

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-
Configuración

(i) cuando se presenta un hecho extraordinario en virtud del cual el actor pierde interés en la pretensión que inicialmente plasmó en la acción de tutela; (ii) cuando el objeto del amparo se torna de imposible realización, por la ocurrencia de un cambio en las situaciones de hecho que motivaron la presentación de la demanda; (iii) cuando el accionante fallece y la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales alegados no es la causante de la muerte; o (iv) cuando el propio demandante procede de manera directa con la satisfacción de la pretensión reclamada.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-
Accionante realizó, de manera particular, cirugía para afirmación de identidad de género

Referencia: Expediente T-6.950.213

Asunto: Acción de tutela instaurada por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre¹ contra Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo y la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptados por el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá y el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela presentada por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre contra Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

1.1. El accionante, hombre transgénero de 37 años, manifiesta que desde su infancia se ha identificado con el género masculino y que se encuentra en un proceso de tránsito para la

afirmación de su rol de género. En tal sentido, revela que en el año 2012 acudió a Compensar E.P.S. con el objetivo de iniciar los procedimientos médicos relativos a la construcción de su identidad masculina, siéndole requerido de manera previa un dictamen de disforia de género, el cual lo llevó a ser objeto de valoración por psiquiatría en la Clínica Nuestra Señora de la Paz, en la que se le diagnosticó “trastorno de identidad de género”.

1.2. Aun a pesar de lo anterior, Compensar E.P.S. le informó que tenía que someterse de nuevo a una evaluación psiquiátrica, alegando que el dictamen presentado no era válido, sin aducir justificación alguna. De ahí que solo hasta tres años después, esto es, en el año 2015, asistió por segunda vez a valoración por psiquiatría y le fue expedido otro dictamen en el que se reiteró su diagnóstico inicial.

1.3. Fue así como acudió con posterioridad a varias citas con especialista en endocrinología e inició tratamiento de hormonización. En este punto, Compensar E.P.S. resolvió remitirlo al Hospital Universitario San Ignacio para que iniciara su proceso de transformación corporal en el interés de reconstruir su identidad de género.

1.4. Empero, el Hospital Universitario San Ignacio decidió remitirlo, una vez más, a valoración por psiquiatría. Por eso, entre el 11 de mayo y el 1 de junio de 2016, fue objeto de examen en dos oportunidades adicionales frente a las que se expidieron sendos dictámenes en los que se corroboró el diagnóstico prescrito desde un comienzo.

1.5. El 13 de febrero de 2017, su cirujano plástico tramitó solicitud de autorización de servicios médicos no incluidos en el POS a fin de que se le practicara una “mamoplastia reductora por ginecomastia”. No obstante, al día siguiente, el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud No POS de Compensar E.P.S. suscribió acta en la que resolvió su devolución, toda vez que el referido procedimiento quirúrgico se encontraba por fuera de la cobertura del plan de beneficios en salud y no se evidenciaba un riesgo inminente para la vida².

1.6. Más adelante, el 31 de marzo de 2017, el accionante fue valorado por ginecología y obstetricia para efectos de que se le realizara el procedimiento de histerectomía, y se le ordenó una ecografía pélvica y consultas de seguimiento con especialista.

1.7. En el mes de agosto de 2017, el actor decide presentar una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud por cuenta de la negativa de Compensar E.P.S. a autorizar la realización de la mamoplastia de reducción que le fue prescrita por su médico tratante. Habiéndosele dado traslado a esta última, en el mes siguiente se le comunicó que no era posible acceder al procedimiento quirúrgico solicitado con cargo al Plan de Beneficios, dado que se consideraba meramente estético y no funcional³.

1.8. Por tal motivo, el 6 de febrero de 2018, radicó derecho de petición en Compensar E.P.S. para insistir en la realización del procedimiento requerido para la reafirmación de su identidad de género. Sin embargo, a la fecha de interposición de la acción de tutela, aún no había recibido respuesta alguna.

2. Presentación de la acción de tutela

2.1. El señor Dupuis-Vargas Latorre resolvió incoar una acción de tutela el 21 de mayo de 2018 contra Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio para que le fueran amparados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, aparentemente vulnerados por no habersele realizado aún el procedimiento de “mamoplastia reductora por ginecomastia”. En tal virtud, solicitó al juez constitucional que les ordenara la práctica de la cirugía autorizada por su médico tratante y que se le garantizara un tratamiento integral en salud, en el que se reconocieran los dictámenes de disforia de género que ya fueron expedidos para acceder a los servicios

médicos. Igualmente, pidió que se instara a la EPS demandada a expedir un documento que esclareciera la manera como deben adelantarse los trámites administrativos para el acceso a los servicios de salud que hacen parte de la reafirmación de la identidad sexual para personas transgénero⁴.

2.2. Para justificar sus pretensiones, el actor explicó que el procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia que se le ha negado “es la primera cirugía dentro de un proceso más largo de reafirmación de [su] identidad en el que tendr[á] que acceder a más procedimientos quirúrgicos a futuro”⁵, y que la negativa de la E.P.S. accionada a practicarla por presunta falta de riesgo inminente para la vida, desconoce por completo la jurisprudencia constitucional en materia de acceso de las personas transgénero al sistema de salud. Por lo demás, arguyó que las múltiples barreras administrativas que se le han impuesto durante más de seis años para que le sea practicada la cirugía requerida quebrantan su derecho fundamental a la dignidad humana, pues “es inaceptable que desde el 2012 las accionadas hayan solicitado cuatro dictámenes diferentes de ‘disforia de género’ para brindarle atención médica (...), prolonga[n]do extensamente y sin justificación [el] acceso digno al sistema de salud a través de los procedimientos que necesit[a]”⁶.

3. Intervención de las entidades demandadas y vinculadas al proceso

3.1. El Hospital Universitario San Ignacio intervino en la causa a fin de dejar en claro que ha venido actuando en forma correcta y que no se ha presentado ninguna traba o demora que se le pueda endilgar, ya que el demandante “ha sido atendido de manera oportuna y de acuerdo con el protocolo establecido por el grupo médico para este tipo de pacientes. Se ha dado constancia en la historia clínica que debe hacerse en primera instancia la mamoplastia de reducción para lo cual se expidieron órdenes de procedimiento en febrero de 2017”. Así mismo, informó que el usuario cuenta con “la valoración completa para ser sometid[o] a Mastectomía e Histerectomía abdominal con ooforectomía. Dichos procedimientos serán por separado como se estableció en el grupo. Se iniciará con la mastectomía por parte del

servicio de Seno y Tejidos blandos. La histerectomía mas (sic) ooforectomía, será programada por el doctor Barbosa. Se remite a Ginecología”, no existiendo “impedimento para seguir adelante con el proceso que (...) inició hace años mediante la aplicación de hormonas masculinas, teniendo bien claro (...) las posibles consecuencias médicas de las intervenciones (...), cuya decisión es clara e incontrovertible”⁷.

