

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGENERO EN PROCESOS DE REAFIRMACION SEXUAL- Acceso integral a los servicios y tecnologías en salud que se requieran en tratamiento de afirmación de identidad sexual y de género

DERECHO AL DIAGNÓSTICO EN PROCESO DE REAFIRMACIÓN SEXUAL- Vulneración por falta de valoración oportuna, eficaz e integral

(...) la entidad accionada impuso una serie de obstáculos de orden administrativo que derivaron en que el servicio de salud prestado no fuera oportuno y eficaz, desconociendo abiertamente la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Además, no realizó una evaluación integral de la situación de la accionante en la medida en que no realizaron un análisis coordinado por parte de los profesionales de la salud que hicieron su atención inicial.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA PROTECCION DE LA IDENTIDAD DE GENERO-
Procedencia

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA- Inexistencia para el caso

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA- Derecho a gozar de un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel más alto posible

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGENERO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGENERO-Tratamiento para procedimiento de afirmación de identidad sexual y de género

(...) la completa garantía de los derechos a la identidad de género y a la salud de las personas transgénero que buscan iniciar su proceso de afirmación de sexo implica que: (i) los servicios de salud previamente prescritos por el especialista de la salud, se presten de manera oportuna, eficaz e integral; (ii) no se impongan obstáculos de carácter administrativo que impidan al sujeto manifestar su identidad de género, desarrollar su plan de vida y llevar a buen término el proceso de afirmación de sexo; (iii) no se consideren los procedimientos médicos ordenados por los profesionales de la salud que tengan como fin lograr la afirmación, como si estos fueran de carácter simplemente estético, y (iv) no se pierda de vista que el diagnóstico de estas personas es de gran importancia, porque tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a ser informadas sobre los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación, en el marco del derecho al diagnóstico.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Está compuesto por tres etapas: identificación, valoración y prescripción/DERECHO AL DIAGNOSTICO EN LOS PROCESOS DE REAFIRMACION SEXUAL

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO-Alcance y contenido/DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DE GENERO-Ámbito de protección

ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO-Diferencias

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se realizó procedimiento de afirmación de identidad sexual y de género

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Accionada dio respuesta de fondo al derecho de petición, antes de la expedición del fallo de instancia

DERECHO AL DIAGNOSTICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA SALUD-Necesidad de orden del médico tratante para acceder a servicios o tecnologías en salud

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Sexta de Revisión

SENTENCIA T-199 DE 2023

Referencia: Expediente T-8.699.661

Revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la solicitud de tutela presentada por Paula en contra EPS

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali el 27 de enero de 2021, y en segunda instancia, por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali el 11 de marzo de 2022, dentro del proceso de la referencia¹, previas las siguientes consideraciones.

Aclaración preliminar

La Sala ha adoptado como medida de protección del derecho a la intimidad personal de la solicitante, la supresión de los nombres y demás datos que permitan su identificación. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de la corporación y a las autoridades judiciales de instancia guardar estricta reserva respecto de su identificación. En consecuencia, la accionante será identificada con las siglas Paula y la entidad accionada como la EPS.

I. ANTECEDENTES

A. Solicitud

B. Hechos relevantes

2. Paula, mujer transgénero, señala que se encuentra afiliada a la EPS, en calidad de cotizante independiente.

3. Manifiesta que desde el 2019 viene adelantando los trámites necesarios ante la mencionada EPS para la realización del proceso de afirmación sexual y de género. Sin embargo, a la fecha de la solicitud de tutela², no había logrado un resultado definitivo.

4. Afirma que los días 5 y 16 de diciembre de 2019 fue remitida por la EPS señalada a la IPS Fundación Valle del Lili “para ser atendida por su condición de mujer transgénero, en específico su tránsito sexual”³. No obstante, el médico tratante, especialista en endocrinología, no aceptó atenderla bajo el argumento de que en dicha clínica no se estaban realizando cirugías de “reasignación de genitales”⁴. En consecuencia, ordenó valoración por cirugía plástica para “afirmación de sexo”⁵ con el médico Álvaro Rodríguez (no indica en qué IPS).

5. Plantea que el 12 de mayo de 2020 la EPS la remitió nuevamente a la Fundación Valle del Lili. Sin embargo, el especialista en cirugía plástica que atendió su caso expuso que, para ese momento, el procedimiento solicitado no se estaba realizando en dicha IPS.

6. Señala que, posteriormente, el 9 de noviembre de 2020 y el 8 de abril de 2021, el endocrinólogo que estaba atendiendo su caso prescribió orden médica para remisión de la accionante al Hospital Universitario del Valle, bajo el argumento de que el procedimiento requerido solo se estaba realizando en dicha IPS.

7. Sostiene que el 10 de junio de 2021 fue atendida por un especialista en psiquiatría quien determinó que no había impedimento para el tratamiento quirúrgico solicitado y, en consecuencia, lo autorizó. La solicitante, sin embargo, no aclara en qué IPS fue atendida ni si esta se encuentra adscrita a la EPS accionada.

8. Afirma que, a pesar de haber solicitado en varias ocasiones su remisión a una IPS que cuente con los especialistas necesarios y en donde se pueda realizar la cirugía que está requiriendo, la EPS accionada insiste en enviarla a la Fundación Valle del Lili.

9. Adicionalmente señala que, el 25 de noviembre de 2021, solicitó concepto médico particular por parte de un “experto en cirugía de afirmación de género”⁶. Este determinó: “Paciente con INCONFORMIDAD Y DISFORIA DE GÉNERO en manejo multidisciplinario hace varios años, CUMPLE los requisitos de la organización mundial de profesionales para la salud transgénero para someterse a los procedimientos quirúrgicos de afirmación de género que en su caso particular son: VAGINOPLASTIA PARA TRANSFORMACIÓN DE GENITALES EXTERNOS DE HOMBRE A MUJER”⁷.

10. Con fundamento en el anterior concepto, el 30 de noviembre de 2021 presentó escrito de petición ante la EPS accionada con el fin de ser remitida a “un médico cirujano plástico

experto en cirugías de afirmación sexual y de género para continuar con su proceso médico y a su vez, que dicha entidad confirmara, descartara o modificara el concepto médico externo aportado”8. Sin embargo, señala que no obtuvo respuesta alguna.

11. Afirma que lleva más de dos años siendo sometida a toda clase de trabas y obstáculos administrativos por parte de la EPS, lo que afecta su derecho a la salud con enfoque diferencial como mujer transgénero.

12. Sostiene que, a pesar de contar con las órdenes médicas correspondientes, la entidad accionada la ha remitido en dos ocasiones a la Fundación Valle del Lili, IPS que no presta los servicios que requiere, situación que le ha impedido completar su tránsito sexual y su proyecto de vida9.

13. Con base en lo expuesto, la accionante solicita que se le tutelen los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la dignidad y a la “identidad sexual y de género”.

14. En consecuencia, que se ordene a la EPS: (i) autorizar el procedimiento de vaginoplastia para afirmación de género o transformación de genitales de hombre a mujer; (ii) remitirla a una IPS que se encuentre en condiciones de realizar el mencionado procedimiento quirúrgico, y (iii) brindar la atención integral requerida en relación con su tránsito sexual, sin que se impongan barreras injustificadas.

15. Adicionalmente, solicita que se ordene a la EPS responder la petición presentada el 30 de noviembre de 2021.

C. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

16. Mediante Auto del 17 de enero de 2022, el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali, resolvió admitir la solicitud de tutela y vincular a la Superintendencia Nacional de Salud, la Administradora de los Recursos Generales de la Seguridad Social en Salud -ADRES-, la Fundación Valle del Lili, el Hospital Universitario del Valle y la Clínica de Género del Hospital Universitario del Valle del Cauca. A su vez, correr el correspondiente traslado.

17. Igualmente, mediante Auto del 20 de enero de 2022, el citado juzgado procedió a vincular a las instituciones Oportunidad de Vida y Ciclo Vital Colombia, y a los médicos Andrés F. Marmolejo, adscrito a esta última, y Álvaro H. Rodríguez. Asimismo, ofició al Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali para que, además de pronunciarse sobre los hechos estudiados, allegara el fallo proferido dentro de la acción de tutela presentada por la solicitante en contra de la EPS accionada, radicada con el No. 2018-088-00, y remitiera copia de los incidentes de desacato iniciados por esta y resueltos por dicho juez.

La EPS

18. El representante legal para asuntos judiciales de la EPS, sostiene, en primer lugar, que la accionante está incurriendo en una actuación temeraria, toda vez que en 2018 ya había instaurado una tutela con las mismas pretensiones. Afirma que el Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, al resolver el asunto (4 de julio de 2018) ordenó¹⁰: “[...] asignar valoración por Junta Médica de Trastorno de identidad de género en aras de que a través de un equipo médico multidisciplinario compuesto por especialistas en endocrinología, psiquiatría, trabajo social, medicina familiar y demás necesarios, en un plazo de quince días [...] rinda informe en el cual se indique el tratamiento médico idóneo para trastorno de identidad de género que presenta la accionante, debiendo acatar las

recomendaciones emitidas por estos galenos y proceder a su autorización”¹¹.

19. En segundo lugar, aduce que posterior a la citada orden, se realizaron valoraciones por cirugía plástica en las que se determinó que la accionante no era candidata para la intervención de “cambio de género”. Esto teniendo como fundamento el concepto emitido por el especialista en psiquiatría, quien confirmó que la actora padece “esquizofrenia indiferenciada” con síntomas psicóticos activos.

20. Señala que, si bien la solicitante afirma que desde 2019 no ha obtenido respuestas sobre el procedimiento solicitado, lo cierto es que en 2020 asistió a controles con el especialista en endocrinología pediátrica, quien, el 9 de noviembre de 2020, informó que este se limita al manejo hormonal y que dependiendo de los conceptos emitidos por cirugía plástica y psiquiatría se define si la accionante es candidata para el manejo quirúrgico o no. A su vez, señala que ese mismo galeno, en control del mes de noviembre de 2021, le generó orden para valoración por la Clínica del Trastorno de Identidad de Género.

21. En tercer lugar, indica que si bien en la solicitud de tutela se afirma que el 10 de junio de 2021 fue atendida por un especialista en psiquiatría y que este dictaminó que actualmente no hay impedimento para el tratamiento quirúrgico que solicita, lo cierto es que dicho concepto no demuestra cual es el estado actual de la salud mental de la accionante. Esto, aunado a que en la actualidad no existe orden médica para la realización del procedimiento requerido por parte de un profesional adscrito a la EPS.

22. Adicionalmente, sostiene que según el último soporte de control con psiquiatría, realizado el 29 de diciembre de 2021, se evidenció que el especialista determinó que la accionante tiene el “JUICIO Y RACIOCINIO DISMINUÍDOS con pensamientos ilógicos e incoherentes”¹². También, que luego del respectivo examen se constató que la accionante padece alucinaciones y su sensopercepción se encuentra alterada. Agrega que actualmente recibe

medicamentos antipsicóticos como risperidona y clozapina.

23. En razón de lo anterior, insiste en que no existe vulneración de los derechos de la solicitante por parte de la EPS que representa, pues además de configurarse la temeridad, se advierte que diferentes especialistas descartaron a la accionante como candidata para el procedimiento que solicita, pues no se encuentra en pleno uso de sus capacidades mentales para tomar dicha decisión. Asimismo, reitera que la accionante no cuenta con una orden médica dictada por profesionales adscritos a la entidad que prescriban el “cambio de género”, pero que ella continúa asistiendo a médicos particulares que acceden a su solicitud sin que dicho procedimiento sea pertinente, debido a la situación ya expuesta.

24. En consecuencia, pide que se declare la improcedencia de la solicitud de tutela.

25. Posteriormente, en la ampliación a la contestación de la solicitud de tutela, el representante legal para asuntos judiciales de la EPS manifestó que el 20 de enero de 2022, se dio respuesta a la petición presentada por la accionante el 30 de noviembre de 2021. En esta se le indicó que la entidad no está facultada para autorizar procedimientos que no hayan sido prescritos por profesionales adscritos a su red de servicios. A su vez, que de acuerdo con el último control de psiquiatría, la paciente aun presenta alteración de la percepción de la realidad, con alucinaciones vigentes, entre otras afecciones mentales. Así, la institución de salud consideró que el procedimiento solicitado conlleva un riesgo para la accionante.

26. Adicionalmente, sostiene que también se configura una carencia actual de objeto, dado que la EPS no ha vulnerado los derechos de la paciente.

27. Por otra parte, reitera los siguientes argumentos:

(i) Al no existir orden médica que prescriba el procedimiento solicitado por la accionante, la EPS no se encuentra facultada para autorizarlo, pues es el médico tratante el llamado a evaluar si el paciente requiere o no un servicio. En ese orden, afirma que el juez no puede reemplazar el criterio del profesional en salud.

(ii) Las decisiones de los jueces de tutela hacen tránsito a cosa juzgada. Al respecto, recuerda que este asunto ya fue resuelto por el Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali. Por lo tanto, considera que acudir nuevamente a esta acción constitucional implica un abuso del derecho por parte de la solicitante, aunado a que este no es el medio para exigir el cumplimiento de un fallo judicial.

