especial de la ONU, al analizar la materia, contempló que *“entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona a expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social.”*¹⁵

2.6. De manera puntual, acerca del derecho a la autodeterminación de género y a la identidad sexual, ambos como derechos fundamentales autónomos y, particularmente, acerca de la identidad transgénero y las connotaciones legales derivadas de aquella decisión, ha tenido diversas oportunidades para pronunciarse el máximo tribunal constitucional para reafirmar que no puede esa identidad de género ser motivo de conductas discriminatorias, como lo sería acudir a una vía judicial para corregir los documentos públicos que señalan la identificación sexual de las personas. Así se expresó la Corte:

“Así las cosas, aunque de manera coloquial suele afirmarse que las personas transgénero experimentan un ‘cambio de sexo’, lo que ocurre en

personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, puedan realizar esos valiosos derechos que les corresponden por su nacimiento.” Sentencia T-099 de 2015.

12 Principios de Yogyakarta, artículo 1º. Disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>.

13 Ibídem, artículo 2º. Lo que también se deduce de la prerrogativa fundamental a la igualdad que describe el artículo 13 de la Constitución Política.

14 Ibídem.

15 3 O.N.U. Relator Especial sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial, Doc. E/CN.4/2004/49, (16 feb. 2004).

estos casos es que existe una discrepancia entre la hétéro asignación efectuada al momento del nacimiento y consignada en el registro, y la auto definición identitaria que lleva a cabo el sujeto. En ese orden de ideas, de la misma forma en que la intervención quirúrgica se realiza para ajustar las características corporales de una persona a la identidad sexual asumida por esta no es propiamente una operación de “cambio de sexo”, sino de “reafirmación sexual quirúrgica”, la modificación de los datos del registro civil de las personas transgénero no responde a un cambio respecto de una realidad precedente, sino a la corrección de un error derivado de la falta de correspondencia entre el sexo asignado por terceros al momento de nacer y la adscripción identitaria que lleva a cabo el propio individuo, siendo esta última la que resulta relevante para efectos de la determinación de este elemento del estado civil;

“7.2.5. En definitiva, la exigencia impuesta a las personas transgénero de acudir a la vía judicial para lograr la corrección del sexo inscrito en el registro civil, supone la afectación de múltiples derechos fundamentales a los que antes se hizo alusión y representa un trato desigual respecto del que se dispensa a las personas cisgénero. (...) “La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un proceso judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar; asimismo, elimina la diferencia de trato que se establece entre personas cisgénero y transgénero, permitiendo a estas últimas hacer uso del procedimiento de corrección del sexo en el registro que hoy se admite para las primeras y contribuye a eliminar la tendencia hacia la patologización de la identidad de género. Se trata, por tanto, de un medio menos lesivo en términos de afectación a derechos fundamentales. “Asimismo, la corrección a través de escritura pública permite lograr con el mismo grado de idoneidad las finalidades que se pretenden asegurar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. (...)

“7.2.8. En conclusión, al constatar la existencia de un medio alternativo que cuenta con cobertura legal, es menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste idoneidad equivalente para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso de jurisdicción voluntaria, la Sala encuentra que la obligación impuesta a la accionante de acudir a este último mecanismo para realizar la corrección del sexo inscrito en el registro civil, es una medida innecesaria y gravosa para sus derechos, y que además representa un trato discriminatorio en relación con el que se dispensa a las personas cisgénero, quienes pueden corregir este dato mediante escritura pública (...)”¹⁶

16 Corte Constitucional, sentencia T- 063 de 2015.

2.7. Igualmente se ha enfatizado que la orientación sexual y la identidad de género, suelen ser criterios discriminatorios al pensarse a partir de las construcciones socioculturales históricas; por ello, se ha expresado que *“la clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad y que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática. En ese sentido, por ejemplo, es perfectamente posible que una mujer transexual, es decir una persona a la que en su nacimiento le fue asignada la identidad de género de un hombre pero que decidió hacer el tránsito de identidad, sienta atracción sexual por los hombres por lo que su orientación sería heterosexual. Esto permite concluir que solamente cada persona -según su vivencia y proyecto de vida- es la que tiene el poder y el derecho de decidir la manera como su identidad de género y orientación sexual se complementan e interactúan.”*¹⁷

2.8. Estas consideraciones, a su vez, le sirvieron de fundamento al legislador para expedir el Decreto 1227 de 2015, por el cual se modificó el Decreto 1069 de ese mismo año –Decreto Único Reglamentario del sector justicia-, que dentro de su exposición de motivos precisamente reseña el anterior marco jurisprudencial y, además, señala *“(…) Que la Constitución Política de 1991 consagra la dignidad humana y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad. De la mano de estos derechos, se ha reconocido el derecho **a la identidad y libertad sexual y de género en Colombia**”* (subrayado y negrita fuera de texto).