3.2. Por su parte, Compensar E.P.S. en su respuesta a la acción de tutela solicitó que se negaran las pretensiones contenidas en la demanda. En efecto, hizo énfasis en que al accionante se le han prestado de manera oportuna todos los servicios médicos que ha requerido y, concretamente, con respecto al procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia y al suministro de tratamiento integral, recalcó que “las solicitudes actuales del paciente según los ordenamientos médicos fueron tratadas por el CTC considerándose que no hay riesgo inminente para la vida, siendo este el motivo de la negación de los mismos”⁸. De suerte que, en el caso concreto, no se advierte ningún compromiso de carácter funcional o vital en la eventual realización de dicho procedimiento, siendo, por el contrario, eminentemente suntuario o cosmético, lo que lleva a que exista una imposibilidad legal para asegurar su cubrimiento con cargo a los recursos del SGSSS.

3.3. Entre tanto, la Clínica de Nuestra Señora de la Paz, fungiendo en condición de entidad vinculada al proceso, sugirió su desvinculación del trámite tutelar sobre la base de considerar que le ha brindado al demandante una atención médica oportuna y eficaz, por cuanto “ha sido valorado en la entidad en varias oportunidades desde el año 2011, siendo la última vez el día veintiocho (28) de mayo de 2015 por la especialidad de psiquiatría con diagnóstico de trastorno depresivo recurrente resuelto + antecedente disforia de género”⁹.

3.4. Por último, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), igualmente vinculada al presente trámite, dio contestación a la acción de tutela y solicitó que se denegara el amparo constitucional respecto de dicha entidad, pues no ha efectuado ninguna conducta atentatoria de los derechos fundamentales del actor. Incluso,

aclaró que el juez de tutela debe “abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito propio de la acción”¹⁰.

4. Decisiones judiciales de instancia

4.1. El 5 de junio de 2018, el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá profirió sentencia en la que amparó los derechos fundamentales del accionante, razón por la cual ordenó a Compensar E.P.S. autorizar la cirugía de mamoplastia de reducción, así como facilitar los demás procedimientos médicos necesarios para atender de forma integral lo que eventualmente se le prescriba en función de su proceso de reafirmación sexual. Del mismo modo, requirió tanto al representante legal de Compensar E.P.S. para que ejerciera control y vigilancia sobre las autorizaciones expedidas con el fin de hacerlas efectivas, como a la I.P.S. demandada en el propósito de que las direccionara adecuadamente para garantizar el tratamiento integral de reafirmación de sexo¹¹.

En concepto de la autoridad judicial, “la mamoplastia de reducción adquiere un carácter funcional, dado que se requiere y solicita para efectos de reafirmar la masculinidad del accionante, elemento esencial de su identidad y condición para garantizar su derecho a la salud en el sentido integral del mismo”. Con base en lo expuesto, aseguró que “los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres y hombres trans que, si bien no se encaminan a tratar una enfermedad como tal, se instituye como medio necesario para que pueda garantizarse a este grupo bienestar emocional, físico y sexual”¹², motivo por el que la E.P.S. accionada transgredía los derechos del actor al negarle la práctica del procedimiento ordenado por su médico tratante, alegando su carácter meramente estético.

4.2. El demandante decidió impugnar parcialmente la anterior decisión al haberse protegido tan solo el derecho a la salud y no habersele reconocido con el nombre acorde a su identidad

de género, utilizándose artículos gramaticales que lo categorizan como mujer. En ese sentido, insistió en que se reconozca el nombre y el género con el que se identifica.

De otra parte, adujo que no se reconoció el largo proceso al que fue sometido y que constituyó una barrera de acceso para la realización de los procedimientos médicos prescritos, pues luego de ocho años y cuatro diagnósticos de psiquiatría no ha podido acceder a la cirugía de transformación corporal solicitada, por lo que pidió se destacara esta situación en la sentencia y, así mismo, se ordenara reconocer los certificados de disforia de género ya expedidos para acceder a los servicios médicos.

4.3. La Clínica Nuestra Señora de la Paz también impugnó el fallo de primera instancia bajo el argumento de que dicha entidad había prestado en su totalidad los servicios médicos requeridos por el accionante.

4.4. El 19 de julio de 2018, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá resolvió confirmar la providencia recurrida, por considerar que la protección conferida al actor se había otorgado con fundamento en jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional. Sin embargo, en cuanto al reconocimiento de su nombre y género identitario, indicó que “mientras LAURA GISSELLE VARGAS LATORRE, no cambie su identidad de género de femenino a masculino y nombre ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para efectos legales, será identificada como tal”. Ahora bien, por lo que se refiere al reconocimiento del diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios médicos requeridos, señaló que el mismo ya fue avalado por la IPS Hospital San Ignacio para la realización de la cirugía solicitada.

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Mediante auto del 29 de octubre de 2018, proferido por la Sala de Selección de Tutelas

Número Diez de la Corte Constitucional¹³, el expediente contentivo de la presente acción fue escogido para revisión y repartido a esta Sala para su estudio.

5.2. El 20 de febrero de 2019, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (PAIIS) radicó una intervención a través de la cual incorporó una declaración complementaria en representación del actor, en la que este relató todo lo concerniente a su proceso de tránsito de género y detalló las valoraciones realizadas por psiquiatría en procura de obtener el dictamen de disforia de género para iniciar los procedimientos médicos tendientes a la reconstrucción de su identidad sexual. En dicha declaración, el accionante puso de manifiesto que acudió de manera particular a la cirujana plástica Lucero Camelo, quien le realizó la cirugía pretendida el 12 de diciembre de 2018. Adicionalmente, anexó Registro Civil de Nacimiento expedido el 20 de noviembre de 2018 y contraseña del documento de identidad, emitida el 11 de diciembre de ese mismo año, en los que se identifica como Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre¹⁴.

Finalmente, el citado programa señaló que los procedimientos quirúrgicos que son requeridos en el marco de un proceso de afirmación de género adquieren un carácter funcional por estar ligados a la propia identidad. Siendo así las cosas, dio por sentado que, en el caso concreto, los jueces de tutela infringieron los derechos fundamentales a la identidad de género y al acceso a la administración de justicia del actor al referirse a aquel en las respectivas sentencias con el nombre y sexo que aparece en su documento de identidad y no conforme a su nombre identitario, el cual solicitó expresamente se le reconociera.