(iii) La pretensión de la solicitud conlleva un riesgo para la accionante, pues no se tiene certeza sobre su deseo consciente y libre de cualquier influencia debido a su antecedente psiquiátrico. Bajo ese orden, sostiene que no es posible asegurar que la paciente vaya a lograr una mejoría en su estado mental y emocional y, por el contrario, se puede causar un daño irreversible dada la naturaleza de la cirugía que se solicita.

Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” E.S.E.

28. La apoderada del Hospital Universitario del Valle solicita su desvinculación del proceso de tutela, bajo el argumento de que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales de

la accionante.

29. Como fundamento de lo anterior, en primer lugar, expone que revisado el histórico de atención a pacientes, cada vez que la accionante ha requerido asistencia médica, contando con la autorización de la EPS a la que se encuentra afiliada, esta ha sido garantizada de manera satisfactoria.

30. En segundo lugar, explica que, según el certificado emitido por la “oficina de programación quirúrgica”, a la fecha no están realizando el procedimiento denominado vaginoplastia para “afirmación de género” o de transformación de genitales de hombre a mujer.

31. Finalmente, afirma que es deber de la respectiva EPS garantizar la prestación integral de los servicios médicos requeridos por los usuarios. Así, luego de citar las normas y la jurisprudencia sobre la materia, expone que es a la entidad accionada a la que le corresponde expedir las respectivas autorizaciones conforme con las recomendaciones de los médicos tratantes y luego definir a que IPS remite a sus afiliados.

Superintendencia Nacional de Salud

32. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante la Subdirección de Defensa Jurídica de la entidad, sostiene que son las EPS las encargadas de prestar un servicio de salud integral a los usuarios del sistema. Así, luego de referirse a las normas sobre la materia, relacionadas con la protección de la salud mental de las personas, sostiene que en caso de conflicto entre el paciente y la EPS siempre debe prevalecer el concepto del médico tratante, dado que este obedece a la enfermedad o síntomas que padece el paciente y a la formación y

conocimientos del galeno.

33. En ese sentido, indica que la autonomía del profesional de la salud debe ser respetada y en caso de que este considere que los servicios ordenados se ajustan a la necesidad del paciente, la EPS debe garantizar el servicio bajo estándares de oportunidad, accesibilidad y eficiencia.

34. De conformidad con lo expuesto, cita un concepto emitido el 22 de octubre de 2012 en el que se desarrolla la prohibición de imponer trabas administrativas que impidan el acceso efectivo a los servicios de salud. Dicho pronunciamiento establece: “Es importante tener en cuenta que dentro de la eficiencia se encuentra la continuidad del servicio. De esta manera, no puede dilatarse, de manera injustificada, el tratamiento o procedimiento en materia de salud porque no sólo se quebranta[n] de esta manera las reglas rectoras del servicio público esencial de salud, sino también los principios de dignidad humana y solidaridad que pueden configurar un trato cruel para la persona que demanda el servicio, hecho que prohíbe el artículo 12 de la Carta Fundamental”¹³.

35. Finalmente, solicita su desvinculación del proceso dado que, a su juicio, no existe legitimación en la causa por pasiva de la entidad.

Fundación Valle del Lili

36. El representante legal suplente para asuntos procesales de la Fundación Valle del Lili manifiesta que una vez realizada la verificación de datos, se corroboró que la accionante fue atendida por última vez el 8 de abril de 2021, por la especialidad de endocrinología bajo cubrimiento de la EPS.

37. A su vez, afirma que luego de consultar con la clínica de género de la entidad se confirmó que, para ese momento, la IPS no realizaba la cirugía de “reasignación de sexo” pues no cuenta con el personal ni los insumos requeridos para este tipo de procedimientos.

38. Finalmente, solicita su desvinculación del proceso de tutela en virtud de que lo pretendido por la accionante es una obligación que recae sobre la EPS accionada. En consecuencia, estima que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali

39. El señalado juzgado allegó el fallo de tutela del 4 de julio de 2018, mediante el cual concedió el amparo de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la vida en condiciones dignas de Paula en contra de la EPS

40. En esa oportunidad, la pretensión de la accionante consistió en que se ordenara a la EPS autorizar el procedimiento de transición de género y se realizara “la cirugía denominada vaginoplastia y la terapia de reemplazo hormonal que requiere su nueva identidad, autorizando además, el conjunto interdisciplinario necesario para dicho procedimiento”¹⁴.

41. Así, el juzgado en cuestión ordenó a la entidad accionada que “proceda a asignar valoración por Junta de Trastorno de identidad de género en aras de que a través de un equipo médico multidisciplinario compuesto por especialistas en endocrinología, psiquiatría, trabajo social, medicina familiar y demás necesarios, en un plazo de quince días a partir de la notificación de esta sentencia, este equipo rinda un informe en el cual se indique el tratamiento médico idóneo para trastorno de identidad de género que presenta la

accionante, debiendo acatar las recomendaciones emitidas por estos galenos y proceder a su autorización”15.

42. De lo allegado por el juzgado se advierte que, el 28 de abril de 2020, este resolvió un incidente de desacato promovido por Paula en contra de la EPS. Según se señala en la providencia, la accionante consideró que el fallo del 4 de julio de 2018 no se cumplió porque, si bien se habían emitido algunas autorizaciones, aun no se concretaban los servicios de valoración por psicología, psiquiatría y endocrinología. Además, fue remitida a la Fundación Valle del Lili sin tener en cuenta que dicha IPS no tiene la capacidad para llevar a cabo el procedimiento de vaginoplastia, pues la única clínica que lo puede realizar es la del “Dr. Alvaro (sic) H. Rodríguez”16.

43. El citado juzgado resolvió sancionar a la persona encargada del cumplimiento de los fallos de tutela de la EPS, al considerar que si bien esta última sostuvo que acataron la orden impartida, puesto que la accionante fue valorada por un cirujano plástico de la clínica Imbanaco y este determinó que no era recomendable un manejo quirúrgico de la situación debido a las afecciones de salud mental de la paciente, lo cierto es que lo resuelto en el fallo del 4 de julio de 2018 se orientaba a que ella fuera evaluada y examinada por un equipo multidisciplinario y no por un solo profesional, como en este caso ocurrió.

44. En sede de consulta, mediante providencia del 11 de mayo de 2020, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Cali resolvió revocar la sanción antes expuesta. Lo anterior al considerar que el juez de primera instancia no valoró la totalidad de las pruebas allegadas por la EPS y que demostraban que esta ha adelantado las acciones tendientes al cumplimiento de la sentencia de tutela, a saber: (i) valoración por parte de la junta médica el 21 de agosto de 2018, conformada por especialistas en endocrinología pediátrica, psicología y medicina general, en la que se determinó que la paciente tiene un “trastorno de identidad de género”, por lo que iniciaron una serie de procedimientos como bloqueo hormonal, seguimiento por psiquiatría, pruebas cognitivas y psicoterapia individual. (ii) Valoración por especialista en cirugía plástica el 10 de marzo de 2020, en la que se concluyó que la accionante no era candidata para manejo quirúrgico. Y (iii) autorización para control de

psiquiatría el 21 de mayo de 2020 y para psicología el 30 de junio de ese mismo año, en la Fundación Valle del Lili.

45. Con base en lo expuesto, el juez encargado de resolver la consulta concluyó que el fallo de tutela del 4 de julio de 2018 se había cumplido. A su vez, solicitó a la EPS continuar con la autorización de los servicios médicos que requiera la accionante y que sean prescritos por los galenos tratantes a fin de dar continuidad a su tratamiento, “en la que se debe emitir un informe de su evolución y el manejo a seguir”¹⁷.

Oportunidad de Vida IPS

46. La representante legal de la IPS Oportunidad de Vida S.A.S. manifestó que actualmente es la prestadora de servicios de salud mental para los usuarios de la EPS accionada.

47. En relación con el caso de la accionante, sostiene que la última valoración realizada fue el 29 de diciembre de 2021 por el psiquiatra Jesús Jahir Molinares, quien registró como signos de alarma: “juicio disminuido; sensorio; alucinaciones; paciente que ha presentado alteraciones en su parte afectiva y emocional”¹⁸.

48. Además afirma que la accionante se encuentra recibiendo el tratamiento requerido para atender sus afecciones de salud mental, y anexa la respectiva historia clínica con fecha de impresión del 21 de enero de 2022, en la que se evidencia un diagnóstico y motivo de consulta principal por esquizofrenia indiferenciada.

49. Las demás entidades vinculadas guardaron silencio.

D. Decisiones judiciales que se revisan

Sentencia de primera instancia

50. El Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali, mediante Sentencia del 27 de enero de 2021, resolvió “negar” el amparo solicitado. Lo anterior porque, a su juicio, la tutela es “improcedente” debido a que no existe orden médica emitida por un profesional adscrito a la EPS accionada para la realización del procedimiento quirúrgico que requiere la solicitante. Asimismo, afirma que la entidad accionada demostró que la paciente ha sido atendida por IPS pertenecientes a su red de instituciones y quienes han determinado que la cirugía en cuestión no se puede llevar a cabo debido a la situación de salud mental de Paula.

51. Así, sostiene que en este caso no se puede hablar de negación del servicio porque las ordenes médicas que autorizan el procedimiento reclamado provienen de galenos particulares, y estas no han sido avaladas por la EPS accionada. Afirma que, por el contrario, esta última ha velado por el bienestar y la salud de la accionante si se tiene en cuenta, además, que viene cumpliendo con lo ordenado en el fallo de tutela del 4 de julio de 2018.

52. Adicionalmente, aduce que la accionante no actuó con temeridad “por cuanto si bien, lo que pretende en esta solicitud de tutela, es que se ordene el procedimiento quirúrgico de VAGINOPLASTIA PARA AFIRMACIÓN DE GÉNERO o TRANSFORMACIÓN DE GENITALES DE HOMBRE A MUJER, el cual no fue citado en el fallo de tutela No. 090 del 14 de julio de 2018, este procedimiento hace parte de las valoraciones clínicas ordenadas en el mismo y que van a concluir con esta pretensión quirúrgica, teniéndose por ello, un desconocimiento por parte de la [accionante], de que no existe la necesidad de acudir nuevamente al juez de tutela, sino a la acción de incidente de desacato, si fuere el caso. Pero lo que tenemos es que por su

estado de salud a la fecha no existe orden de galeno tratante frente al procedimiento clínico reclamado"19 mayúsculas originales).

Impugnación

54. Inconforme con lo resuelto en primera instancia, la accionante impugnó la decisión. Esto bajo el argumento de que no se estudiaron en conjunto todos los elementos de prueba que fueron allegados al trámite de tutela, ni los hechos nuevos que se han presentado, además de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra.

55. En línea con lo expuesto, sostiene que no es cierta la afirmación realizada por la EPS según la cual al ser confirmado su diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada no era candidata para la intervención quirúrgica solicitada. Aduce que dicha afección no es nueva, pues la padece hace mucho tiempo, y que ha sido controlada en los últimos años debido a citas de rutina y control con los respectivos especialistas. En esa medida, expone que dicha enfermedad no puede ser utilizada como un obstáculo para realizar la operación requerida.

56. Sostiene que, en efecto, el 10 de junio de 2021 el doctor Andrés Marmolejo, adscrito a la entidad accionada, conceptuó que no había impedimento para el tratamiento quirúrgico en cuestión y por lo tanto lo autorizaba. En ese orden, indica que si bien dicha autorización debe ser actualizada, la solución no puede ser negar el servicio pretendido, sino ordenar una nueva valoración para determinar si actualmente se cumplen con los requisitos necesarios para llevar a cabo el procedimiento.

57. Afirma que es cierto que el 29 de diciembre de 2021 asistió a consulta con un especialista en psiquiatría. Sin embargo, en esta se evaluó su diagnóstico de esquizofrenia y

no la disforia de género, considerando que es esta última la que permite determinar la necesidad del procedimiento quirúrgico. A pesar de lo expuesto, aduce que este último control fue utilizado por la EPS para imponer más obstáculos y tergiversar la información de su historia clínica, con el objetivo de hacer ver que ella no es candidata para la cirugía que reclama.

58. En relación con la solicitud de tutela resuelta el 4 de julio de 2018, sostiene que en la actualidad se presentan hechos nuevos que no fueron analizados en esa oportunidad, como, por ejemplo, la autorización para la cirugía expedida por el médico psiquiatra el 10 de junio de 2021; las remisiones a la Fundación Valle del Lili para ser atendida por “un equipo capacitado”, lo cual no ha ocurrido, y el concepto médico de un profesional particular que, según la jurisprudencia constitucional, debe ser confirmado o descartado por la EPS con base en argumentos científicos, lo que tampoco ha sucedido. Afirma, además, que lo único que se ha hecho es una interpretación equivocada de su historia clínica por parte del apoderado de la entidad accionada.

59. En coherencia con lo anterior, aduce que a pesar de haber instaurado un incidente de desacato los jueces del asunto decidieron que la orden dada en 2018 ya se había cumplido. Sin embargo, afirma que luego de cuatro años sus derechos fundamentales continúan siendo vulnerados, pues no ha logrado completar su proceso de tránsito sexual y de género el cual debe culminar con la cirugía de afirmación respectiva.

