

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Primera Civil de Decisión

**Magistrado Ponente:
Marco Antonio Álvarez Gómez**

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Se decide la impugnación presentada por Colpensiones respecto de la sentencia de 26 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela que le promovió Helena Herrán Vargas¹

ANTECEDENTES

1. La señora Herrán solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana, a la igualdad y a la confianza legítima, supuestamente vulnerados por el referido Fondo, toda vez que mediante actos administrativos Nos. 2018 8054353 9-2018 64 y 2018 10350694 9, de 11 de julio y 28 de agosto de 2018, le negó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, so pretexto de que el cambio en el componente relativo al sexo en el registro civil de nacimiento no tiene incidencia en asuntos pensionales, sin reparar en que cumple con los requisitos para acceder a esa prestación, como “mujer transgénero”, y a que es un sujeto de especial protección, dado, incluso, su delicado estado de salud.

Para soportar su reclamo, señaló que (a) su registro civil la reconoció con sexo de nacimiento “hombre”, por lo que la cedula de ciudadanía la identificó con la letra “M”, de masculino, para precisar el género; (b) mediante escritura pública No. 2366, de 25 de octubre de 2016, otorgada en la Notaría 14 de

¹ Discutido y aprobado en sesión de 8 de septiembre de 2020.



Bogotá, modificó la casilla correspondiente al sexo del mencionado registro, para ser identificada -actualmente- de acuerdo con su género y nombre: Helena Herrán Vargas; (c) tiene 61 años de edad y cuenta con 1.982,14 semanas cotizadas en Colpensiones, por lo que pidió el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con resultado negativo, según las aludidas resoluciones; (d) que el 8 de noviembre de 2019 le pidió a la Administradora accionada demostrar “que al día de hoy soy hombre” y, una vez más, que le otorgara su pensión, pero el día 26 siguiente le respondió que tenía “59 años” de edad (sic) y que, “de acuerdo a lo considerado en la sentencia T-063 de 2015 por la Corte Constitucional..., realizó el cambio de sexo en las bases de datos y demás aplicativos, conforme a los documentos de identidad de la señora Helena Herrán Vargas”, aunque “dicha sentencia no tiene alcance para efectos pensionales”.

2. Colpensiones alegó el carácter subsidiario de la acción, pues la señora Herrán cuenta con otros medios de defensa judicial, amén de que no puede ser considerada como un adulto mayor, ni acreditó las patologías que la aquejan. Agregó que tampoco interpuso recursos contra la Resolución No. SUB 2271167, de 28 de agosto de 2018, por lo que “se torna injustificado el hecho que (SIC) transcurridos algo más de dos años... pretenda adquirir el derecho pensional a través de este mecanismo subsidiario y residual”.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La jueza concedió el amparo suplicado y, en consecuencia, le ordenó al Fondo accionada estudiar nuevamente la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante, pero esta vez atendiendo su



identidad de género, es decir, calificando los requisitos previstos en la ley para mujeres.

LA IMPUGNACIÓN

Colpensiones pidió revocar esa decisión, para lo cual insistió en la naturaleza subsidiaria de la tutela, a lo que añadió que es obligación del juez proteger el patrimonio público de la entidad.

CONSIDERACIONES

1. Es asunto averiguado que un Estado Social de Derecho adquiere legitimidad cuando respeta y hace respetar los derechos humanos. Por eso la Constitución Política estableció, desde su artículo 1º, que la dignidad humana es uno de sus principios basilares, en cuanto “presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en la Constitución”², pues es “la expresión de la autonomía individual, como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o como expresión de la intangibilidad de la integridad física o moral”. Por esa misma razón se le impuso “a las autoridades públicas el deber de adoptar las medidas de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos que definen al hombre como persona, entre los cuales cuentan la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar, y ciertas condiciones materiales de existencia (C.P., art. 2)”³.

² Sentencia T-401 de 1992.

³ Sentencia C-075 de 2007.



Desde luego que el respeto a la dignidad humana impone reconocer el derecho a tener una identidad de género, que no responde indefectiblemente a una marca de nacimiento, ni se puede confundir con el modelo que cada persona determine para vivir su existencia, y mucho menos con su orientación sexual, sino que debe ser entendido como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales...”⁴.

En el caso del transgenerismo, que es una de las varias identidades de género (también el cisgenero, el transexual, el tercer género), se trata de una identificación que refleja “la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o autoreferirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la

⁴ Sentencia T-804 de 2014.



identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual”⁵.