5.3. En auto del 22 de febrero de 2019, la entonces magistrada sustanciadora¹⁵ consideró necesario invitar a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, a la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo, y a las facultades de medicina de la Universidad de los Andes, la Universidad del Rosario, la Universidad del Valle y la Universidad de Antioquia, para que aportaran sus opiniones sobre el caso concreto e informaran a la Sala sobre las

siguientes cuestiones específicas: (i) ¿qué implicaciones tiene la modificación realizada por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, en la que se excluyó el “trastorno de identidad de género” del listado de “trastornos de la personalidad y el comportamiento” y pasó a ser llamado “incongruencia de género” y a ser considerada como una “condición relativa a la salud sexual”?; (ii) ¿cómo se define y clasifica el transgenerismo en otros documentos científicos emitidos por otras organizaciones internacionales?; (iii) ¿cómo se precisan los procedimientos médicos que requiere una persona trans tendientes a reafirmar su identidad de género?; (iv) ¿cómo se determina y qué elementos deben tenerse en cuenta para emitir un diagnóstico de “disforia de género” o “trastorno de identidad de género”? Las respuestas ofrecidas al cuestionario pasan a resumirse a continuación:

5.3.1. Departamento de Psiquiatría de la Universidad del Valle

El Director de la Escuela de Medicina de la Universidad del Valle remitió concepto elaborado por el Departamento de Psiquiatría de dicha Universidad en el que da respuesta al referido proveído. Sobre la reclasificación realizada por la OMS de la “incongruencia de género”, precisa que “la actual clasificación del CIE 11 aleja el concepto de incongruencia de género de los trastornos mentales y la ubica en el área de la salud sexual, todo encaminado a brindar atención integral y digna de las personas con condición de género específica, no por considerarlo patológico, sino más bien para priorizar y dar especial atención, de manera que se anulen las barreras de acceso a los servicios de salud, al tiempo que busca reducir los riesgos que previamente asumían estas personas en la búsqueda de su transformación en lugares no habilitados, cuando el sector salud les cerraba las puertas. Por lo tanto, reduce la morbi-mortalidad de la población trans”.

En cuanto a la segunda pregunta, refiere que el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) señala que las personas transgénero son aquellas que “de forma transitoria o permanente se identifican con un género diferente de su género natal”. En relación con el tercer interrogante, indica que, desde la psiquiatría, se realiza una

valoración previa a una transformación física, la cual no consiste en psicopatologizar la condición de género, sino que se busca descartar la presencia de trastornos psiquiátricos que estén alterando la capacidad volitiva del individuo para tomar decisiones trascendentales en su vida. En último lugar, frente a la cuarta pregunta, asevera que, mientras la “disforia de género” alude al malestar de la persona con el medio y las barreras de acceso para lograr su bienestar físico y mental, el concepto de “trastorno de identidad de género”, por el contrario, se estima en desuso, pues hace referencia a una condición patológica que no corresponde con los conceptos vigentes sobre el género.

5.3.2. Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes

Por medio de correo electrónico enviado el 19 de marzo de 2019, la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes dio respuesta al cuestionario. Respecto del primer interrogante, explicó que la principal implicación de la modificación realizada por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11 es la de “desligar la identidad de género, cualquiera que ella sea, de una connotación patológica o trastorno y centrar más la atención en el malestar psicológico y social que genera una identidad de género incongruente con el sexo biológico”. En lo que se refiere a la segunda pregunta, indica que el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) “define la disforia de género como una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna al nacimiento de acuerdo con el sexo natal”. En lo que tiene que ver con los procedimientos médicos que requiere una persona trans orientados a reafirmar su identidad de género, aseguró que la atención médica en estos casos debe ser asumida por un grupo multi y transdisciplinar que cuente con médicos de diferentes especialidades para definir el procedimiento a seguir. Sobre el cuarto punto, recalcó que el DSM-5 contiene criterios para hacer el diagnóstico de disforia de género, a saber: (i) una marcada incongruencia entre el sexo que la persona siente o expresa y el que se le asigna al nacer, de una duración mínima de seis meses, manifestada por una serie de características que varían si se trata de un adulto o un niño; y (ii) un malestar clínicamente significativo o deterioro social, escolar o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

5.3.3. Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo

La Presidente de la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo intervino para pronunciarse sobre las implicaciones del cambio realizado por la OMS en el CIE-11 e indicó que el objetivo de esta modificación “es la despatologización y la aclaración de que no es una enfermedad mental”, sino una condición que requiere de intervención médica por parte de un equipo especializado. Sobre cómo se establecen los procedimientos médicos que requiere una persona trans para llevar a cabo el proceso de reafirmación de su identidad de género, indica que estos se determinan a partir del manejo integral por parte de un equipo multidisciplinario, “formado por los servicios de psiquiatría, endocrinología, urología, ginecología, genética, cirugía plástica, otorrinolaringología y el comité de ética médica de la institución”. Por otra parte, en lo referente a cómo se emite un diagnóstico de “disforia de género”, subrayó que “se realiza una entrevista por psiquiatría al paciente en la que se determina si presenta los criterios de la condición de disforia de género o trastorno de identidad de género. Se tienen en cuenta, además, las experiencias de vida (como uso de vestuario del género con el que se identifica, el rol social, etc.) y las expectativas frente al tratamiento médico”¹⁶.

5.4. Por último, bien vale la pena reseñar que el Director de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo intervino en el trámite del presente juicio. A este respecto, advirtió que la Corte Constitucional debía considerar que “el hecho de que los jueces de tutela se hubieran referido al actor por su nombre asignado al nacer y no por aquel con el que se identifica, significó invalidar su identidad de género”. De igual forma, llamó la atención sobre la insistencia de las entidades demandadas en tratar la identidad de género del tutelante como una patología y, en esa medida, someterlo a la práctica de múltiples valoraciones psiquiátricas que, a la postre, “revelan una clara discriminación sistemática que no fue objeto de análisis por los jueces de conocimiento”¹⁷.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corporación es competente para revisar las decisiones judiciales recién descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por virtud del Auto del 29 de octubre de 2018, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, que escogió el expediente para revisión.

2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

2.1. Antes de proceder a examinar el fondo del asunto, es preciso que esta Sala de Revisión analice el cabal cumplimiento de los requisitos de procedencia formal de la acción de tutela ejercida por el señor Dupuis-Vargas Latorre contra Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio.