60. Finalmente, indica que si bien la accionada respondió la petición presentada el 30 de noviembre de 2021, la contestación no fue de fondo. Explica que en la solicitud se pretendía que se confirmara o descartara el concepto del médico particular en el cual se autorizaba su cirugía. No obstante, este no fue analizado bajo argumentos razonables o científicos, pues la EPS se limitó a hacer referencia a su última valoración por psiquiatría, que no analizó su disforia de género, sino que se refirió a su diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada.

61. Insiste en que no acudió a un médico particular por capricho, sino que fue la negligencia de la EPS la que la obligó a ello, porque desde el 12 de mayo de 2020 esta se ha negado a remitirla con un profesional que pueda brindarle la atención requerida.

Sentencia de segunda instancia

62. Mediante Sentencia del 11 de marzo de 2022, el Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali resolvió confirmar la decisión de primera instancia, con el argumento de que no existía orden médica emitida por algún profesional adscrito a la EPS accionada para la práctica de la cirugía solicitada por la accionante.

63. De un lado, sostiene que sin la orden médica no es posible acceder a la pretensión de la tutela, pues el juez no debe usurpar las funciones y facultades de los galenos tratantes. De otro lado, afirma que en el resolutivo de la primera tutela instaurada por la accionante se determinó que esta debe acatar las recomendaciones establecidas por los médicos adscritos a la EPS, cuya junta multidisciplinaria resolvió que la paciente no era candidata para la intervención solicitada. Esto teniendo en cuenta que a la petición de tutela se allegaron conceptos de profesionales que no pertenecen a la red de servicios de la entidad solicitada y que no se han referido al diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada que padece la accionante.

64. Finalmente, en relación con el escrito de petición presentado el 30 de noviembre de 2021, aduce que este fue contestado el 20 de enero de 2022 vía correo electrónico.

II. ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

65. Mediante Auto del 5 de septiembre de 2022, la Sala de Revisión consideró necesario recaudar algunas pruebas con el fin de verificar los supuestos de hecho que originaron la presente solicitud²⁰. Adicionalmente, suspendió los términos del proceso.

66. Vencido el término otorgado para allegar lo solicitado, el 4 de noviembre de 2022²¹, la Secretaría de esta corporación remitió al despacho oficio en el que informó que se habían recibido los escritos de la Fundación Valle del Lili, la apoderada de la accionante y la EPS en respuesta al Auto del 5 de septiembre de 2022.

Fundación Valle del Lili

67. El representante legal para asuntos procesales de la Fundación Valle del Lili manifiesta que el procedimiento quirúrgico denominado “Transformación de genitales externos para afirmación de sexo” no se realiza en la institución. Por lo tanto, plantea que se hace necesario encontrar otro prestador de servicio para llevarlo a cabo.

Apoderada de la accionante

68. Informa que luego de ser valorada nuevamente por distintos especialistas²², el procedimiento de vaginoplastia para afirmación de género solicitado por su representada se había realizado el 1 de septiembre de 2022 en la IPS Tomás Uribe Uribe por el cirujano plástico Álvaro Hernán Rodríguez Rodríguez, médico adscrito a la EPS.

69. Puso de presente que si bien en este caso se puede configurar un hecho superado, considera pertinente que la Corte se pronuncie respecto de la posibilidad de que personas transgénero que padecen trastornos psiquiátricos de base puedan acceder a los servicios médicos necesarios para garantizar su derecho a la identidad sexual y de género, siempre que cuenten con el aval de los médicos tratantes. Esto con el fin de que las EPS no utilicen este último diagnóstico como argumento para imponer obstáculos que impidan la prestación de los servicios solicitados.

71. Igualmente, considera necesario que se aclare a la EPS accionada que el derecho a la identidad de género de la solicitante no se agota con la realización de la cirugía solicitada en esta tutela, sino que además se debe garantizar su tratamiento integral, en el entendido de permitir el acceso a todos aquellos servicios de salud que requiera en el marco de su proceso de afirmación de sexo.

La EPS

72. El representante para asuntos judiciales de la entidad accionada, luego de relacionar la misma información allegada en la respuesta a la solicitud de tutela, señala que en junio de 2022 la accionante fue valorada por la especialidad de “trabajo social”, sexología y psicología. También, manifiesta que el 3 de agosto de ese mismo año procedieron a autorizar el procedimiento de transformación de genitales externos de hombre a mujer en el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe. Precisa que se constató que el 1 de septiembre de 2022

la paciente fue ingresada para manejo prequirúrgico. Finalmente, afirma que mediante llamada telefónica esta confirmó que la cirugía en cuestión se había llevado a cabo.

73. Como última cuestión, expone que les llama la atención el hecho de que la accionante desde el mes de marzo de 2022 no haya asistido a los controles con psiquiatría, pues dicha situación puede poner “en riesgo su enfermedad psiquiátrica de EZQUIXOFRENIA (sic)”²³.

III. CONSIDERACIONES

A. Competencia

74. Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Planteamiento del problema jurídico

75. Como ya se dijo, el fallo de tutela de segunda instancia confirmó la decisión de primera instancia, en el sentido de negar el amparo solicitado por considerar que no existía orden médica emitida por un profesional adscrito a la EPS accionada para la realización del procedimiento quirúrgico pretendido por la accionante.

76. Cabe precisar que de los hechos, las pretensiones formuladas y las pruebas a que se hace referencia en el acápite de antecedentes, es posible concluir que los principales derechos cuya protección pretende la accionante son la salud, la identidad de género y el de petición.

77. En ese orden, la Sala revisará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela y, enseguida, si los fallos proferidos dentro del proceso de tutela promovido por Paula en contra de la EPS deben ser confirmados por estar ajustados a derecho o revocados por carecer de fundamento, en los términos de los artículos 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

78. Para ello examinará si la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales de la solicitante a la salud, en su dimensión de diagnóstico, y a la identidad de género, al negarle el procedimiento de vaginoplastia para “afirmación de género” o transformación de genitales externos de hombre a mujer, bajo el argumento de la inexistencia de orden médica que prescribiera la cirugía. Así mismo, indagará si la EPS incurrió en mora o negligencia al no autorizar los servicios requeridos en el marco del proceso de afirmación de sexo de la accionante. También, estudiará si se presentó una vulneración del derecho de petición, en relación con la solicitud presentada el 30 de noviembre de 2021 por la accionante ante la EPS.

79. Para dar respuesta a tales cuestiones la Sala analizará (i) el derecho a la salud de las personas transgénero; (ii) el derecho al diagnóstico de las personas transgénero; (iii) la identidad de género y su protección constitucional, y (iv) la jurisprudencia de la Corte en relación con la carencia actual de objeto. Finalmente, (v) se resolverá el caso concreto.

C. Examen de procedencia de la acción de tutela

80. Para la Sala en el presente caso se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) legitimación en la causa, por activa y por pasiva; (ii) subsidiariedad, e (iii) inmediatez. Adicionalmente, no se configura la cosa juzgada constitucional ni una actuación temeraria de la accionante.

Legitimación en la causa

81. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución establece que la solicitud de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

82. Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991²⁴ señala que “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.

83. La solicitud de tutela en el presente caso fue presentada por Paula, mediante apoderada, como titular de los derechos fundamentales a la salud y a la identidad de género cuya protección reclama.

84. Legitimación en la causa por pasiva. El mismo artículo 86 de la Constitución y los artículos 1 y 5 del Decreto 2591 de 1991 establecen que la solicitud de tutela procede contra cualquier autoridad e, incluso, contra particulares en los casos que establezca la ley²⁵. Así, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la persona llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental.

85. En el caso objeto de análisis, se advierte que la EPS, que es la entidad a la que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, está legitimada en la causa por pasiva en la medida en que administra los recursos del sistema general de seguridad social en salud y autoriza el acceso a los servicios médicos. Esto, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 199126.

86. Las demás entidades que fueron vinculadas al proceso, por el contrario, no son responsables de autorizar los servicios de salud que se pretenden en esta oportunidad. Por lo tanto, serán desvinculadas de este proceso.

Subsidiariedad

88. Así, en lo que tiene que ver con el derecho fundamental a la salud, es preciso recordar que el artículo 41 de la Ley 1122 de 200727, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, le otorgó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud (SNS) con el fin de resolver aquellas controversias que surjan entre las EPS y sus afiliados. Por lo tanto, en principio, la accionante podía acudir a este mecanismo para resolver el asunto que se plantea en la solicitud de tutela.

89. Sin embargo, no se debe perder de vista que la jurisprudencia constitucional también ha señalado que existen ciertos eventos en los cuales resulta desproporcionado exigir a la persona agotar este mecanismo, por ejemplo, cuando se trata de sujetos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o merezcan una especial protección constitucional²⁸.

90. En efecto, en la Sentencia SU-124 de 2018 la Sala Plena advirtió que el juez constitucional debe analizar la idoneidad y eficacia del mencionado mecanismo “con especial atención a las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto”. Con base en ello, concluyó que la tutela procede cuando, por ejemplo, (i) “[e]xista riesgo a la vida, la salud o la integridad de las personas”; (ii) “[l]os peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional”; (iii) “[s]e configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional”, y (iv) “[s]e trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet”²⁹.

91. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala constata que en el caso objeto de estudio la peticionaria, por su condición de salud, y en concreto su diagnóstico de disforia de género, se encuentra en situación de vulnerabilidad y merece una especial protección constitucional. Por lo tanto, atendiendo a las circunstancias en las que se encuentra la solicitante, se concluye que el mecanismo ante la SNS no resulta idóneo ni eficaz para resolver la controversia que ahora se estudia, sobre todo porque no solo está de por medio el derecho a la salud, sino también la garantía de la identidad de género.

Inmediatez

92. La acción tutela está instituida en la Constitución como un mecanismo expedito que busca garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

93. Así, uno de los principios que rigen la procedencia de la solicitud de tutela es la inmediatez. Lo anterior significa que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en

cualquier tiempo, su interposición debe hacerse dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia.

94. En el caso concreto, la solicitud de tutela fue repartida al juez de primera instancia el 14 de enero de 2022. Por su parte, la última actuación adelantada por la solicitante ante la EPS accionada fue el 30 de noviembre de 2021, que consistió en presentar un escrito de petición en el que pedía ser remitida a un profesional experto en cirugía de “afirmación de género”, para continuar su proceso, requerimiento que no obtuvo respuesta. Es decir, transcurrió aproximadamente un mes y medio entre la última actuación de la accionante y la presentación de la solicitud de amparo. Así las cosas, la Sala entiende cumplido el requisito de inmediatez al considerar que se trata de un término razonable y proporcionado.

Ausencia de cosa juzgada constitucional

95. Según lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, la existencia de cosa juzgada constitucional se predica en aquellos casos en los que se promueve un nuevo proceso de tutela con posterioridad a la ejecutoria de un fallo que resuelve el amparo constitucional y, entre los dos procesos, se presenta identidad de partes, de objeto y de causa³⁰. Con todo, este tribunal ha desvirtuado la configuración de la cosa juzgada cuando en el interregno de los dos procesos se presentan hechos nuevos³¹.

96. Como se mencionó en los antecedentes, en el 2018 el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali tramitó un proceso de tutela promovido por la accionante en contra de la EPS. Por tal motivo, corresponde verificar si en este caso se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. A continuación se relacionan las similitudes y diferencias del proceso de 2018 y el actual:

Proceso de tutela de 2018

Proceso de tutela que se estudia

Accionante: Paula.

Accionada: EPS.

Accionante: Paula.

Accionada: EPS

Solicitud

La accionante reclamó la tutela de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna³². Por lo tanto, solicitó que “se ordene a la EPS autorice la realización del procedimiento de transición de género realizando la cirugía denominada vaginoplastia y la terapia de remplazo hormonal que requiere su nueva identidad, autorizando además, el conjunto interdisciplinario necesario para dicho procedimiento”³³.

“Primero. Tutelar los derechos fundamentales de la Sra. Paula a la dignidad humana, vida, salud, identidad sexual y de género, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y derecho de petición vulnerados por la EPS

Segundo. Ordenar a la EPS que autorice y realice la remisión a una IPS con experiencia, experticia e idoneidad para realizar el procedimiento médico quirúrgico de vaginoplastia para afirmación de género o transformación de genitales de hombre a mujer [...]. Asimismo, brindar la atención integral requerida por Rosero Álvarez [...] a lo que atañe a su condición como mujer transexual y a su tránsito sexual y de género sin dilaciones o demoras injustificadas.

Tercero. Ordenar a la EPS responder en debida forma el derecho de petición recibido el 30 de noviembre de 2021 por medio de radicado No. 2021-4305-1637398”34 (negrilla original).

Fallo de primera instancia

En la Sentencia del 4 de julio de 2018, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali amparó los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y vida en condiciones dignas³⁵ de la accionante. Por lo tanto, ordenó a la EPS accionada a “asignar valoración por Junta de Trastorno de identidad de género en aras de que a través de un equipo médico interdisciplinario [...] rinda informe en el cual se indique el tratamiento médico idóneo para trastorno de identidad de género que presenta la accionante”³⁶.