En ese sentido, permite tal cuerpo legal, hasta por dos veces, corregir el componente sexo del Registro Civil de Nacimiento de los ciudadanos, en un lapso de 10 años desde su primer cambio, teniendo en cuenta la vivencia autónoma y libre que tenga la persona de su identidad de género y de su orientación sexual¹⁸.

En este punto es necesario recordar que el registro civil de nacimiento *“es un instrumento de garantía de la personalidad jurídica. Este permite identificar a las personas, expedir la tarjeta de identidad y la cédula de ciudadanía y acreditar todos los datos que componen el estado civil. Los datos que se consignan en el registro civil tienen una doble función. Por un lado, permiten al Estado y a la sociedad identificar a las personas con diversos fines legítimos, y por otro, constituyen la identificación de las personas hacia la sociedad. De tal forma, el registro civil y su regulación son aspectos relevantes del ejercicio de los derechos fundamentales a la*

17 Corte Constitucional, sentencia T-099 de 2015.

18 Artículos 2.2.6.12.4.2 y subsiguientes.

personalidad jurídica,¹⁹ a la identidad personal y al estado civil, y en tal virtud determinan una posición en la familia y en la sociedad, de la cual se derivan derechos y obligaciones.”²⁰

2.8. Todo el marco jurisprudencial, legal y supralegal descrito pone de presente que las garantías a los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la identidad de género, tienen connotación *iusfundamental*, que imponen al Estado colombiano, a través de todos sus organismos, entidades e instituciones, su garantía y salvaguarda, para que se materialice la no discriminación por razones de género que tanta lamentable amplitud ha tenido a lo largo de la historia y que, a la postre, identifica a la población LTBI como una población que debe ser especialmente protegida bajo esa égida.

2.9. En el mismo orden de ideas, ha de precisarse que el reconocimiento y garantía de estos derechos fundamentales de todo individuo, tiene trascendencia social e incidencia jurídica, de manera que ese reconocimiento a la identidad libre y autónomamente elegida por cada persona en cualquier etapa de su vida, puede y debe tener consecuencias en el ámbito jurídico; de otro modo, los derechos a la identidad sexual y autodeterminación carecerían de efectividad y, a su vez, la permisión de corrección en el registro civil sería inerte, un mero derecho en el papel, carente de materialización y ejercicio.

Por ello se ha dicho que *“el libre desarrollo de la personalidad, entendido como “el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás”²¹, y cuyo fin es “la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”²², configura una verdadera garantía a las identidades de género diversas, puesto que, como lo ha establecido la Corte, las personas trans tienen la potestad de escoger libremente su plan de vida, tal y como lo pueden hacer el resto de individuos en Colombia²³, el cual no corresponde única y exclusivamente*

19 Corte Constitucional, sentencias T-504 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero) y T-106 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo). En esta última se estableció que “La forma idónea de asegurar que en efecto la persona sea alguien ante el Estado y de garantizar que pueda ejercer efectivamente sus derechos consiste en el registro civil de su nacimiento”.

20 Corte Constitucional, sentencia T-498 de 2017.

21 Sentencia T-594/93.

22 Ibidem

23 *“Bajo este entendido, todo individuo tiene el derecho a escoger libremente un plan de vida y a desarrollarlo a plenitud respetando los límites constitucionales. Ahora bien, en relación con la limitación a la libertad de configuración del plan vital, la Corte ha establecido que para ser legítima no sólo debe tener*

al ámbito interno y personal, sino que puede manifestarse públicamente al contar con plena protección constitucional²⁴. De lo contrario, evitar la trascendencia social de una persona trans implicaría un entendimiento abiertamente contrario a los postulados constitucionales, pues traduce en “una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos (...) especialmente lesivo de los intereses constitucionales que pretenden reiteradamente asegurar el pluralismo y garantizar la tolerancia social respecto a las diferentes manifestaciones de identidad personal”²⁵.