2.2. El requisito correspondiente a la legitimación en la causa por activa se tiene por satisfecho, comoquiera que el actor promueve la acción de tutela en nombre propio y actúa en ella directamente en defensa de sus derechos e intereses y con el objetivo sustancial de que sea emitida una decisión sobre el mérito de lo pretendido y las razones de la oposición¹⁸. Asimismo, se acredita el cumplimiento del requisito de legitimación por pasiva en el presente proceso, en vista de que el recurso de amparo se dirige contra Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio, entidades que se encargan de la prestación del servicio público de salud y a quienes se les atribuye la transgresión de las garantías iusfundamentales en discusión¹⁹.

Inmediatez

2.3. En el asunto que se revisa se evidencia que: i) el 14 de febrero de 2017, el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud No POS de Compensar E.P.S. expidió acta en la que resolvió negar el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante; ii) en agosto de 2017, el actor presentó queja ante la Superintendencia Nacional de Salud en razón a la negativa de la entidad demandada; iii) en septiembre de 2017, Compensar E.P.S. dio respuesta a la queja del accionante reiterando la negativa de autorizar la mamoplastia; iv) el 6 de febrero de 2018, el actor presentó derecho de petición ante la E.P.S. demandada para que le fuera autorizada la cirugía; y, en último lugar, v) el 21 de mayo de 2018, el actor promovió la acción de tutela que ahora ocupa la atención de la Sala, fecha para la cual no se le había practicado aún el procedimiento quirúrgico pretendido.

En este contexto, cabe dar por acreditado el presupuesto de inmediatez en el caso concreto, pues durante los 15 meses que transcurrieron entre la fecha de la negativa del procedimiento por parte de la E.P.S. (14 de febrero de 2017) y la fecha de interposición del recurso de amparo (21 de mayo de 2018), el actor resolvió presentar una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud y radicar un derecho de petición ante Compensar E.P.S. en procura de que se le autorizara la cirugía ordenada por su médico tratante, sin que los mismos llevaran a su materialización.

Subsidiariedad

2.4. La acción de tutela procede únicamente cuando no existen otros medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable o, aun existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para

proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en un caso particular.

En relación con el derecho fundamental a la salud, esta Corte ha reconocido el importante rol que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud a través de las funciones jurisdiccionales que le fueron conferidas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007²⁰, modificado por la Ley 1438 de 2011²¹ y, más recientemente, por la Ley 1949 de 2019²², para resolver, con las facultades propias de una autoridad judicial, las controversias que se suscitan entre las EPS y sus usuarios²³.

No obstante lo anterior, es de anotar que en la Sentencia C-119 de 2008²⁴, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, se dejó en claro que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, a pesar de tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no suponen que esta última no pueda proceder como mecanismo transitorio frente a la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable o bien como mecanismo definitivo cuando se revelen ineficaces para salvaguardar adecuadamente el derecho fundamental cuya protección se invoca. Sobre este punto, la Corte precisó en la Sentencia SU-124 de 2018²⁵ lo siguiente:

“(…) pese a que la Corte ha reconocido el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para el caso concreto, por estimar que no podría utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales invocados por la parte actora o concurran circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional.

En tal sentido, esta Corporación ha enfatizado en que el juez de tutela se debe abstener de remitir las diligencias a la Superintendencia de Salud cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas y ha sostenido que se debe hacer un análisis de cada

caso para determinar si el procedimiento ante el ente administrativo de la salud es idóneo y eficaz o si, por el contrario, puede ser desplazado por la acción de amparo. También, en algunas providencias la Corte ha concedido la tutela como mecanismo transitorio, por estimar que se acredita un perjuicio irremediable y, por tanto, ha ordenado a los accionantes que acudan a la referida autoridad en un término de cuatro meses”.

Por lo tanto, para analizar la procedencia de una acción de tutela, el juez no puede evaluar en abstracto la mera existencia de otros instrumentos legales al alcance de quien promueve su ejercicio, sino que es necesario valorar su eficacia material para hacerle frente a las particularidades del caso concreto²⁶. Bajo tal premisa, la Corte ha indicado que resulta desproporcionado solicitar a los accionantes que den inicio al respectivo trámite ante la entidad administrativa, aun cuando esta hubiera sido la acción legal adecuada, por ejemplo, cuando: i) exista riesgo para la vida, la salud o la integridad física; ii) el peticionario se halle en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sea un sujeto de especial protección constitucional; iii) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional; o iv) se trate de una persona que esté en imposibilidad de acceder a una de las sedes físicas de la entidad o de adelantar el procedimiento a través de la internet²⁷.

Desde luego, aun cuando el examen de subsidiariedad en tratándose de sujetos de especial protección constitucional se torna más flexible, esto no implica que la acción de tutela sea procedente de forma inmediata, ya que es menester analizar los pormenores de su situación actual, de suerte que se pueda demostrar que la vía ordinaria deviene inadecuada y que, por lo mismo, el cauce de orden constitucional es el apropiado para reivindicar directamente sus derechos.

De ahí que, en el presente asunto, la Sala considera procedente la acción de tutela como mecanismo principal y definitivo de protección, en tanto su promotor es un sujeto de especial protección constitucional perteneciente a la población transgénero que, desde el año 2012,

inició trámites ante Coomeva E.P.S. para que se le realizaran los procedimientos médicos relacionados con la construcción de su identidad de género sin que a la fecha de presentación del recurso de amparo, esto es, en el mes de mayo de 2018, luego de más de seis años, hubiera obtenido la autorización para la cirugía de mamoplastia reductora por ginecomastia, ordenada por su médico tratante.

La prolongada demora en la autorización del procedimiento médico requerido, aunado al hecho de que el accionante radicó la respectiva queja ante la Superintendencia Nacional de Salud en el mes de agosto de 2017, la cual solo fue trasladada a Compensar E.P.S. para que se pronunciara de fondo, sin obtener ningún tipo de respuesta adicional, evidencian la falta de idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario disponible para la protección inmediata de los derechos fundamentales del actor, abriéndose paso la acción de amparo constitucional como la vía apropiada para defender de forma definitiva sus derechos.

3. Problema jurídico

3.1. En el asunto bajo estudio, el demandante manifiesta que las entidades accionadas se han negado a practicarle el procedimiento quirúrgico de mamoplastia reductora por ginecomastia, necesario en el proceso de afirmación de su identidad de género, por considerarlo meramente estético sin un fin funcional, a pesar de haber sido prescrito por su médico tratante y no obstante contar con el dictamen de “disforia de género”, expedido en cuatro oportunidades diferentes por el área de psiquiatría. Con todo, tanto Compensar E.P.S. como el Hospital Universitario San Ignacio aducen haber prestado a cabalidad los servicios de salud requeridos por el actor.