Por medio de la Sentencia del 27 de enero de 2022, el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Oralidad de Santiago de Cali, Valle del Cauca, resolvió “no tutelar los derechos invocados por la accionante”³⁷. Esto, por tres razones. Primero, la accionante debe “plantear un incidente de desacato por no acatarse el fallo de tutela No. 090 del día 4 de julio de 2018”³⁸, que no interponer una nueva acción de tutela. Segundo, no procede la autorización del procedimiento médico en la medida en que “a la fecha no existe orden de galeno tratante frente al procedimiento clínico reclamado”³⁹. Tercero, “a la fecha del presente fallo el (sic) accionante ya cuenta con una respuesta de fondo al derecho de petición que pretende sea protegido en la presente acción constitucional”⁴⁰.

Incidente de desacato

Por medio del Auto del 28 de abril de 2020, el juzgado resaltó que “la actuación de los representantes de la EPS comporta un incumplimiento negligente de las órdenes vertidas en la providencia; situación ante el (sic) cual resulta válido el despliegue de los poderes disciplinarios del juez”⁴¹. Luego, impuso sanciones de arresto y multa “por haber incumplido la sentencia de tutela [...] del día 4 de julio de 2018”⁴².

No aplica.

97. Ahora, teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que ambos procesos tienen las mismas partes y pretenden la protección de los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad

humana por medio de la autorización del procedimiento de vaginoplastia. Sin embargo, se advierte que en este caso no se configura la cosa juzgada constitucional por las siguientes razones:

(i) En la solicitud de tutela que ahora se estudia la accionante pretende también la atención integral relacionada con su situación como mujer transexual y su tránsito sexual. Como se puede constatar, esto último no hizo parte de las pretensiones enunciadas en el 2018, y si bien el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali tuvo en cuenta el asunto al plantear el problema jurídico e hizo mención a la necesidad de garantizar dicha situación en la parte motiva de la providencia, no dictó orden alguna en ese sentido⁴³.

Ausencia de actuación temeraria

98. Según lo establece el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, la actuación temeraria se configura cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales. En dicho caso se deben rechazar o decidir desfavorablemente todas las solicitudes.

99. La jurisprudencia constitucional de manera reiterada ha señalado los aspectos que se deben identificar para que se configure la temeridad⁴⁴:

(i) Que se presente una identidad de procesos, esto es, que las acciones de tutela presentadas de manera simultánea o sucesiva tengan una triple identidad, a saber: que se trate de las mismas partes, se planteen los mismos hechos y se haga la misma petición.

(ii) Que el caso no sea uno de aquellos considerados como excepcionales que no constituyen una actuación temeraria, de acuerdo con lo señalado explícitamente por la ley o la jurisprudencia.

(iii) Que en caso de presentarse una solicitud de tutela que pretenda ser diferente a una anterior con la que guarda identidad (a partir de un desarrollo argumentativo diferente), el juez constitucional constate que en realidad los dos procesos tienen las mismas partes, se sustentan en las mismas razones y hacen la misma petición.

100. En relación con el primero se los aspectos señalados, esta Corte ha sostenido que el juez constitucional debe verificar la triple identidad entre las solicitudes de tutela instauradas. Bajo ese orden, se debe analizar si existe⁴⁵:

(i) Identidad de partes. Que las solicitudes de tutela se hayan presentado por la misma persona natural o jurídica o a través de su apoderado o representante y se dirija contra el mismo accionado.

(ii) Identidad de causa petendi. Que el ejercicio repetido de la acción de tutela se fundamente en los mismos hechos que le sirven de sustento.

(iii) Identidad de objeto. Que las solicitudes persigan la satisfacción de la misma pretensión o invoquen la protección de los mismos derechos fundamentales⁴⁶.

(iv) Ausencia de justificación en la presentación de la nueva solicitud, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del accionante⁴⁷. Respecto de este último presupuesto, esta

Corte ha precisado que debe presumirse la buena fe de los accionantes y en esa medida, “solo procederán las sanciones en caso de que tal presunción sea desvirtuada o se advierta dolo en la actuación”⁴⁸.

101. Así, en el asunto bajo estudio se advierte que, respecto a (i) la identidad de partes, en efecto, ambas solicitudes de tutela fueron presentados por Paula en contra de la EPS.

102. En relación con (ii) la identidad de hechos, en el caso concreto ocurrieron tres hechos relevantes para enervar la cosa juzgada. Primero, la EPS accionada insistió en remitir a la accionante a la IPS Valle del Lili, a pesar de los reiterados conceptos de médicos adscritos a dicha IPS que indicaban que el tratamiento solicitado no era practicado en ese centro médico. Segundo, en reiteradas ocasiones, los médicos tratantes de la paciente ordenaron su remisión a otras IPS donde se lleva a cabo el tratamiento pretendido. Tercero, el 25 de noviembre de 2021, el médico Andrés Rodríguez expidió concepto médico en el que señaló que la accionante “cumple los requisitos [...] para someterse a los procedimientos quirúrgicos de afirmación de género”⁴⁹.

103. En cuanto a (iii) la identidad de pretensiones, se observa que en ambos procesos la accionante pretendió la autorización y la práctica del procedimiento de vaginoplastia para afirmación de género. Sin embargo, en la solicitud de tutela que ahora se estudia la accionante pretende también la atención integral relacionada con su situación como mujer transexual y su tránsito sexual.

104. Ahora, en cuanto a (iv) la justificación para la presentación de la nueva solicitud, como se mencionó anteriormente, desde el 2018 han surgido hechos nuevos como la prescripción médica que indica que la accionante es apta para el procedimiento quirúrgico que solicita, así como la presentación y falta de respuesta a la petición del 30 de noviembre de 2021. Lo anterior, justifica la nueva solicitud de tutela. Además, del material probatorio allegado al

expediente no se evidencia que la actora haya actuado de mala fe o con dolo.

105. Así las cosas, se observa que si bien ambas solicitudes de tutela encuentran puntos en común, no se advierte que partan de causas y objetos iguales, como tampoco que se haya presentado una actuación de mala fe. Al no acreditarse los presupuestos jurisprudenciales antes descritos, se concluye que en este caso no se configura una actuación temeraria.

106. Con fundamento en lo anterior, la Sala constata el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la solicitud de tutela.

D. Derecho a la salud de las personas transgénero

107. El artículo 49 de la Constitución establece que la salud es un derecho constitucional, pero también un servicio público a cargo del Estado. En desarrollo de dicha norma, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 regula dicha garantía como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable. Además, dispone que la prestación de los servicios de salud debe ser de calidad, así como oportuna y eficaz. En consecuencia, el legislador le impuso el deber al Estado de adoptar las políticas necesarias “para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas”⁵⁰.

108. En esa misma línea, se ha reconocido que la prestación de los servicios de salud debe ajustarse a los principios de universalidad, oportunidad, continuidad e integralidad. Esto, de acuerdo con los artículos 6 y 8 de la mencionada ley estatutaria, implica que los respectivos servicios se deben prestar de manera efectiva en todo el país, continuamente y sin dilaciones. Esto conlleva que no puede haber interrupción alguna por razones económicas o administrativas.

109. En relación con lo expuesto, esta Corte ha sostenido que el derecho a la salud no puede ser entendido únicamente como la ausencia de enfermedad o que se restrinja a la condición de estar sano. Esto es así porque el citado derecho comprende la garantía y protección de los elementos psicológicos, físicos y sociales, entre otros, que influyen en el desarrollo de la vida de las personas, apuntando siempre a lograr el nivel más alto de calidad posible⁵¹. Por tal razón, la jurisprudencia ha insistido en que se afecta el derecho a la salud en aquellos eventos en los cuales se dilata o se impide el suministro de los respectivos servicios por causa de asuntos administrativos cuya carga no debe trasladarse a los afiliados⁵².

110. En esa medida ha reconocido que la mencionada garantía puede verse reflejada en la materialización de otros derechos como, por ejemplo, la identidad de género de las personas transgénero. Esto, si se tiene en cuenta que para llevar a cabo los procesos de afirmación de sexo es imperativo realizar intervenciones quirúrgicas o demás procedimientos necesarios para ello, los cuales deben ser realizados por distintos profesionales de la salud y, por lo tanto, en el marco del sistema de salud⁵³.

111. Adicionalmente, la Corte ha señalado que “si bien es cierto que las personas transgénero sufren las mismas preocupaciones médicas que el resto de la población, ellas enfrentan asuntos de salud propios como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas”⁵⁴. Por lo tanto, debe velarse porque la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades. También ha planteado que “[e]s ineludible reconocer que esa transición se manifiesta en los ámbitos emocional, mental y físico al momento de autoidentificarse, lo cual exige un cuidado en salud apropiado y oportuno”⁵⁵.

112. En esa línea, ha reconocido que el objetivo de los procesos de afirmación de sexo es que las características físicas de la persona se articulen con el género con el que esta se

identifica. Para ello, se torna ineludible llevar a cabo una serie de procedimientos médicos de carácter quirúrgico y hormonal, y brindar una atención integral que reúna distintas especialidades de la salud dependiendo de cada caso concreto⁵⁶.

113. En efecto, la Corte ha precisado que “la atención médica a personas que desean armonizar su cuerpo con su identidad sexual y de género no comprende procedimientos aislados, sino que la reafirmación sexual quirúrgica es ‘el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o el sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo del otro. Dicho proceso podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica especializada en el caso concreto’”⁵⁷.

114. En ese orden, se ha señalado de manera pacífica⁵⁸ que para garantizar los derechos a la salud y a la identidad de género de las personas que requieren afirmación de sexo, el sistema de salud debe prestar los respectivos servicios de manera eficaz, oportuna e integral, ajustándose a las valoraciones realizadas por los médicos tratantes⁵⁹.

115. A continuación, la Sala relaciona algunos fallos de esta Corte que permiten identificar su postura respecto del tema en cuestión:

116. En la Sentencia T-876 de 2012 se planteó como problema jurídico determinar si se desconocían los derechos a la identidad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de un joven a quien su EPS le negó la realización de una cirugía de “cambio de sexo”, bajo el argumento de que el mencionado procedimiento no se encontraba dentro del entonces Plan Obligatorio de Salud.

117. En dicho fallo, resolvió amparar los derechos vulnerados al reiterar la postura según la

cual la garantía del derecho a la salud debe responder al principio de integralidad, lo que implica apuntar a obtener el más alto nivel posible de satisfacción del citado derecho y brindar una atención completa al afiliado de conformidad con lo ordenado por sus médicos tratantes. A su vez, sostuvo que la materialización del derecho en cuestión, además de aspectos físicos, debía también cobijar aquellos factores psíquicos y sociales que influyen en el desarrollo y calidad de vida de la persona.

118. En la Sentencia T-918 de 2012 se estudió una solicitud de tutela instaurada por una mujer transgénero a quien su médico tratante le había prescrito el procedimiento de vaginoplastia, el cual fue negado por su EPS bajo el argumento de que no se evidenciaba un riesgo inminente para la vida de la paciente. En esta oportunidad reiteró que los procedimientos o medicamentos que sean ordenados por los profesionales tratantes y que sean necesarios para garantizar la salud, la integridad física y mental y la dignidad de la persona deben ser prestados de manera oportuna por parte de las EPS. Señaló que el derecho a la salud de quienes solicitan una afirmación de sexo debe ajustarse a los principios de integralidad y accesibilidad del sistema. Con base en lo expuesto, resolvió conceder el amparo solicitado.

119. En la Sentencia T-771 de 2013 se analizó el caso de una mujer transgénero que, en el marco de su proceso de afirmación de sexo, tuvo que enfrentar la negativa de su EPS a autorizar una serie de procedimientos prescritos por especialistas en psiquiatría, cirugía plástica, endocrinología, entre otros, bajo el argumento de que algunos de ellos no eran necesarios pues no se encontraba en riesgo la vida de la paciente. En esa ocasión concluyó que tal determinación vulneraba los derechos de la accionante. Sostuvo que:

“[...] (i) el derecho a la salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar; (ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía

puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital; (iii) las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans vulneran sus derecho[s] a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico [les es negada] bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo; (iv) las entidades promotoras de salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización 'de forma científica y técnica'; (iv) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas trans demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último, (v) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan, la cual constituye una barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social”⁶⁰.

120. La Corte ha mantenido los presupuestos antes señalados. De manera más reciente, en la Sentencia T-263 de 2020, la Sala Tercera de Revisión estudió la solicitud de dos mujeres transgénero que pretendían la protección de sus derechos a la salud y a la identidad de género, los cuales estimaron que habían sido vulnerados por su EPS al negarles la autorización de algunos procedimientos médicos propios de la afirmación de sexo, sin contar con prescripción médica, bajo el argumento de que no se trataba de una intervención funcional. Luego de reiterar lo expuesto en las citadas providencias, la Sala insistió en que:

“[...] el derecho a la salud de las personas transgénero tiene una estrecha relación con su derecho a la identidad sexual y de género, en la medida en que para lograr una coincidencia entre [las] características físicas del sexo registrado al nacer y su identidad de género necesitan someterse a un proceso quirúrgico de reafirmación sexual, el cual requerirá de distintos tipos de procedimientos médicos -cirugías o tratamientos hormonales- dependiendo

de la valoración integral que realicen los especialistas de la salud en cada caso en particular. Bajo este panorama, la Corte ha advertido que se configura una afectación de los derechos fundamentales de estas personas cuando las entidades del sistema de salud imponen barreras injustificadas para acceder a la prestación de los servicios médicos necesarios en dicho proceso, y ante la verificación de esta situación, ha ordenado el procedimiento en cuestión. Al respecto, resulta imperativo recordar que, en cuanto a la necesidad de otorgar los servicios, se ha planteado de manera consistente en la jurisprudencia que los mismos deben haber sido previamente prescritos por el especialista de la salud, para lo cual, se debe haber realizado un diagnóstico efectivo del paciente de una condición médica que haga necesario el tratamiento de readecuación, a partir de las tres etapas descritas previamente”⁶¹.