Expresado con otras palabras, la dignidad humana no es un principio que esté en función de una determinada clasificación binaria de las personas, mejor aún, de su género, erigida con miramiento específico en el fenotipo, más concretamente en un rasgo sexual de nacimiento, sino que atiende -y debe atender- al ser humano en su real dimensión, más allá de lo meramente corpóreo, máxime si se considera que la identidad de género no se reduce a una cuestión de sexualidad, ni se puede construir desde una perspectiva puramente anatómica o biológica.

2. Por cierto que dicho grupo poblacional, también reconocido por las Naciones Unidas⁶ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷, ha sido objeto de discriminación y exclusión social a lo largo de la historia, por lo que requiere de una mayor protección por parte del Estado. Así lo puntualizó la Corte Constitucional en sentencia T-804 de 2014, al señalar que:

“Las personas transgeneristas, según fue mencionado, hacen parte de un grupo sometido a un ‘patrón de valoración cultural que tiende a menospreciarlo’, sujeto de mayores exclusiones sociales de las que sufren los demás pertenecientes a la población LGBTI, y por lo mismo, merecen una

⁵ Documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos”. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013. Pág. 3. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

⁶ Documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” suscrito por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-. Citado en la sentencia T-804 de 2014.

⁷ Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012. Citado en la sentencia T-804 de 2014.



mayor protección por parte del Estado. Precisamente, estas personas expresan su identidad de género de una forma que supone una mayor manifestación hacia la sociedad, generalmente a través de transformaciones físicas, lo que ha generado que se encuentren mayormente expuestos a prejuicios sociales y actos discriminatorios.

Bajo esa premisa, considera este Tribunal que los jueces de tutela deben ser especialmente cuidadosos en el análisis de esta clase de asuntos y propender por proteger, en mayor medida, al menos fuerte en la relación o a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Ahora bien, como se ha expuesto en otras decisiones, lo anterior es una tendencia que no puede llevar a la premisa de que toda medida restrictiva, resulte per se irremediamente segregativa o sospechosa. Por el contrario, lo que quiere significar esta Corporación, es que debe recordarse cuantas veces sea necesario a los particulares, a las autoridades y a la comunidad en general, que no son admisibles, por ningún motivo, aquellos tratos discriminatorios en contra de cualquier persona por su orientación sexual o identidad de género diversa.”

Por eso el análisis de este caso debe hacerse teniendo en cuenta esa variable, como bien lo hizo la jueza de primer grado, considerando, desde luego, las pruebas recaudadas y el principio de buena fe (C. Pol., art. 83), sin que al escrutinio del mérito de la pretensión pueda oponerse la subsidiariedad que caracteriza la tutela, pues si bien es cierto que existe otro medio de defensa judicial (proceso ante los jueces laborales), no lo es menos que la vulneración del derecho de la accionante -como mujer transgénero- es tan ostensible, que en atención a esta circunstancia y a la necesidad de brindarle mayor protección, luce innegable la ineficacia del mecanismo común (Dec. 2591, art. 6, num. 1), tanto más si se repara en el efecto suspensivo que acompaña los recursos ordinarios y extraordinarios que pueden interponerse contra las sentencias de los jueces laborales.

Tampoco es oponible la regla de inmediatez, dados el último pronunciamiento de Colpensiones (26 de noviembre de 2019), la fecha en que se presentó la



demanda de amparo (12 de agosto de 2020), las dificultades que ha generado el aislamiento obligatorio y, principalmente, que la vulneración de los derechos de la accionante, ligados a su dignidad humana, se ha venido perpetuando.

3. Pues bien. Con estas breves reflexiones se advierte, tras la revisión de las pruebas allegadas por las partes, (i) que la accionante nació el 20 de septiembre de 1958, habiendo sido registrado su nacimiento en la Notaría 14 de Bogotá, bajo el indicativo serial No. 0347057, con el nombre de José Fredy Herrán Vargas, el cual fue reemplazado posteriormente mediante escritura pública No. 1555, de 22 de agosto de 2007, por el de Helena Herrán Vargas; (ii) que el 25 de octubre de 2016, ella realizó el cambio de la casilla correspondiente al sexo de su registro civil de nacimiento, de “masculino” a “femenino”, por lo que de ahí en adelante “y para todos los efectos públicos y privados su nombre completo será **HELENA HERRÁN VARGAS** de sexo **FEMENINO**”, como consta en el instrumento público No. 2366 de esa misma fecha; (iii) que la señora Vargas solicitó ante el Fondo accionado el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero el 11 de julio de 2018, mediante Resolución No. SUB 185108, fue negada so pretexto de que el cambio de sexo no tenía implicaciones pensionales, por lo que debía cumplir con el requisito de la edad asignada para los hombres, esto es, 62 años, y (iv) que a través del acto administrativo No. SUB 227167, de 28 de agosto de esa anualidad, Colpensiones rechazó los recursos de reposición y apelación propuestos por la accionante, por extemporáneos [omisión que no afecta la pretensión puesto que no se trata de medios de defensa judicial], y reiteró que si bien es cierto que cuenta con 1.982 semanas cotizadas, no lo es menos que “no logra acreditar el requisito mínimo de edad para el año 2018”.