En el mismo sentido, esta Corte ha establecido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las personas trans, se concreta adicionalmente en otras garantías constitucionales, puntualmente en dos ámbitos: i) la expresión de la individualidad como manifestación iusfundamental, entendiendo este concepto, desde el punto de vista jurídico, como “el derecho al reconocimiento de su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y los demás”²⁶, lo cual necesariamente requiere “de la conformidad de individuo con la identidad que se proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones”²⁷. Esto implica que la expresión de individualidad no solo se puede entender satisfecha con el cambio de nombre, sino que puede requerir de otros elementos, en ocasiones indispensables para reafirmar su condición frente al Estado, verbigracia el cambio del componente “sexo” en los documentos de identidad. ii) La autonomía personal como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica la posibilidad de implementar proyectos de vida individuales con los objetos más diversos, por lo que la decisión de construir la identidad de género se desarrolla en pleno ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, de manera que las identidades de género

sustento constitucional y ser proporcionada sino que, además, no puede tener el alcance de anular la posibilidad que tienen los individuos de construir autónomamente un modelo de realización personal. De esta forma, existe violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en los casos en que se impongan límites a su ejercicio, tales que transgredan su núcleo esencial, esto es, que afecten la facultad del individuo de adoptar decisiones consustanciales a la determinación autónoma de su modelo de vida y de la visión de su dignidad como persona, sin reparar en que dicho límite aparezca preliminarmente como constitucional y razonable”, Sentencia T-1033/08.

24 “Si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir, que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta, se circunscribe a espacios restringidos o ghettos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad”, Sentencia T-268/00.

25 Sentencia T-268/00.

26 Sentencia T-594/93.

27 Ibídem.

diversas y en concreto el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas trans, encuentra tutela constitucional²⁸.”²⁹

3. El marco jurídico preanotado, aplicado al caso que contrae la atención del Juzgado, permite concluir de plano que en el presente evento la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al negarle el reconocimiento del derecho pensional a la demandante, lesionó los derechos fundamentales que aquí han sido materia de amplio análisis, por las razones, como pasa a explicarse:

3.1. En desarrollo de sus derechos y las garantías legales y jurisprudenciales, a través de la escritura pública No. 2366 de 25 de octubre de 2016, Helena Herrán Vargas exteriorizó ante el estado su tránsito a mujer transgénero, determinado su sexo como femenino en su registro civil de nacimiento. Además, por medio de la escritura pública No. 1555 de 27 de agosto de 2007 procedió a cambiar su nombre, tal y como se determina en la presente acción constitucional, con lo que se confirma que al menos hace 14 años se identifica y define en el género femenino.

3.2. En coherencia con su autodeterminación, igualmente, sentó su registro civil de nacimiento³⁰ y solicitó la reexpedición de su cédula de ciudadanía³¹ con dichas connotaciones, esto es, que se identifica con el género femenino.

3.3. Mediante sus resoluciones SUB 185108 de 11 de julio de 2018 y SUB 227167 de 28 de agosto de ese mismo año, Colpensiones negó el reconocimiento a la pensión de vejez de la accionante, bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos para tal fin, a pesar de que para entonces contaba con 1.982,14 semanas de cotización, esto es, más de las necesarias para acceder a aquella prestación y con 59 años de edad,

28 “Cabe concluir entonces, que es deber del Estado respetar aquellas decisiones de los individuos que tengan como sustento su condición de seres libres y autónomos, siempre que estas decisiones no deriven en acciones que comprometan el goce de los derechos de otras personas. El derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Carta Política, implica el reconocimiento de la aptitud física y moral que tienen todas las personas a realizarse individual y autónomamente, sin imposiciones o forzamientos de ninguna clase y sin controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, incluido el Estado, a menos que exista una obligación legal o contractual legítima o un deber social o cuando las respectivas acciones atenten contra los derechos de las demás personas o quebranten el orden público o contraríen una disposición jurídica que tenga la virtualidad de poder limitar válidamente el ejercicio del derecho aludido. La conclusión de lo anterior es que todo individuo tiene el derecho a escoger libremente un plan de vida y a desarrollarlo a plenitud respetando los límites constitucionales (...) **De esta forma, existe violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en los casos en que se impongan límites a su ejercicio, tales que afecten la facultad del individuo de adoptar decisiones consustanciales a la determinación autónoma de su modelo de vida y de la visión de su dignidad como persona, sin reparar en que dicho límite aparezca preliminarmente como constitucional y razonable**” (negrilla y subrayado fuera del texto), Sentencia T-977/12.

29 Corte Constitucional, sentencia T-675 de 2017.

30 Folio 33, bajo indicativo serial No. 35702224 de 25 de octubre de 2016.

31 Folio 32.

cuando para las mujeres la ley establece como requisito la edad de 57 años, de suerte que ambos requisitos aparecían cumplidos.