121. Con base en lo expuesto, y luego de reiterar que este tipo de procedimientos no pueden considerarse de naturaleza estética, resolvió negarlos por no contar con la respectiva orden médica, pero amparó los derechos alegados, incluyendo el derecho al diagnóstico, al evidenciar que las accionantes no habían sido valoradas de manera adecuada. Preciso que el derecho al diagnóstico es de vital importancia en los procesos de “afirmación de género”, pues permite que estas personas obtengan la información necesaria para adelantar los respectivos procedimientos y estén al tanto de las etapas que se deben llevar a cabo, siempre bajo el concepto de los médicos tratantes.

122. Es importante resaltar que lo expuesto en las mencionadas providencias también ha sido reiterado en las sentencias T-421 de 2020, T-231 de 2021 y T-218 de 2022.

123. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que la completa garantía de los derechos a la identidad de género y a la salud de las personas transgénero que buscan iniciar su proceso de afirmación de sexo implica que: (i) los servicios de salud previamente prescritos por el especialista de la salud, se presten de manera oportuna, eficaz e integral; (ii) no se impongan obstáculos de carácter administrativo que impidan al sujeto manifestar

su identidad de género, desarrollar su plan de vida y llevar a buen término el proceso de afirmación de sexo; (iii) no se consideren los procedimientos médicos ordenados por los profesionales de la salud que tengan como fin lograr la afirmación, como si estos fueran de carácter simplemente estético, y (iv) no se pierda de vista que el diagnóstico de estas personas es de gran importancia, porque tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a ser informadas sobre los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación, en el marco del derecho al diagnóstico.

124. Respecto de esto último, es importante insistir en que el diagnóstico en estos casos debe ser entendido como la garantía de que la persona transgénero sea valorada de manera adecuada e integral para obtener claridad acerca de la hoja de ruta que se debe seguir para lograr la afirmación de sexo. Esto incluye una completa información de todos los tratamientos y procedimientos que deban ser realizados.

E. Derecho al diagnóstico de las personas transgénero. Reiteración de jurisprudencia⁶²

125. Para garantizar el derecho a la salud es necesario obtener un diagnóstico cierto y oportuno⁶³, a fin de que el médico tratante pueda determinar el procedimiento o tratamiento que se debe llevar a cabo⁶⁴. En esa medida, se ha entendido que el diagnóstico es el punto de partida para lograr el estado de salud que se quiere alcanzar.

126. En virtud de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que un diagnóstico efectivo se compone por tres etapas: “(i) la identificación que supone la realización de los exámenes ordenados por el galeno atendiendo los síntomas del paciente; (ii) la valoración que realiza el especialista a partir de los resultados obtenidos en los exámenes previamente mencionados; y (iii) la prescripción de los procedimientos médicos que se estimen necesarios para el caso concreto de conformidad con el análisis del

médico”65.

127. A su vez, ha reconocido que el diagnóstico comporta también la obligación de los profesionales de la salud de brindar al paciente información clara, comprensible y suficiente con el fin de que este último esté al tanto de las implicaciones de los procedimientos y tratamientos ordenados por el médico y que decida libremente a cuales someterse66. En efecto, el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, que establece los derechos que tienen las personas en relación con la prestación del servicio de salud, señala en el literal d) el derecho a “obtener información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud”.

128. En ese orden, para los procesos de afirmación de sexo se debe llevar a cabo una valoración integral de la persona, ya que esta es la guía necesaria que permite establecer los procedimientos o tratamientos requeridos para lograr los cambios físicos y funcionales que correspondan con la identidad de género del paciente. En esa medida, para lograr una prestación adecuada del servicio se debe contar con el concepto de los respectivos especialistas quienes son los competentes para determinar el tratamiento que se debe seguir, teniendo en cuenta su experticia y la historia clínica de la persona67.

129. En efecto, esta Corte ha señalado que en el marco de la fase de diagnóstico se debe, por una parte, propender por que los recursos del sistema sean destinados de manera adecuada y, por otra, lograr “que exista una probabilidad razonable de que el tratamiento o procedimiento a surtir sea exitoso, circunstancias que solo el médico tratante puede decidir, dado que tiene todos los elementos de juicio pertinentes para verificar que un usuario reúna las condiciones de idoneidad física y mental, que le permitan acceder al servicio que solicita, sin poner en riesgo su integridad”68. Por tal razón, según se sostuvo en la Sentencia T-552 de 2013, es necesario contar con el concepto de los especialistas en la

medida en que ellos son los que van a determinar cuál debe ser la respectiva asistencia en salud.

130. Bajo esa línea, en la Sentencia T-421 de 2020, este tribunal precisó que no hay un solo conjunto estandarizado de procedimientos y tratamientos para adelantar el proceso de afirmación de sexo. Esto porque, con base en su experticia, son los médicos tratantes los llamados a determinarlos. Lo anterior, toda vez que solo “el médico tratante [es] quien tiene el conocimiento especializado para establecer el procedimiento apropiado para la persona que se encuentra en este proceso de transición”⁶⁹.

131. Entonces, se concluye que con el fin de que las personas transgénero tengan acceso a la asistencia en salud que requieren y puedan llevar a cabo de manera adecuada su proceso de afirmación de sexo, resulta indispensable que sean valoradas de manera integral por profesionales especializados en la materia. Lo anterior, para que sean estos quienes determinen, de acuerdo con sus conocimientos y teniendo en cuenta también las particularidades del paciente, por ejemplo, sus condiciones físicas, mentales y sociales, además la historia clínica, los procedimientos y tratamientos que se deben practicar sin poner en riesgo la integridad de la persona.

132. Adicionalmente, la mencionada valoración tiene la finalidad de que las personas que se van a someter al proceso de afirmación de sexo cuenten con información cierta, clara, comprensible y oportuna, de manera que estas puedan tomar una decisión libre e informada acerca de la posibilidad de llevar a cabo los procedimientos y tratamientos prescritos.

F. La identidad de género y su protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia⁷⁰

133. El artículo 16 de la Constitución establece que “[t]odas 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”. Esto implica que a todo sujeto se le debe garantizar la posibilidad de realizarse de manera autónoma de acuerdo con el proyecto de vida que decida llevar a cabo, sin que medien interferencias, coacción o controles injustificados y teniendo como únicos límites los derechos de los demás y el orden jurídico. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia, esta Corte ha sostenido que “[e]l Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social”⁷¹.

134. En línea con lo expuesto, se ha reconocido que en relación con el mencionado derecho, la identidad de género, como manifestación de la autopercepción del individuo, es un derecho que encuentra sustento en el libre desarrollo de la personalidad, al igual que en la dignidad humana. Esto si se tiene en cuenta que dicha identidad es resultado de sus vivencias y experiencias en cuanto al género se refiere. Así, se impone la obligación del Estado y de la sociedad de respetar la propia concepción y visión que cada persona tiene de sí misma⁷².

136. Ahora, esta Corte ha sido insistente en la necesidad de no confundir o equiparar el género de una persona con su orientación sexual. De un lado, ha señalado que la identidad de género es la “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente”⁷⁴, la cual puede corresponder o no con el sexo de nacimiento.

137. De otro lado, ha explicado que “[l]a orientación sexual se relaciona con los deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse entre las personas. En

este ámbito pueden presentarse diversas manifestaciones, tales como la heterosexualidad, la homosexualidad, la bisexualidad o la asexualidad, las cuales constituyen expresiones legítimas y constitucionalmente relevantes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin que sobre ellas pueda presentarse injerencia alguna de agentes externos como el Estado o los particulares”75.

138. En ese orden, cuando se mezclan los conceptos de género y orientación sexual se puede llegar a asumir, de manera errada, el género de una persona y reducirlo exclusivamente a un hecho biológico. Esta situación puede afectar la manera en que la persona desea desarrollarse en sociedad76.

139. Cabe reiterar entonces que debido a que es en el marco de la percepción individual, de las vivencias y experiencias y de la autodeterminación que la persona define su identidad de género, es evidente que esta encuentra su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

140. En conclusión, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, se ha reconocido y protegido el derecho a la identidad de género. Su garantía implica admitir que cada persona es libre de definir a partir de su individualidad, autonomía y autopercepción, la identidad de género que se ajusta a su proyecto de vida. Esto le impone al Estado y a la sociedad el deber de respetar y evitar injerencias, coacciones o interferencias injustificadas en las decisiones de las personas que manifiestan una identidad diversa.

G. Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia77

141. La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que existen eventos en los que debido al desaparecimiento o modificación de las circunstancias que sirvieron de fundamento para presentar la solicitud de tutela, esta pierde su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial. En esa medida, estas situaciones llevan a que se configure una carencia actual de objeto.

142. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos este tribunal ha sostenido que el fin de la acción de tutela es lograr una protección efectiva de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados, lo que justifica la necesidad de que el juez adopte una decisión. Sin embargo, puede ocurrir que con posterioridad a la activación de la jurisdicción la situación haya sido superada o de alguna manera resuelta y, por lo tanto, no tendría sentido un pronunciamiento puesto que la respectiva orden caería en el vacío⁷⁸, configurándose así una carencia actual de objeto.

143. Ahora, también ha reconocido que “[e]llo no obsta para que, en casos particulares, la Corte Constitucional aproveche un escenario ya resuelto para, más allá del caso concreto, avanzar en la comprensión de un derecho –como intérprete autorizado de la Constitución Política– o para tomar medidas frente a protuberantes violaciones de los derechos fundamentales”⁷⁹.

144. En esa línea, esta Corte ha reconocido que la carencia actual de objeto se puede dar por tres categorías, a saber: (i) el hecho superado, (ii) el daño consumado y (iii) el hecho sobreviniente.

145. El hecho superado se configura en aquellos casos en los que lo pretendido vía tutela ha sido satisfecho debido al actuar del accionado. Es decir, aquello que se pretendía obtener mediante la orden judicial sucedió antes de adoptar el respectivo fallo. Así, se ha reconocido que cuando esto ocurre el juez constitucional debe verificar que: (i) se haya satisfecho por

completo lo solicitado mediante la tutela, y (ii) que la entidad o persona accionada, voluntariamente, sea quien haya cumplido con la respectiva pretensión⁸⁰.

147. Además, se debe precisar que en caso de que al momento de fallar la tutela se tenga certeza de que el daño ya se generó, el juez debe declarar improcedente el amparo, sin perjuicio de que pueda emitir órdenes con el fin de proteger la dimensión objetiva del derecho y evitar que dichas situaciones se repitan⁸¹. En el escenario del daño consumado la afectación debe ser irreversible porque, de lo contrario, no se configuraría una carencia actual de objeto⁸².

148. El hecho sobreviniente se refiere a aquellos eventos que no se enmarcan en las otras dos categorías y cobija cualquier otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío⁸³. Este se configura cuando: (i) el accionante asume una carga que no le correspondía para lograr la pretensión planteada; (ii) un tercero -distinto a las partes de la tutela- es quien logra que se supere la situación vulneradora; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad o persona accionada, o (iv) el solicitante ha perdido interés en el objeto de la petición de amparo⁸⁴.

149. Finalmente, se precisa que si bien en aquellos casos en los que se configura la carencia actual de objeto por un hecho superado o por una situación sobreviniente no es imperativo que el juez de tutela se pronuncie de fondo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en sede de revisión, la Corte puede hacerlo cuando lo considere necesario para: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia, o d) avanzar en la comprensión de un derecho

fundamental⁸⁵, entre otros.

150. Lo anterior por cuanto la imposibilidad de adoptar medidas efectivamente conducentes a amparar los derechos y satisfacer las pretensiones formuladas en la solicitud de tutela, no afecta la competencia que los artículos 86 (inciso segundo) y 242.9 de la Carta, y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, le atribuyen a la Corte consistente en revisar las sentencias que se hayan adoptado en el trámite de la acción. En otros términos, si bien puede carecer de objeto una orden de amparo para la situación subjetiva del accionante, de ello no se sigue que carezca de objeto el ejercicio de la competencia de revisión eventual de las sentencias de tutela que la Constitución y la ley le atribuyen a la Corte Constitucional.

H. Análisis del caso concreto

151. En el caso concreto, Paula, mujer transgénero, manifiesta que desde el 2019 se encuentra adelantando ante la EPS los trámites necesarios para la realización del proceso de afirmación de sexo, sin que a la fecha de presentación de la solicitud de tutela hubiera logrado un resultado definitivo.