3.2. Vistas así las cosas, esta Sala deberá establecer si, en efecto, las entidades que prestan servicios de salud vulneran los derechos fundamentales de una persona transgénero al negarse a practicarle los procedimientos médicos propios de la transformación corporal

correspondiente a su identidad de género, por considerarlos puramente estéticos y sin atender a las valoraciones psiquiátricas previas en las que se corroboró el diagnóstico de disforia de género, indispensable para dar inicio al respectivo proceso de reafirmación identitaria.

3.3. De cualquier modo, antes de resolver el interrogante atrás planteado y por fuera del hecho de que se hallan acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo constitucional, en el caso sub-judice es necesario entrar a verificar si se configura una carencia actual de objeto, atendiendo, en principio, a la declaración complementaria allegada al proceso en sede de revisión, en la que se afirma que el actor, a través de un médico particular y con sus propios recursos económicos, ya se practicó el procedimiento quirúrgico reclamado.

4. Carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente. Reiteración jurisprudencial²⁸

4.1. La jurisprudencia de esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto surge cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o “caería en el vacío”²⁹. Al respecto, se ha identificado que esta figura procesal, de ordinario, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.

4.2. El hecho superado tiene ocurrencia cuando lo pretendido a través de la acción de tutela se satisface y desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el demandante, de suerte que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua y, por consiguiente, contraria al objetivo de protección previsto para el amparo constitucional³⁰. En este supuesto, no es perentorio incluir en el fallo un análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales cuya

protección se demanda, salvo “si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, [ya sea] para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado”³¹.

Nótese cómo, en esta causal y en cualquiera de las situaciones descritas que le sirven de ejemplo, es innegable que, conforme se observa en la jurisprudencia constitucional, una eventual orden de amparo no tendría repercusión alguna, pues la coyuntura que originó la interposición de la acción de tutela desapareció, sin que se haya dado cumplimiento a lo pretendido por parte del demandado o se haya presentado un perjuicio sobre los derechos reclamados, como precisamente ocurre con las figuras del hecho superado y del daño consumado.

5. Caso concreto

5.1. Como quedó establecido en el acápite de antecedentes de esta providencia, se tiene que el actor acudió a Compensar E.P.S. desde el año 2012 con la finalidad de acceder a los procedimientos médicos relacionados con la reconstrucción de su identidad de género, motivo por el cual fue remitido en varias oportunidades a valoración por psiquiatría para obtener un diagnóstico de disforia de género, exigido dentro del proceso de transformación corporal. Pese a habersele prescrito la referida condición y contar con la orden de su médico tratante para la práctica de la cirugía de mamoplastia reductora por ginecomastia en el año 2017, Compensar E.P.S. negó su realización al considerar que dicho procedimiento quirúrgico era simplemente estético y no tenía, por consiguiente, una naturaleza funcional.

En efecto, de los hechos y del material probatorio recaudado en el presente caso se advierte que el señor Dupuis-Vargas Latorre fue remitido por Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio en cuatro oportunidades, entre los años 2012 y 2016, a distintas valoraciones por psiquiatría, debido a que los dictámenes de disforia de género eran rechazados y declarados no válidos sin justificación alguna, lo que terminaba dilatando el proceso de transformación corporal acorde con su identidad de género. Inclusive, Compensar E.P.S. llegó a negar la autorización de la cirugía pretendida a través de una decisión contradictoria del Comité Técnico Científico que emitió, el 14 de febrero de 2017, un acta en la que puso de manifiesto que no era necesaria su aprobación por tratarse de un servicio incluido en el plan de beneficios en salud, pero también otra de esa misma fecha en la que se rehusó a su reconocimiento por no cumplir con los requisitos previstos en la Resolución No. 5395 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social “por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA y se dictan otras disposiciones”.

Como puede apreciarse, las múltiples evaluaciones psiquiátricas, interpeladas de forma constante, reiterada y a manera de condición previa para autorizar diversos procedimientos necesarios en el marco del proceso de reconstrucción de género ordenado por su médico tratante, aunado al hecho del prolongado paso del tiempo -casi siete años-, constituyen un serio obstáculo desde el punto de vista del acceso efectivo a los servicios de salud requeridos por el tutelante que ha terminado por dificultar su tránsito de género, en detrimento de sus derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Ciertamente, según lo que se ha apuntado en esta oportunidad, a pesar de contar con los dictámenes psiquiátricos requeridos, Compensar E.P.S. no procedió a autorizar la cirugía de mamoplastia reductora por no reputarla funcional, lo que en este caso derivó en la circunstancia de que el demandante decidiera asumir de manera particular su realización para efectos de avanzar en su proyecto personal de reafirmación sexual.

5.2. Por lo expuesto en precedencia, entonces, no cabe duda de que las entidades

accionadas quebrantaron los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana, a la igualdad y a la identidad de género del actor al imponerle barreras administrativas en términos de accesibilidad frente a la práctica de los procedimientos médicos que requiere como parte de su proceso de construcción identitaria.

5.3. Con todo, debe aclararse que en el asunto que se revisa se presenta el fenómeno de carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente, en razón a que, como ya fue anotado, el propio demandante procedió de manera directa con la satisfacción de la pretensión reclamada. En efecto, el 12 de diciembre de 2018, el actor se practicó, de manera particular y con cargo a sus propios recursos, la cirugía de mamoplastia de reducción prescrita por su médico tratante, cuya realización por parte de la E.P.S. accionada había sido ordenada por los jueces de instancia. En esa medida, al variar la situación de hecho que motivó la presentación de la demanda, a juicio de la Corte, una eventual orden de amparo no tendría repercusión ninguna, pues la coyuntura que llevó a interponer la acción de tutela desapareció.

Por tal motivo, frente a la pretensión de realización de la cirugía de mamoplastia reductora, en la parte resolutive de esta decisión se revocarán los fallos de tutela dictados en sede de instancia para, en su lugar, proceder a declarar la carencia actual de objeto por el acaecimiento del referido hecho sobreviniente.

5.4. Ahora bien, considerando igualmente que el actor puso de presente en el escrito de tutela: i) que tenía derecho a que se le garantizara un tratamiento en salud conforme con su diagnóstico; ii) que la construcción de identidad de género masculina no se agotaba con la sola realización de la mamoplastia de reducción, habida cuenta de que, desde el 31 de marzo de 2017, fue valorado por especialista en ginecología y obstetricia para iniciar el proceso de histerectomía y/o ooforectomía; y iii) que se trataba de una persona próxima a cumplir 38 años de edad que llevaba casi una década en tratamiento de hormonización y que había sido valorado ya en múltiples oportunidades por psiquiatría, en las que se dejó por sentado que su

tránsito de género constituía una decisión propia, firme e incontrovertible, habrá de advertirse tanto a Compensar E.P.S. como al Hospital Universitario San Ignacio para que, en adelante, en relación con los tratamientos y procedimientos médicos que le sean ordenados al demandante como parte del proceso integral de construcción y afirmación de su identidad de género, eviten la imposición de barreras de acceso a fin de prestar adecuadamente los servicios de salud que requiera y, de esa manera, le sean garantizados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad³⁷.