Luego, el requisito que halló incumplido la accionada fue el relativo a la edad de la accionante, en virtud de que le hizo la exigencia legal como si se tratase de un hombre, perspectiva desde la cual tendría que haber cumplido 62 años de edad para cumplir con los requisitos legales para la viabilidad de la pensión por vejez, motivo que justamente fue expuesto en el informe rendido dentro de esdte trámite de tutela, cuando la pasiva indicó que *“de conformidad al análisis de las disposición legales y jurisprudenciales, el cambio de sexo en los registro de identidad no tiene alcance para efectos pensionales”*.

3.4. Esta determinación de Colpensiones, en verdad resulta lesiva de los derechos fundamentales de la señora Herrán Vargas, pues, por razón de su género, le otorga un tratamiento diferente al resto de quienes eligen identificarse en el género femenino, constituyéndose en un trato discriminatorio por razón del género que está proscrito en todo el bloque de constitucionalidad, a la par que afecta los derechos a la dignidad humana, a la identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social y al mínimo vital, de particular protección para la población LGTBI a la que pertenece la actora y que impondría a todos los estamentos de la sociedad y a los estatales con mayor ahínco, una garantía y respeto amplios y eficientes.

Justamente, pese a que por ley hoy se permite el cambio de género e identidad sexual y el nombre para definirse y desarrollar el derecho a la personalidad, personalidad jurídica con estrecha correspondencia a la dignidad humana e igualdad, Colpensiones con profundo desconocimiento del verdadero sentir del legislador, bajo una interpretación errada y no sistémica del marco legal y supralegal imperante, exige a la señora Herrán requisitos para acceder a su pensión como si fuera hombre, esto es, tener 62 años cumplidos, en vez de reconocerle su identidad de género adoptada por ella en su autodeterminación y que, de hecho, exteriorizó mediante instrumentos públicos y con cambio de los documentos que la reconocen como identificada en el género femenino.

4. Así las cosas, atendiendo a que las verdaderas razones por las cuales se negó la pensión de vejez a la que tiene derecho la señora Helena Herrán Varón, constituye un desconocimiento a su condición de mujer y, con ello, a sus derechos fundamentales, los mismos se ampararán, para lo que se dejarán sin valor ni efecto los actos administrativos expedidos por

la accionada³² mediante los que les negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en contravía de las disposiciones legales y jurisprudenciales aplicables a su caso, ordenando a la Administradora de Pensiones que de manera inmediata o dentro del término de cinco (5) días contados a la notificación de la presente decisión, proceda nuevamente al estudio del reconocimiento de la prestación citada, pero, ahora, atendiendo la identidad de género de la accionante, en su condición de mujer.

En pro de verificar el cumplimiento de esta decisión, Colpensiones deberá remitir a este estrado judicial el acto administrativo donde se determinen las prestaciones a que tiene derecho la señora Helena Herrán Varón y, en firme, procederá y acreditará al pago efectivo de su pensión de vejez, teniendo en cuenta que la petición se elevó hace tanto tiempo atrás y a que, también, están en riesgo los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, según se analizó al momento de verificar los presupuestos de la acción.

5. Por lo expuesto el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de la señora HELENA HERRÁN VARGAS a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género, a la seguridad social y al mínimo vital, violentados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SEGUNDO: DEJARAN SIN EFECTO los actos administrativos expedidos por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones con números SUB 185108 de 11 de julio de 2018 y SUB 227167 de 28 de agosto de ese mismo año, mediante los cuales resolvió las peticiones de pensión de vejez elevadas por la accionante HELENA HERRÁN VARGAS.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, en lugar de aquéllos, de manera inmediata o dentro del término máximo de cinco (5) días contados a la notificación de la presente decisión, proceda a un nuevo estudio de la petición de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora HELENA HERRÁN VARGAS, pero, ahora, atendiendo a su identidad de género, según el cual se le deben calificar los requisitos en su condición de mujer.

³² Actos administrativos Nos. SUB 185108 de 11 de julio de 2018 y SUB 227167 de 28 de agosto de ese mismo año.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, remitir a este estrado judicial el acto administrativo donde se determine las prestaciones a que tiene derecho la señora HELENA HERRÁN VARÓN y, en firme esa decisión, procederá y acreditará al pago efectivo de la pensión de vejez si ella es reconocida.

QUINTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes. Déjese la constancia de rigor.

SEXTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.