152. Sin embargo, en sede de revisión la apoderada de la accionante informó que luego de ser valorada nuevamente por distintos especialistas, se le había realizado el procedimiento de vaginoplastia para “afirmación de género”. Además, precisó que dicha intervención tuvo lugar el 1 de septiembre de 2022 en la IPS Tomás Uribe Uribe por parte del cirujano plástico Álvaro Hernán Rodríguez Rodríguez, médico adscrito a la EPS.

153. Al respecto, la entidad accionada señaló que el 3 de agosto de 2022 fue autorizado el

procedimiento de transformación de genitales externos de hombre a mujer, en el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe. Así mismo, aclaró que dicha IPS confirmó que el 1 de septiembre de ese mismo año la accionante fue ingresada para manejo prequirúrgico. Además, que mediante llamada telefónica la paciente confirmó que la cirugía en cuestión se había llevado a cabo.

154. Con fundamento en lo anterior, se logra constatar una carencia actual de objeto por hecho superado. En efecto, lo pretendido en esta oportunidad mediante la solicitud de tutela, a saber, la realización del procedimiento para transformación de genitales externos para afirmación sexual y de género, se llevó a cabo el 1 de septiembre de 2022 por un médico adscrito a la EPS.

155. En esa medida, se puede concluir que lo pretendido en la solicitud de tutela se satisfizo por la entidad accionada sin que mediara orden judicial en dicho sentido.

156. Sin embargo, como se vio en líneas anteriores, en los casos en los que se configura un hecho superado, la Corte, en sede de revisión, puede emitir un pronunciamiento de fondo, cuando lo considere necesario. Con esta decisión, entre otras finalidades, puede llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y ordenar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan.

157. Así, en esta oportunidad considera la Sala que la EPS accionada no actuó con la debida diligencia en relación con la materialización de los derechos a la salud y a identidad de género de la accionante.

158. En efecto, como se expuso previamente (supra, 123), la completa garantía de los

derechos a la salud y a la identidad de género de las personas transgénero que buscan iniciar su proceso de afirmación de sexo implica que: (i) los servicios de salud prescritos por el medido tratante se presten de manera oportuna, eficaz e integral; (ii) no se impongan obstáculos de carácter administrativo que impidan al sujeto llevar a buen término el proceso de afirmación de sexo; (iii) no se consideren los procedimientos médicos ordenados por los profesionales de la salud que tengan como fin lograr la afirmación, como si estos fueran de carácter simplemente estético, y (iv) no se pierda de vista que el diagnóstico de estas personas es de gran importancia, porque tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a ser informadas sobre los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación.

159. Entonces, en los procesos de afirmación de sexo es fundamental la previa valoración integral de la persona porque esta constituye la guía necesaria que permite establecer los procedimientos o tratamientos requeridos para lograr los cambios físicos y funcionales que correspondan con la identidad de género del paciente.

160. En el caso bajo estudio la Sala advierte que la EPS accionada no atendió con la debida diligencia los derechos a la salud, incluyendo su dimensión de diagnóstico, y a la identidad de género de la paciente.

161. En primer lugar, como consecuencia de distintos obstáculos de orden administrativo, el servicio prestado a la accionante no fue oportuno ni eficaz. En efecto (i) fue remitida en distintas ocasiones a una IPS que no contaba con la capacidad de practicar el procedimiento requerido. (ii) A pesar de que en un momento del proceso (10 de junio de 2021) un especialista en psiquiatría conceptuó que la solicitante no tenía impedimentos para realizarse la cirugía en cuestión⁸⁶, la EPS en lugar de ordenar una nueva valoración, se limitó a señalar que dicho concepto no demostraba el estado actual de la “salud mental” de la paciente⁸⁷. (iii) Además, en relación con dicho concepto emitido por un médico particular, la entidad solo manifestó que no podía autorizar servicios prescritos por profesionales que no estaban

vinculados a su red⁸⁸, desconociendo que estaba en la obligación de descartar o controvertir dicha orden con base en fundamentos científicos y técnicos. Así, (iv) la EPS se ciñó a argumentar que en el caso no existía orden médica.

162. En segundo lugar, la EPS no realizó una evaluación integral de la situación de la accionante. Por el contrario, de las pruebas documentales allegadas al expediente pudo evidenciarse que en lugar de continuar con las recomendaciones dictadas por la junta médica el 21 de agosto del 2018⁸⁹, se procedió a evaluar a la accionante de manera aislada sin tener como objetivo tratar la disforia de género o emitir concepto sobre el procedimiento que se solicitó⁹⁰.

163. Adicionalmente, los conceptos de especialistas en psiquiatría y psicología allegados al proceso únicamente se refieren al diagnóstico de esquizofrenia, pero en ellos no se observa que hubiera pronunciamiento alguno sobre si este afectaba la posibilidad de llevar a cabo el proceso de afirmación solicitado⁹¹.

164. Sumado a lo anterior, se observa que aunque la EPS manifiesta que fue una junta multidisciplinaria la que emitió concepto negativo sobre el asunto, este documento no fue allegado al proceso.

165. Finalmente, se considera de gran relevancia insistir en el hecho de que algunos de los conceptos emitidos por especialistas en psiquiatría y psicología únicamente se limitaron a exponer el estado actual del diagnóstico de esquizofrenia de la accionante, sin hacer mención alguna o vincularlo a su proceso de afirmación de sexo, pues estos se dieron como consecuencia de los controles a los que ella debía asistir como parte del manejo de dicha afección.

166. Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que la EPS accionada vulneró también la dimensión del diagnóstico del derecho a la salud. Debe recordarse que para que esta sea garantizada se exige “una valoración técnica, científica y oportuna que defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere”⁹². Así, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado que dicha garantía cumple con los siguientes objetivos: “(i) establecer con precisión la patología que padece el paciente, (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”⁹³.

167. En esa línea, se observa que dada la señalada actuación deficiente de la EPS y la omisión frente a la evaluación integral de la situación de la actora, la accionada pasó por alto que las personas transgénero tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a obtener la información pertinente que les permita conocer los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación de sexo.

Acerca de la solicitud de tratamiento integral en salud de la accionante

169. La solicitud de tutela también incluye la pretensión de que la EPS accionada brinde el tratamiento integral que requiera la paciente en el marco de su procedimiento de afirmación de sexo⁹⁴. En efecto, esta petición fue reiterada en sede de revisión⁹⁵. En esa medida, es preciso que la Sala se pronuncie al respecto.

170. La Corte ha señalado que el tratamiento integral consiste en “asegurar la atención [...] de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes”⁹⁶. A su vez, ha sostenido que este “tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por

el médico tratante del accionante”⁹⁷. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional precisó que para acceder al tratamiento integral debe verificarse “(i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente”⁹⁸.

171. En el caso bajo estudio se observa que, como se expuso en líneas anteriores: (i) la EPS actuó con negligencia en la prestación del servicio por la demora injustificada en la programación de procedimientos y en la realización de tratamientos. Esto, en la medida en que a) la accionante fue remitida en varias ocasiones a una IPS que no contaba con la capacidad para practicar el tratamiento requerido; b) la accionante no fue remitida a alguna IPS que contara con equipos interdisciplinarios para su tratamiento de afirmación de sexo, pese a que tenía órdenes del médico tratante para su remisión, y c) la accionada descartó el concepto favorable del médico particular bajo el argumento de que este no se encontraba adscrito a su red de servicios, y no con base en fundamentos científicos y técnicos como en efecto debió hacerlo.

172. (ii) Existen órdenes emitidas por el médico tratante en las que se especifican las prestaciones y servicios que requiere la paciente. En efecto, dentro de los elementos probatorios que obran en el expediente hay prescripciones médicas en las que el médico tratante ordenó, a favor de la accionante, a) consulta con el médico Álvaro Rodríguez para el control postoperatorio⁹⁹; b) tratamiento hormonal que afirma el género de la accionante¹⁰⁰, y c) exámenes de seguimiento post quirúrgicos¹⁰¹.

173. En consecuencia, se constata que al cumplirse con los requisitos jurisprudenciales antes descritos, la Sala ordenará a la EPS accionada que brinde el tratamiento integral solicitado por la accionante, de conformidad con lo prescrito por los médicos tratantes.

Acerca de la posible vulneración del derecho de petición

174. Finalmente, también se debe tener en cuenta que la pretensión de la accionante incluía que se ordenara a la accionada dar respuesta a la petición presentada el 30 de noviembre de 2021, por medio de la cual solicitó ser remitida a “un médico cirujano plástico experto en cirugías de afirmación sexual y de género para continuar con su proceso médico y a su vez, que dicha entidad confirmara, descartara o modificara el concepto médico externo aportado”¹⁰².

175. La jurisprudencia de esta Corte ha expresado que la garantía del derecho de petición implica que la respuesta de fondo que se suministre sea clara, precisa, congruente y consecuente¹⁰³. En esa línea, se ha señalado que una respuesta es (i) clara, siempre que sea “inteligible y de fácil comprensión”; (ii) precisa, de forma tal que “atienda, de manera concreta, lo solicitado, sin información impertinente” y “sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas”; (iii) congruente, es decir, que “abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado”, y (iv) consecuente, lo cual implica “que no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada [...] sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”¹⁰⁴.

176. Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que en el caso bajo estudio también se configuró un hecho superado respecto del derecho de petición, en la medida en que el 20 de enero de 2022 la EPS accionada dio respuesta de fondo a la respectiva solicitud. Sin embargo, dada la evidente mora en la contestación emitida por la EPS, la Sala la exhortará para que cumpla con los plazos legales para responder los derechos de petición presentados por sus afiliados.

177. En consecuencia, la Sala revocará la Sentencia del 11 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali, el 27 de enero de 2021, la cual negó el amparo constitucional solicitado por Paula. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto de la solicitud de autorización del procedimiento de vaginoplastia y de la petición presentada el 30 de noviembre de 2021.

I. Síntesis de la decisión

178. Al revisar los fallos proferidos dentro del proceso de tutela promovido por Paula en contra de la EPS, la Sala, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, concluyó que los mencionados fallos deben ser revocados por carecer de fundamento. Para la Sala, contrario a lo decidido en los fallos objeto de revisión, la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales de la accionante a la salud, en su dimensión de diagnóstico, y a la identidad de género, al negarle -con el argumento de la inexistencia de orden médica que lo prescribiera-, el procedimiento de vaginoplastia para “afirmación de género” o transformación de genitales externos de hombre a mujer, así como al no autorizar los servicios requeridos en el marco del proceso de afirmación de sexo de la accionante.

179. La Sala reitera en esta oportunidad la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho a la salud de las personas transgénero, con fundamento en la cual reafirma que el hecho de imponer obstáculos de carácter administrativo o económico para la prestación de los servicios de salud a estas personas, implica la vulneración de sus derechos fundamentales.

180. En relación con el derecho al diagnóstico de las personas transgénero la Sala reitera que para un adecuado proceso de afirmación de sexo resulta indispensable la valoración previa e integral por profesionales especializados en la materia, a quienes corresponde determinar,

de acuerdo con sus conocimientos y teniendo en cuenta las particularidades del paciente - como sus condiciones físicas, mentales y sociales, además de la historia clínica-, los procedimientos y tratamientos que deban ser practicados sin poner en riesgo la integridad de la persona.

181. Así mismo, la Sala insiste, de conformidad con lo establecido por esta Corte, en que el derecho a la identidad de género constituye una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana y que su garantía implica admitir que cada persona es libre de definir, a partir de su individualidad, autonomía y autopercepción, la identidad de género que se ajusta a su proyecto de vida. Esto le impone al Estado y a la sociedad el deber de respetar y evitar injerencias, coacciones o interferencias injustificadas en las decisiones de las personas que manifiestan una identidad diversa.

182. La Sala encontró, sin embargo, que en el presente caso se configuró una carencia de objeto por hecho superado, toda vez que la cirugía pretendida en la solicitud de tutela fue autorizada por la EPS accionada y efectivamente practicada el 1 de septiembre de 2022.

183. En estos casos, si bien no es imperativo que el juez de tutela se pronuncie de fondo, la Sala, siguiendo la jurisprudencia constitucional, consideró necesario hacerlo para corregir las decisiones judiciales de instancia, llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y avanzar en la comprensión de los derechos fundamentales vulnerados.

184. En efecto, como ya se dijo, los jueces de tutela de instancia negaron el amparo pretendido por la accionante no obstante que la EPS accionada no garantizó con la debida diligencia los derechos a la salud, específicamente en su dimensión de diagnóstico, ni a la identidad de género de la accionante.

185. Lo anterior, porque la entidad accionada impuso una serie de obstáculos de orden administrativo que derivaron en que el servicio de salud prestado no fuera oportuno y eficaz, desconociendo abiertamente la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Además, no realizó una evaluación integral de la situación de la accionante en la medida en que no realizaron un análisis coordinado por parte de los profesionales de la salud que hicieron su atención inicial.

186. Por estas razones, la Sala insta a la EPS para que en adelante adecúe los procedimientos y servicios a los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia constitucional en relación con la adecuada garantía de los derechos a la salud y a la identidad de género de sus afiliados que se encuentren en proceso de afirmación de sexo.