5.5. Finalmente, en relación con la supuesta vulneración del derecho a la identidad de género del actor por el hecho de que los jueces de tutela de instancia, en sus respectivas providencias, utilizaron el nombre que aparecía inicialmente en sus documentos oficiales de identificación a la fecha de interposición del recurso de amparo, esta Sala estima que no cabe efectuar ningún tipo de reproche a dichas autoridades judiciales, pues no es claro que exista un fundamento normativo en virtud del cual se evidencie la obligación de hacer expresa referencia a las personas por un nombre distinto al que figura en sus documentos de identidad, máxime, cuando el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento sumario y específico para modificar el nombre y el sexo en tales documentos. Por lo demás, conviene destacar que, en el transcurso del trámite de revisión, el demandante procedió a cambiar su nombre legal, tanto en el Registro Civil de Nacimiento (el 20 de noviembre de 2018) como en la contraseña del documento de identidad (el 11 de diciembre de 2018), por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre, con el cual fue reconocido en esta providencia, razón por la cual tampoco es plausible adoptar una orden en este sentido, por no surtir ningún efecto.

6. Levantamiento de la suspensión de términos en específicos trámites judiciales de competencia de la Corte Constitucional

6.1. El Ministerio de Salud y Protección Social, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015³⁸, emitió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, por medio de la cual declaró en todo el territorio nacional el estado de emergencia sanitaria con

motivo del riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 y adoptó una serie de medidas sanitarias y preventivas de aislamiento y cuarentena para controlar su propagación y mitigar sus efectos³⁹.

6.2. En función de dicha declaratoria, el Consejo Superior de la Judicatura, haciendo uso de sus facultades constitucionales y legales, particularmente aquellas que le concede el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, profirió los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, en los que dispuso la suspensión de los términos judiciales en todo el país, estableció algunas excepciones y dictó otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor.

6.3. Entre tanto, el Presidente de la República, en desarrollo del Decreto declarativo 417 del 17 de marzo de 2020, expidió el Decreto 469 del 23 de marzo siguiente “Por el cual se dicta una medida para garantizar la continuidad de las funciones de la jurisdicción constitucional en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”⁴⁰, consistente básicamente en la posibilidad otorgada a la Sala Plena de la Corte Constitucional de levantar la suspensión de los términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura cuando fuere necesario para el cumplimiento de sus atribuciones.

6.4. De esta suerte, el pleno de la Corte, mediante Auto 121 del 16 de abril de 2020, resolvió disponer de la competencia antes referida y, en ese sentido, autorizó a las Salas de Revisión de la Corporación para levantar la suspensión de términos judiciales en asuntos concretos sometidos a su consideración, siempre que adopten una decisión motivada a partir del análisis de los siguientes criterios: (i) la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales; (ii) la importancia nacional que revista el caso; y (iii) la posibilidad material de que la cuestión pueda ser tramitada y decidida de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento

preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.

6.5. Siendo así las cosas, la Sala Segunda de Revisión habrá de levantar la suspensión de términos judiciales en el proceso de la referencia, comoquiera que las órdenes adoptadas en esta providencia pueden ser tramitadas de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello suponga la atribución de un gravamen desmedido o excesivo para las partes o las autoridades involucradas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- Por las razones y en los términos de esta providencia, REVOCAR las sentencias de tutela de instancia proferidas el 5 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá y el 19 de julio de 2018 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, frente a la orden de autorizar y realizar la cirugía mamoplastia reductora por ginecomastia. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente.

SEGUNDO.- ADVERTIR a Compensar E.P.S. y al Hospital Universitario San Ignacio para que, en adelante, eviten la imposición de barreras de acceso en relación con los tratamientos y

procedimientos médicos que le sean ordenados a Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre como parte del proceso integral de construcción y afirmación de su identidad de género.

TERCERO.- LEVANTAR, en el presente proceso, la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con lo dispuesto en el Auto 121 del 16 de abril de 2020.

CUARTO.-Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-236/20

PROCESO INTEGRAL DE CONSTRUCCION Y AFIRMACION DE IDENTIDAD DE GENERO DE PERSONAS TRANSGENERO-Al declarar carencia actual de objeto, la Sala eludió su función constitucional de revisión (Salvamento parcial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Mandato de revisión en asuntos constitucionalmente relevantes (Salvamento parcial de voto)

En este caso la Sala no podía omitir su función constitucional de revisión porque (i) la configuración de la carencia actual de objeto se dio justamente en sede de revisión; (ii) se había constatado la violación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional; (iii) la carencia actual de objeto se dio porque el demandante de manera particular y con sus propios recursos se practicó el procedimiento solicitado, y no porque las entidades accionadas hubieran procedido a corregir la vulneración de sus derechos; y (iv) las decisiones de los jueces de tutela no garantizaron íntegramente los derechos fundamentales del accionante.

PROCESO INTEGRAL DE CONSTRUCCION Y AFIRMACION DE IDENTIDAD DE GENERO DE PERSONAS TRANSGENERO-Garantía por EPS de tratamientos y procedimientos médicos en procesos de afirmación de identidad de género (Salvamento parcial de voto)

DERECHO DE LAS PERSONAS TRANSGENERO A ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD-Tratamiento para reafirmación sexual quirúrgica o cambio de sexo (Salvamento parcial de voto)

DERECHO DE LAS PERSONAS TRANSGENERO A ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD-Cirugía de mamoplastia de aumento no tiene fines estéticos por cuanto hace parte de un procedimiento integral de reafirmación sexual quirúrgica o cambio de sexo (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS DE PERSONAS TRANSGENERO A LA IDENTIDAD DE GENERO Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (Salvamento parcial de voto)

Dentro del ámbito de protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana se encuentra la construcción de la identidad de género, esto es, la posibilidad de desarrollar todos aquellos atributos que permiten la identificación de cada uno, su individualización a partir de la consideración e imaginario sobre sí, en sus relaciones consigo mismo y ante los demás. En este sentido, la protección concedida comprende una esfera privada o íntima, prohibiendo las interferencias en los asuntos que sólo conciernen al sujeto; y, también, una esfera externa, en la que la individualidad se expresa y, por tanto, exige del Estado y, en general, de los otros, su respeto y reconocimiento, pues, además, por virtud de la dignidad, existe un derecho a vivir sin humillaciones.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y PROHIBICION DE DISCRIMINACION EN RAZON DE IDENTIDAD DE GENERO Y ORIENTACION SEXUAL-Reiteración de jurisprudencia (Salvamento parcial de voto)