En síntesis, la demandante es mujer. Lo dice el registro de su estado civil, que refleja “su situación jurídica en la familia y la sociedad”, determinando, por tanto, “su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones”, siendo, por lo mismo, “indivisible, indisponible e imprescriptible...” (Dec.ley 1260 de 1970, art. 1). Que al nacer hubiese sido identificada como “hombre”, por razones anatómicas, no determina indefectiblemente su identidad de género y mucho menos su dignidad como ser humano. Para la ley, en la hora actual, es mujer, pues se plegó a los dictados del Decreto Ley 1260 de 1970, artículos 91 y 95, reglamentados por el Decreto 1069 de 2015, adicionado por el 1227 de ese mismo año, por manera que no puede tratársele como hombre para unos asuntos y como mujer para otros. Nada más contrario al derecho de igualdad (C. Pol., art. 13) y a la garantía de no discriminación (sancionada por la ley 1482 de 2011, con la modificación de la ley 1752 de 2015), máxime si se repara en la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2008, la cual “exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.”⁸ El adjetivo, entonces, ni quita ni pone ley.

Por eso la Corte Constitucional, en un caso ciertamente disímil al propuesto en esta oportunidad, pero aplicable en sus razonamientos, puntualizó que “Las personas con identidad transgenerista no deben ser sometidas a restricciones para el ejercicio de derechos derivados de su identidad, es decir, por asumir su forma de ser como expresión legítima y constitucional de su identidad y libre autodeterminación. Tampoco pueden las autoridades hacer

⁸ https://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_UNU.pdf



caso omiso de la identidad de la persona, y en este caso, de la identidad de género asumida por la accionante y exigir sin evaluar su aplicabilidad, un requisito aplicable por disposición del artículo 36 de la Ley 48 de 1993 a los varones, género que no corresponde a la identidad construida por la actora. Si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse”⁹ (se subraya).

4. Luego Colpensiones no podía tratar a la señora Herrán como hombre, siendo ella mujer, específicamente para exigirle el cumplimiento del requisito de edad que la ley de pensiones reclama para los primeros, en lo tocante a la prestación por vejez. Al proceder del modo en que lo hizo, no sólo vulneró su dignidad humana, sino también sus derechos de identidad sexual, igualdad y seguridad social, por lo que, en lo basilar, fue correcta la decisión de la jueza de primera instancia, que merece confirmación.

Tan sólo se modificará el numeral tercero, para precisar el funcionario responsable, así como advertir que la respuesta de Colpensiones debe ser de fondo (no lo precisa el mandamiento proferido) y en el sentido que legalmente corresponda, obviamente con miramiento en los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión de vejez a una mujer.

El numeral cuarto será revocado puesto que, en sede de tutela, no es posible disponer el pago de la señalada prestación, menos aún si la misma juzgadora emitió una orden condicionada.

⁹ Sentencia T-476 de 2014.



5. Sólo resta decir que en modo alguno se puede alegar que la tutela debe negarse para proteger el patrimonio del Fondo accionado, pues si la accionante, como mujer, tiene derecho a la pensión de vejez (en tanto cumpla los demás requisitos legales), es obligación de Colpensiones satisfacer esa prestación (ley 100 de 1993).

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** los numerales 1º, 2º, 5º y 6º de la sentencia de 26 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito de la ciudad dentro de la acción de tutela de la referencia, **revoca** su numeral 4º, y **modifica** el numeral 3º, que quedará así:

“TERCERO: Ordenar al Subdirector de Determinación de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, resuelva de fondo y en el sentido que legalmente corresponda, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Helena Herrán Vargas, aplicando los requisitos previstos en la ley para que una mujer pueda acceder a esa prestación, precisándole que, en ningún caso, puede hacer distinciones por razón de su identidad de género”

Remítase el expediente a la Corte Constitucional, para lo de su cargo.

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

NOTIFÍQUESE,


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado

Adriana Ayala Pulgarin.

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

7cfdb36fdaaffc540e9361b2f1422f0fda3a514656a469db9e4bba6fc4a0e753

Documento generado en 10/09/2020 03:30:26 p.m.