187. En esa misma línea, en vista de que se cumplen los requisitos jurisprudenciales para ello, a saber (i) que la EPS incurrió en demora injustificada en la programación de procedimientos y en la realización de tratamientos, y (ii) que existen órdenes emitidas por el médico tratante en las que se especifican las prestaciones y servicios que requiere la paciente, la Sala le ordena a la EPS accionada que brinde el tratamiento integral solicitado por la accionante, de conformidad con lo prescrito por los médicos tratantes.

188. Finalmente, advierte que en el caso bajo estudio también se configuró un hecho superado respecto del derecho de petición, en la medida en que el 20 de enero de 2022 la EPS accionada dio respuesta de fondo a la respectiva solicitud. Sin embargo, dada la evidente mora en la contestación de la EPS, la exhorta para que cumpla con los plazos legales para responder los derechos de petición presentados por sus afiliados.

189. En consecuencia, revoca la Sentencia del 11 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali, el 27 de enero de 2021, la cual negó el amparo constitucional

solicitado por Paula. En su lugar, declara la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto de la solicitud de autorización del procedimiento de vaginoplastia y de la petición presentada el 30 de noviembre de 2021.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el curso del presente proceso, mediante el Auto del 5 de septiembre de 2022.

SEGUNDO. REVOCAR la Sentencia del 11 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Cali, el 27 de enero de 2021, mediante la cual se negó el amparo solicitado por Paula en contra de la EPS. En su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por la configuración de un hecho superado, respecto de la solicitud de autorización del procedimiento de vaginoplastia y de la petición presentada el 30 de noviembre de 2021.

TERCERO. INSTAR a la EPS para que adecue los procedimientos y servicios a los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia constitucional en relación con la adecuada garantía

de los derechos a la salud y a la identidad de género de sus afiliados que se encuentren en proceso de afirmación de sexo.

CUARTO. ORDENAR a la EPS que brinde el tratamiento integral en salud solicitado por la accionante, de conformidad con lo prescrito por los médicos tratantes, en el marco del proceso de afirmación de sexo.

QUINTO. PREVENIR a la EPS para que cumpla con los plazos legales para responder los derechos de petición presentados por sus afiliados.

SEXTO. ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación que suprima de toda publicación del presente fallo, los nombres y los datos que permitan identificar a la accionante. Igualmente, ordenar por Secretaría General a los jueces de tutela competentes que se encarguen de salvaguardar la intimidad de las personas mencionadas, manteniendo la reserva sobre el expediente.

SÉPTIMO. LÍBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento y aclaración parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA CRISTINA PARDO

SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-199/23

DERECHO A LA SALUD-No vulneración por parte de la EPS, quien ha brindado atención y acceso a los servicios médicos (Salvamento parcial y aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-8.699.661

Asunto: Acción de tutela instaurada por Paula en contra de EPS

Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Con el acostumbrado respeto a las decisiones adoptadas por la Sala Sexta de Revisión presento mi salvamento parcial y aclaración de voto frente a la sentencia de la referencia por las siguientes razones.

Motivos para salvar parcialmente mi voto

En cuanto al salvamento parcial de voto, me aparto de los resolutivos tercero, cuarto y quinto. En la sentencia se declaró una carencia actual de objeto por haberse configurado un hecho superado, pero se consideró necesario hacer un pronunciamiento de fondo con las finalidades de «llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y ordenar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan»¹⁰⁵. Concretamente, la mayoría estimó que «[...] la EPS accionada no actuó con la debida diligencia en relación con la materialización de los derechos a la salud y a la identidad de género de la accionante»¹⁰⁶.

Al respecto, aunque comparto la decisión relacionada con la carencia actual de objeto porque en sede de revisión se demostró que la accionada realizó el procedimiento quirúrgico requerido por la accionante, me aparto por completo del estudio de fondo por haberse presentado una supuesta falta de diligencia por parte de la accionada. Lo anterior porque considero que las afirmaciones en que se basa la sentencia para endilgar responsabilidad a la EPS accionada se apartan del material probatorio que obra en el expediente.

Primero, se afirma que «el servicio prestado a la accionante no fue oportuno ni eficaz»¹⁰⁷ porque la actora «[...] fue remitida en varias ocasiones a una IPS que no contaba con la capacidad de practicar el procedimiento requerido»¹⁰⁸. No obstante, estimo que la sentencia debió haber tenido en cuenta que las pruebas del expediente permitían concluir que la accionante había sido diagnosticada con esquizofrenia desde que tenía 10 años, tuvo cuatro intentos de suicidio (el último a los 14 años), fue víctima de abuso sexual a los 13 años¹⁰⁹ y, aunque en ocasiones estaba estable en su enfermedad mental, también sufría recaídas.

Estos aspectos los tuvo en cuenta el Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali al momento de dictar la sentencia en el proceso de tutela anterior y fue precisamente por esas razones que no ordenó directamente que a la actora se le practicara la cirugía que solicitaba, sino que decidió que fuera un equipo interdisciplinario de médicos el que definiera cuál debía ser el tratamiento idóneo para ella.

Segundo, en la sentencia también se afirma que «aunque en un momento del proceso (10 de junio de 2021) un especialista en psiquiatría conceptuó que la solicitante no tenía impedimentos para realizarse la cirugía en cuestión, la EPS en lugar de ordenar una nueva valoración, se limitó a señalar que dicho concepto no demostraba el estado actual de la

«salud mental» de la paciente»¹¹⁰. Además, se advierte que «[e]n relación con dicho concepto emitido por un médico particular, la entidad simplemente manifestó que no podía autorizar servicios prescritos por profesionales que no estaban vinculados a su red, desconociendo que estaba en la obligación de descartar o controvertir dicha orden con base en fundamentos científicos y técnicos»¹¹¹.

Al respecto, estimo que las pruebas obrantes en el expediente llevan a concluir que la actuación de la EPS accionada fue razonable. Por una parte, porque en la respuesta a la acción de tutela en primera instancia, el especialista en psiquiatría¹¹² que valoró a la accionante el 10 de junio de 2021 explicó que la había evaluado en dos hospitalizaciones y en consulta externa en 2021. Afirmó que «[l]a última [consulta fue] e[l] 10/06/21 en donde en ese momento no se evidenciaban síntomas psicóticos, sin embargo, esa evaluación solamente corresponde a un hallazgo clínico de la fecha, no puedo determinar estado clínico posterior si este (sic) psicótica o no, debido a que la patología de la paciente es cambiante. Para esto remitir a últimas valoraciones psiquiatría»¹¹³. Además, manifestó que «[...] es el equipo de junta quirúrgica quien determina pertinencia de procedimiento quirúrgico, junta de la cual no soy parte. Las valoraciones mías estaban encaminadas al manejo de la patología psiquiátrica primaria (esquizofrenia indiferenciada), no en orden de la disforia de género»¹¹⁴.

Por otra parte, discrepo de los resolutivos mencionados, porque obra en el expediente que el 29 de diciembre de 2021 otro especialista médico¹¹⁵ atendió a la accionante y la encontró con pensamiento ilógico y no coherente y con juicio y raciocinio disminuidos¹¹⁶. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el auto de admisión de tutela que se estudia tiene fecha del 17 de enero de 2022, el concepto de psiquiatría del 29 de diciembre de 2021 era, en mi criterio, el que definía más fidedignamente cuál era el estado de salud mental de la accionante en el momento en que interpuso la demanda.

Tercero, en la sentencia se sostiene que la EPS «no realizó una evaluación integral de la situación de la accionante»¹¹⁷ y «en lugar de continuar con las recomendaciones dictadas por la junta médica el 21 de agosto del 2018, se procedió a evaluar a la accionante de

manera aislada sin tener como objetivo diagnosticar la afirmación de sexo que la paciente venía solicitando»¹¹⁸. Además, «aunque la EPS manifiesta que fue una junta multidisciplinaria la que emitió concepto negativo sobre el asunto, este documento no fue allegado al proceso»¹¹⁹.

Sobre este aspecto, considero que la sentencia tampoco tuvo en cuenta que las pruebas obtenidas en sede de revisión dieron cuenta de que la accionante recibió múltiples atenciones a lo largo de 2022 que concluyeron con la realización de la cirugía. De estas, llama la atención la anotación del mismo médico especialista en psiquiatría que había atendido a la actora el 29 de diciembre de 2021¹²⁰, quien la valoró nuevamente el 29 de marzo de 2022 y afirmó: «[p]aciente que ha presentado evolución acorde a lo esperado, más contenida en su parte mental, con buen patrón de sueño, estable al momento de la evolución. Puede continuar con su proceso para cambio de sexo en la parte quirúrgica»¹²¹ (el resaltado es propio). En ese sentido, esas pruebas permitían concluir que la actuación de la EPS no estuvo necesariamente orientada a dilatar la realización del procedimiento quirúrgico que requería la accionante.

Cuarto, se afirma en la sentencia que «algunos de los conceptos emitidos por especialistas en psiquiatría y psicología únicamente se limitaron a exponer el estado actual del diagnóstico de esquizofrenia de la accionante, pero sin hacer mención alguna o vincularlo a su proceso de afirmación de sexo pues estos se dieron como consecuencia de los controles a los que ella debía asistir como parte del manejo de dicha afección». Al respecto, considero que el criterio de los especialistas no solo debe ser respetado, sino que cualquier reproche sobre su actuación no es atribuible a las EPS, que también están obligadas a respetarlo.

En ese sentido, teniendo en cuenta que los puntos resolutivos tercero, cuarto y quinto son consecuencia del análisis de fondo que se realiza en la sentencia, me aparto de estos a partir de las razones que expliqué.

Motivos para aclarar mi voto

Como ya lo he señalado en salvamentos y aclaraciones de voto anteriores¹²², debo ahora indicar nuevamente que no comparto que la Corte acepte acríticamente la llamada «Ideología de Género» que tiene fundamento en las doctrinas filosóficas del existencialismo. Es decir, no comparto las bases conceptuales que llevaron a la adopción de la presente providencia y, sobre esta discusión particular, coincido con lo expuesto en el salvamento de voto presentado en el caso de la sentencia T-063 de 2015¹²³, donde se expuso lo siguiente:

«Las tesis sobre la irrelevancia de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, y sobre el origen exclusivamente cultural de tales diferenciaciones, hacen parte de teorías sobre las cuales no existe un consenso en la comunidad científica, y que se encuentran vinculadas más al activismo que a la ciencia [...] [L]a Corte debería recoger con cautela, precaución y rigor la riqueza y la complejidad del debate científico y social, dando cuenta de todas las incertidumbres que de hecho existen actualmente en este frente, más que acoger acríticamente una de las teorías a modo de verdad única o de hecho científico, para luego construir toda la dogmática de los derechos fundamentales sobre una base que hoy en día es aún objeto de controversia».

Con mi acostumbrado y profundo respeto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

¹ El expediente fue escogido para su revisión por la Sala de Selección Número Cinco,

mediante Auto del 27 de mayo de 2022 y notificado el 13 de junio de 2022.

2 Según consta en el expediente, la tutela fue repartida el 14 de enero de 2022.

3 Solicitud de tutela, folio 1.

4 Ibídem.

5 Ibídem.

6 Solicitud de tutela, folio 2.

7 Ibídem.

8 Ibídem.

9 Como fundamento de los hechos de la petición, solicita que se tengan como pruebas sus historias clínicas con fechas de 05/dic/2019, 16/dic/2019, 09/nov/2020, 08/abr/2021, 10/jun/202, 25/nov/2021; el certificado ADRES de afiliación, y escrito de petición presentado el 30 de noviembre de 2021. Ver folio 3 de la solicitud de tutela.

10 No es claro si se trató de una medida provisional. Al parecer sí, puesto que se afirma más adelante que luego de obtener respuesta por parte de la EPS el respectivo juez declaró la improcedencia de la tutela.

11 Respuesta de la EPS a la solicitud de tutela, folio 3.

12 Respuesta de la EPS a la solicitud de tutela, folio 18.

13 Respuesta de la entidad a la solicitud de tutela, folio 17.

14 Respuesta del Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali a la solicitud de tutela, folio 4.

15 Ibíd., folio 12.

16 Ibíd., folio 14.

17 *Ibíd.*, folio 28.