ACCESIBILIDAD A LA INFORMACION COMO PARTE INTEGRAL DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONA TRANSGENERO-Importancia del consentimiento libre e informado (Salvamento parcial de voto)

La importancia que adquiere el consentimiento libre e informado en los casos en los que se soliciten procedimientos médicos tendientes a afirmar la identidad de género. De esta manera se reconoce el respeto a la autonomía de las personas transgénero, quienes valorarán las diferentes opciones médicas de acuerdo a sus intereses y necesidades con la ayuda del personal médico, quien facilitará la toma de decisiones de estas personas a partir de un proceso de diálogo en el que le brinde información adecuada y suficiente sobre los procedimientos o intervenciones que el saber médico ofrece en la actualidad para obtener el resultado deseado por la persona, además de las probabilidades de éxito y riesgo de los mismos y los presupuesto de acceso a los servicios de salud, tales como requisitos y trámites administrativos.

DESPATOLOGIZACION DE LA IDENTIDAD DE GENERO (Salvamento parcial de voto)

La protección integral de los derechos fundamentales del accionante y el estudio que debía realizar el juez constitucional implicaba que se consideraran los recientes pronunciamientos y modificaciones de organismos técnicos especializados, como la OMS, en relación con la identidad de género y su despatologización.

NOMBRE COMO MANIFESTACION DE LA IDENTIDAD PERSONAL Y EL RECONOCIMIENTO INDIVIDUAL COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA UN TRATO ACORDE CON LA IDENTIDAD DE GENERO (Salvamento parcial de voto)

En tránsito hacia una justicia sensible a las identidades

Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Corte, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría en la Sentencia T-236 de 2020.⁴¹ Acompaño la decisión de la Sala de reconocer que Compensar E.P.S. y el Hospital Universitario San Ignacio violaron los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, salvo parcialmente mi voto por considerar que era un deber de esta Sala pronunciarse en el mismo sentido en la parte resolutive de la Sentencia y adoptar los remedios constitucionales que el caso exigía, tal como se explicará a continuación.

La Sentencia T-236 de 2020 revocó las sentencias proferidas por los jueces de tutela en primera y segunda instancia y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho sobreviniente. Lo anterior teniendo en cuenta que durante el trámite de revisión de la acción de tutela en esta Corte el demandante informó que se había realizado de manera particular y con sus propios recursos los procedimientos quirúrgicos requeridos. Si bien en las consideraciones de la Sentencia se advierte con claridad que se vulneraron los derechos fundamentales de Nikita Simmone por las barreras administrativas que se le impusieron para realizar los procedimientos solicitados, en la parte resolutive de la Sentencia no se plasma esta decisión. No se declaró el amparo de los derechos del accionante ni se hizo pronunciamiento alguno sobre las sentencias de los jueces de tutela de instancia. Esta inconsistencia de la Sentencia me impide compartir lo resuelto.

A continuación, en primer lugar explicaré las razones concretas y específicas por las cuales me aparto parcialmente del sentido que se le dio a la decisión. Posteriormente, se presentará la orientación que, a mi juicio, ha debido tener la sentencia en cuestión. Por eso se incluirá el modelo de decisión que fue sometida a consideración de la Sala de Revisión.⁴² Finalmente, señalaré los aspectos más importantes que fueron desconocidos por la Sentencia de la cual me aparto.

1. La declaratoria de un hecho superado no excusaba a la Sala de ejercer su función constitucional de revisión

1.1. La Corte Constitucional ha indicado que cuando se presenta el fenómeno de la carencia actual de objeto el juez constitucional no se encuentra en la obligación de pronunciarse de fondo, salvo que sea necesario “hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”.⁴³

1.2. Ahora bien, cuando se presenta el fenómeno de carencia actual de objeto en sede de Revisión, como sucedió en este caso, la Corte debe analizar si efectivamente existió una vulneración, y así determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y en relación con los cuales acaeció el fenómeno de carencia actual del objeto, en tanto es la autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. En línea con lo anterior, esta Corporación ha dicho que:

“[C]uando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna”.⁴⁴

1.3. Por lo tanto, si la carencia actual de objeto se presenta previamente a que se profiera la Sentencia de Revisión, el Tribunal Constitucional deberá analizar y determinar el alcance de la presunta transgresión de las garantías fundamentales alegadas. De esa manera se podrá establecer si existió o no vulneración de los derechos constitucionales de quien presenta la

acción de tutela, y si las decisiones de instancia se ajustaron adecuadamente a los mandatos constitucionales y legales.

1.4. Lo anterior tiene fundamento en la función constitucional de revisión que le fue asignada a esta Corte,⁴⁵ y que consiste precisamente en revisar y pronunciarse sobre las sentencias de los jueces de tutela para sentar jurisprudencia sobre cómo deben decidirse determinados casos, esto es, cuál debe ser la respuesta del juez constitucional. La Sentencia de la cual me aparto desconoció entonces la función de revisión de las sentencias de tutela que tiene a cargo esta Corte, ya que omitió pronunciarse sobre la violación de los derechos fundamentales del accionante y proceder en consecuencia a ampararlos, así como de decidir sobre la conformidad de las sentencias de tutela de instancia con los mandatos constitucionales. La declaratoria del hecho superado solo podía tener incidencia en la orden que se pudiera proferir respecto de la pretensión principal del demandante, pero no excusaba a esta Sala para amparar los derechos fundamentales de Nikita, pronunciarse sobre las sentencias de los jueces de tutela de instancia y adoptar otros remedios que garantizaran adecuadamente, no sólo los derechos del accionante en el caso concreto, sino en general de las personas transgénero que buscan acceder al sistema de salud para que les sean practicados los procedimientos médicos requeridos que garanticen su derecho fundamental a la identidad de género.

1.5. Pareciera entonces que la Sala no quiere señalar en la parte resolutive de la Sentencia lo que constató en la parte motiva: que sí hubo una violación de los derechos fundamentales del accionante. Esta ambigüedad resulta extraña si se tiene en cuenta que en reiteradas oportunidades esta Corte, y en particular, los magistrados que componen esta Sala, han sido ponentes o han acompañado sentencias en las que, si bien se declara una carencia actual de objeto, se amparan sin embargos los derechos del demandante y así se dispone en la parte resolutive de la sentencia, para lo cual se revocan o confirman las sentencias de tutela de los jueces de instancia y se adoptan distintos remedios constitucionales.⁴⁶ Por lo tanto, surge la pregunta de por qué en esta oportunidad no se actuó en consecuencia: ¿es en razón de la persona que interpone la tutela?, ¿de las entidades demandadas?, ¿de los derechos que

estaban en juego?