18 Respuesta de la IPS a la solicitud de tutela, folio 2.

19 Fallo de primera instancia, folio 13.

20 En la providencia mencionada se decide: PRIMERO. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR a Verónica Rosero Álvarez para que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, a través del correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, informe: (i) cuál es la situación actual de su procedimiento de afirmación de sexo. (ii) Si se han realizado valoraciones médicas recientes en las que se haya analizado la posibilidad de llevar a cabo la cirugía pretendida, tanto por médicos adscritos a la EPS como por profesionales particulares. (iii) Si existe, actualmente, un concepto médico emitido por un especialista en psiquiatría o psicología en el que se haya valorado su diagnóstico de disforia de género en el marco de su procedimiento de afirmación de sexo. (iv) Cualquier otro hecho o consideración que estime pertinente se deba tener en cuenta en el estudio del caso concreto. Finalmente, se le solicita (v) allegar su historia clínica en la que se pueda apreciar de manera clara y secuencial cuales son las valoraciones y dictámenes que se han realizado relacionados con su proceso de afirmación de sexo. SEGUNDO. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR la EPS para que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, a través del correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, informe: (i) cuál es la situación actual del procedimiento de afirmación de sexo de la accionante. (ii) Si han realizado valoraciones médicas recientes en las que se haya analizado la posibilidad de llevar a cabo la cirugía pretendida. (iii) Cuáles son, actualmente, los médicos tratantes de la accionante y sus conceptos respecto de la viabilidad de la cirugía que solicita. Estos últimos deben allegarse al proceso. (iv) Si existe, actualmente, un concepto médico emitido por un especialista en psiquiatría o psicología en el que se haya valorado su diagnóstico de disforia de género en el marco de su procedimiento de afirmación de sexo. (v) Cuál(es) IPS de su red de instituciones se encuentra(n) capacitadas para realizar el procedimiento quirúrgico solicitado por la accionante. (vi) Cualquier otro hecho o consideración que estime pertinente se deba tener en cuenta en el estudio del caso concreto. Finalmente, se le solicita (vii) allegar la historia clínica de la paciente en la que se pueda apreciar de manera clara y secuencial cuales son las valoraciones y dictámenes que se han realizado relacionados con su proceso de afirmación

de sexo. TERCERO. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR a la Fundación Valle del Lili para que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la comunicación del presente auto, a través del correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co, informe a esta Sala si, en la actualidad, dicha IPS se encuentra habilitada para realizar el procedimiento quirúrgico que solicita la accionante. CUARTO. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, PONER A DISPOSICIÓN de las partes las pruebas una vez se hayan recibido, por un término de tres (3) días hábiles, para que se pronuncien sobre las mismas. QUINTO. SUSPENDER los términos del presente proceso desde la fecha de esta providencia por tres (3) meses, contados a partir del momento en que se reciban las pruebas solicitadas.

21 La ponencia fue registrada para fallo el 27 de febrero de 2023, en cumplimiento del numeral quinto del Auto del 5 de septiembre de 2022.

22 La apoderada relacionó en un cuadro las distintas valoraciones que se llevaron a cabo, a saber: psiquiatría (29/03/2022); sexología (10/05/2022); cirugía plástica (15/07/2022); anestesiología (23/08/2022); cirugía plástica (1/02/2022) en el Hospital Departamental Tomás Uribe Uribe “transformación de genitales externos de hombre a mujer”. Ver páginas 3 y 4 del escrito de respuesta en sede de revisión.

24 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

25 Frente a este segundo grupo, el inciso quinto del artículo 86 de la Constitución precisa que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

26 El artículo 42 de Decreto 2509 de 1991 establece: “PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: [...] 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.

27 Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

28 Al respecto, ver sentencias SU-124 de 2018 y T-231 de 2021.

29 Corte Constitucional, Sentencia SU-124 de 2018.

30 Corte Constitucional, Sentencia SU-027 de 2021.

31 Ibídem.

32 Expediente electrónico. "30RespuestaJuzgadoPenal", folio 3.

33 Ibídem, folio 4.

34 Expediente electrónico. "01EscritoTutela.pdf", folios 2 y 3.

35 Cfr. Expediente electrónico. "30RespuestaJuzgadoPenal", folio 12.

36 Ibídem.

37 Expediente electrónico. "36FalloyOficioTutela.pdf", folio 14.

38 Ibídem, folio 13.

39 Ibídem.

40 Ibídem.

41 Expediente electrónico. "30RespuestaJuzgadoPenal", folios 17 y 18.

42 Ibídem, folio 18.

43 Ibídem, folio 12.

44 Corte Constitucional, Sentencia SU-027 de 2021.

45 Ibídem.

46 Ibídem.

47 Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 2022.

48 Ver, Corte Constitucional, sentencias T-300 de 1996, T-082 de 1997, T-080 de 1998, T-303 de 1998, T-1215 de 2003, T-184 de 2005, T-1034 de 2005, T-1134 de 2005, T-586 de 2006, T-923 de 2006, T-1104 de 2008, T-331 de 2009, T-772 de 2010, T-483 de 2017 y SU-027 de 2021.

49 Expediente electrónico, "03AnexosFormulas02.pdf", folio. 1.

50 Artículo 2 de la Ley 1751 de 2015.

51 Corte Constitucional, sentencias T-263 de 2020 y T-218 de 2022.

52 Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2022.

53 Corte Constitucional, sentencias T- T-099 de 2015 y T-263 de 2022.

54 Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2022.

55 Ibídem.

56 Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2013.

57 Corte Constitucional, Sentencia T-421 de 2020.

58 La línea jurisprudencial sobre la materia se integra por las sentencias T-876 de 2012, T-918 de 2012, T-552 de 2013, T-771 de 2013, T-675 de 2017, T-263 de 2020, T-421 de 2020, T-231 de 2021, T-218 de 2022, entre otras.

59 Corte Constitucional, Sentencia T-263 de 2022.

60 Corte Constitucional, Sentencia T-771 de 2013.

61 Corte Constitucional, Sentencia T-263 de 2020.

62 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-231 de 2021 y T-263 de 2020, entre otras.

63 Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2022.

64 Corte Constitucional, Sentencia T-259 de 2019.

65 Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 2021. Ver también Sentencia T-196 de 2018.

66 Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2013.

67 Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2022.

68 Corte constitucional, Sentencia T-231 de 2021.

69 Corte Constitucional, Sentencia T-421 de 2020. Ver también Sentencia T-231 de 2021.

70 Al respecto se pueden consultar las sentencias T-143 de 2018, T-443 de 2020 y T-218 de 2022, entre otras.

71 Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 1994.

72 Corte Constitucional, sentencias T-143 de 2018, T-443 de 2020 y T-218 de 2022.

74 La Corte Constitucional ha adoptado esta definición de identidad de género, entre otras, en las siguientes sentencias: T-804 de 2014, T-063 de 2015, T-099 de 2015, T-077 de 2016 y T-363 de 2016.

75 Corte Constitucional, Sentencia T-068 de 2021.

76 Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2022.

77 Se sigue la doctrina fijada en la Sentencia T-179 de 2022.

78 Corte Constitucional, Sentencia SU-522 de 2019.

79 Ibídem.

80 Ibídem.

81 Ibídem.

82 Ibídem.

83 Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 2013.

84 Corte Constitucional, Sentencia SU-092 de 2019.

85 Corte Constitucional, Sentencia SU-522 de 2019.

86 Folios 8, 9 y 10 de la historia clínica aportada por la accionante al proceso de tutela. El concepto fue emitido por el doctor Andrés F. Marmolejo, médico psiquiatra, y se lee: “La paciente se encuentra en eutimia, sin síntomas psicóticos, actualmente con deseo de realizar procedimiento quirúrgico para completar transformación de cambio de sexo, actualmente no hay impedimento para el tratamiento quirúrgico, por lo cual se autoriza”.

87 En los folios 8 y 9 de la respuesta de la EPS (“20RespuestaTutelaSOSVeronicaRosaroAlvarez.pdf”) se indica que: “Dentro de la presente tutela, describen que la usuaria cuenta con visto buenos (sic) de psiquiatría para aplicar a la cirugía de cambio de género”. Esto haciendo referencia al concepto médico particular del 10 de junio de 2021 en el que se señala que “no hay impedimento para el tratamiento quirúrgico”. Frente a esto la EPS sostiene que: “Sin embargo, dicha historia es del mes de junio de 2021, la cual no es respaldo del estado de salud mental ACTUAL de la usuaria, no radican valoraciones más actualizadas. Sumado a lo anterior, a la fecha NO EXISTE UNA ORDEN DE PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO emitida por parte de un profesional de nuestra red”.

88 En el folio 12 de la respuesta de la EPS (“20RespuestaTutelaSOSVeronicaRosaroAlvarez.pdf”) esta señaló que: “Aunado a lo anterior, la usuaria no cuenta con ordenamiento de CAMBIO DE GENERO de ninguno de los diferentes especialistas que la han valorado de nuestra red de prestadores, la usuaria insiste en asistir a especialistas PARTICULARES que acceden a emitir las órdenes aún sin ser pertinente por lo antes mencionado”.

89 Recomendaciones que se pudieron conocer gracias a la respuesta allegada por el Juzgado 9º Penal Municipal con Funciones de Garantías de Cali -que conoció la acción de tutela anterior-, folios 26 y 27. En efecto, se pudo observar de la respuesta emitida por la EPS que únicamente hicieron mención a los profesionales que conformaron la junta multidisciplinaria, pero no indicaron cuales fueron los resultados a los que se había arribado. Seguidamente

hicieron referencia al concepto de cirugía plástica en el que se indicó que la accionante no era candidata para manejo quirúrgico y en el que, según se observó, la especialista llega a esa conclusión, no con base en lo conceptuado por su médico tratante en psiquiatría dentro del proceso de afirmación de género, sino porque en su historia clínica se había establecido que la peticionaria padece de esquizofrenia. Ver folios 3 y 4 de “20RespuestaTutelaSOSVeronicaRosaroAlvarez.pdf”.

90 Como ejemplo de ello se tiene la historia clínica aportada por Oportunidad de Vida EPS (“32RespuestaIPSOportunidadVida.pdf”, folios 3 y 4), en la que se observa que a la fecha del 29 de diciembre de 2021, la accionante acudía a control por el diagnóstico de “Esquizofrenia Indiferenciada”. Concepto que utiliza la EPS como sustento para afirmar que la accionante “aún presenta alteración de la percepción de la realidad, con alucinaciones vigentes entre otras alteraciones mentales” (“20RespuestaTutelaSOSVeronicaRosaroAlvarez.pdf”, folios 11 y 12). A su vez, en los folios 1 y 2 de la historia clínica allegada por la accionante en sede de revisión, se puede observar que el motivo de la consulta es esquizofrenia indiferenciada y la cita médica corresponde a control de la enfermedad (con fecha de marzo de 2022).

91 Lo expuesto se puede constatar en los folios 1 y 2 de la historia clínica allegada por la accionante en sede de revisión. En estos se puede observar que el motivo de la consulta es esquizofrenia indiferenciada y la cita médica corresponde a control de la enfermedad (con fecha de marzo de 2022). Lo mismo se puede observar en el folio 11 de la respuesta allegada por la EPS accionada, en el que se muestra que el concepto que se emite se da en el marco de una consulta médica correspondiente al control del diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada, con fecha del 19 de enero de 2022.

92 Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

93 Corte Constitucional, Sentencia T-1041 de 2006.

94 En el escrito de tutela, la accionante solicitó: “Ordenar a la EPS, [...] brindar la atención integral requerida [...], es decir, todos los procedimientos médicos, quirúrgicos o insumos que sean requeridos y ordenados por los/las médicos/as tratantes, en especial a lo que atañe a su condición como mujer transexual y a su tránsito sexual y de género sin dilaciones o demoras injustificadas” (negrilla original). Expediente electrónico. “01EscritoTutela.pdf”, folios 2 y 3.

95 En sede de revisión, la representante de la accionante afirmó que “la garantía del derecho a la identidad sexual y de género no se agota con la realización de la cirugía de vaginoplastia, sino con el tratamiento integral que requiera mi poderdante para su proceso de afirmación de género y que sea prescrito por los médicos tratantes en su proceso de tránsito”. Expediente electrónico. “2.2.-44OficioCorteConstitucional.pdf”, folio 3.

96 Corte Constitucional, Sentencia T-178 de 2017. Posición reiterada en la Sentencia T-259 de 2019. Ver también sentencias T-081 de 2019, T-475 de 2020 y T-369 de 2022.

97 Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2009. Posición reiterada en la Sentencia T-259 de 2019.

98 Corte Constitucional, Sentencia T-369 de 2022. Ver también sentencias T-081 de 2019 y T-475 de 2020, entre otras.

99 Expediente electrónico. “2.2-Anexo1HC.pdf”, folio 18.

100 Expediente electrónico. “2.2-Anexo1HC.pdf”, folio 5.

101 Ibídem, folios 19-23.

102 Solicitud de tutela, folio 2.

103 Corte Constitucional, sentencias T-377 de 2021, T-490 de 2018 y C-951 de 2014.

104 Corte Constitucional, Sentencia T-329 de 2021.

105 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 156.

106 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 157.

107 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 161.

108 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 171.

109 Véase, folio 5 del documento denominado «30. Respuesta Juzgado Penal».

110 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 161.

112 Se omite revelar su nombre con el fin de proteger la intimidad de la accionante.

113 Véase, página 5 de la sentencia de primera instancia.

114 Ibidem.

115 Se omite revelar su nombre con el fin de proteger la intimidad de la accionante.

116 Véase respuesta de la IPS al escrito de tutela.

117 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 162.

118 Ibidem.

119 Sentencia T-199 de 2023, párrafo 164.

120 Se omite revelar su nombre con el fin de proteger la intimidad de la accionante.

121 Folio 4 del documento denominado «Anexo 1 HC» del expediente.

122 Específicamente en las sentencias SU-440 de 2021 y T-033 de 2022.

123 Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa; SV Luis Guillermo Guerrero Pérez).