1.6. Sea cual fuere la motivación para esta incomprensible decisión, lo cierto es que en este caso la Sala no podía omitir su función constitucional de revisión porque (i) la configuración de la carencia actual de objeto se dio justamente en sede de revisión; (ii) se había constatado la violación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional; (iii) la carencia actual de objeto se dio porque el demandante de manera particular y con sus propios recursos se practicó el procedimiento solicitado, y no porque las entidades accionadas hubieran procedido a corregir la vulneración de sus derechos; y (iv) las decisiones de los jueces de tutela no garantizaron íntegramente los derechos fundamentales de Nikita, tal como se explicará más adelante.

1.7. Ahora bien, ¿cómo fue posible que en un caso con implicaciones constitucionales relevantes la Sala eludiera su función constitucional de revisión? No encuentro una respuesta que sea válida ante el sufrimiento y a la violación de los derechos fundamentales que por años tuvo que padecer Nikita. Debe recordarse que “los jueces de tutela tienen el deber constitucional de ser sensibles a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional”,⁴⁷ sin embargo, en este caso este deber fue olvidado por la Sala de Revisión. Esto se evidencia no solo porque la Sentencia no amparó los derechos fundamentales del accionante, sino también porque no entendió la dimensión de la violación de sus derechos y prefirió minimizar y no contar todo lo que había pasado, tanto en los hechos que originaron la presente acción de tutela como en el proceso de revisión ante esta Corte, en el que se allegaron diversas intervenciones de entidades públicas y privadas y de expertos en la materia, así como una declaración de ampliación de la acción de tutela presentada por el propio demandante. Estos documentos resultaban de especial relevancia para garantizar adecuada e integralmente los derechos de Nikita y brindar, por parte de la Corte Constitucional, una respuesta acorde a los mandatos constitucionales y respetuosa de los derechos de las personas transgénero.

2. La decisión que se ha debido tomar

Para mostrar qué fue lo que no se contó y qué aspectos se debieron analizar, a continuación se adjunta la versión del proyecto de Sentencia presentado inicialmente por la suscrita Magistrada a la Sala de Revisión y que fue derrotado por la mayoría de ésta, incluyendo no solamente las consideraciones sobre el caso, sino los antecedentes que contienen toda la información que obvió la Sentencia para poder llegar a la decisión a la cual se quería llegar.

“I. ANTECEDENTES

La acción de tutela objeto de pronunciamiento fue fallada, en primera instancia, por el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá; y, en segunda instancia, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, seleccionada para revisión y repartida a esta Sala⁴⁸. A continuación se exponen los hechos relevantes y las decisiones de instancia.

1. Hechos y solicitud

Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre, hombre transgénero, interpuso acción de tutela en contra de Compensar EPS y el Hospital Universitario San Ignacio por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que las entidades accionadas se han negado a practicarle el procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia, necesario en su proceso de afirmación de su identidad de género, sometiénolo a un proceso de diagnóstico excesivo e innecesario que obstaculizó el goce efectivo de sus derechos.

1.1. El accionante, hombre transgénero de 36 años de edad, señala que desde su infancia se ha identificado con el género masculino y así desea ser reconocido en todos los ámbitos de su vida, con tal fin quiere realizarse una serie de cirugías y procedimientos médicos para afirmar su identidad de género.

1.2. En el año 2012 acudió a Compensar EPS para iniciar los procedimientos médicos relacionados con la construcción de su identidad de género. La EPS le solicitó un dictamen de disforia de género. El 26 de abril de ese año acudió a valoración por psiquiatría en la Clínica Nuestra Señora de La Paz, en donde se le diagnosticó trastorno de identidad de género.

1.3. Señala el accionante que Compensar EPS le comunicó que debía volver a someterse a una evaluación psiquiátrica, pues el primer dictamen en el que se le diagnosticó trastorno de identidad de género no era válido, sin que le expusiera razón alguna para ello. Por ende, el 28 de mayo de 2015, tres años después de la primera cita, acudió por segunda vez a valoración por psiquiatría y se le expidió un nuevo dictamen con diagnóstico de trastorno de identidad de género.

1.4. El accionante acudió a citas con especialista en endocrinología e inició tratamiento de hormonización. La ESP Compensar lo remitió al Hospital San Ignacio para continuar con su proceso de transformación corporal para reconstruir su identidad de género. A pesar de contar con dos dictámenes psiquiátricos de trastorno de identidad de género, en el mencionado Hospital lo remitieron nuevamente a psiquiatría para que fuera valorado. El 11 de mayo de 2016 se expidió el tercer dictamen en el que se confirma el diagnóstico de los dos anteriores. A pesar de lo anterior, fue valorado una vez más por un médico psiquiatra. El 1 de junio de 2016 se expidió el cuarto dictamen en el que se reitera el diagnóstico de trastorno de identidad de género.

1.5. El 30 de enero de 2017 el médico cirujano plástico emitió solicitud de autorización de servicios médicos no incluidos en el POS para que se le practicara al accionante una

mamoplastia reductora por ginecomastia. El 13 de febrero de 2017 Nikita Simonne acudió nuevamente a cita con el cirujano plástico, quien le renovó las órdenes del mencionado procedimiento.

1.6. El 14 de febrero de 2017 el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud No POS de Compensar EPS emitió acta en la que resolvió devolver la solicitud de mamoplastia de reducción por ginecomastia porque el procedimiento estaba dentro de la cobertura del POS. Sin embargo, el mismo día el Comité Técnico Científico expidió una nueva acta en la que niega el procedimiento quirúrgico solicitado por no cumplir los requisitos establecidos en la Resolución 5395 de 2013 del Ministerio de Salud.⁴⁹

1.7. El 31 de marzo de 2017 el accionante fue valorado por ginecología y obstetricia para iniciar el proceso de histerectomía por lo que se le ordenó una ecografía pélvica y consulta de seguimiento por especialista en ginecología y obstetricia.

1.8. En agosto de 2017 Nikita Simonne presentó queja ante la Superintendencia de Salud por la negativa de la EPS accionada a autorizar el procedimiento de mamoplastia ordenado por el médico tratante. La Superintendencia de Salud le comunicó al accionante que había dado traslado de la queja a Compensar EPS para que se pronunciara y, en el evento en que se abriera una investigación administrativa, se le comunicaría de dicha decisión. Compensar EPS dio respuesta y explicó que “no es posible autorizar el procedimiento quirúrgico, con cargo al Plan de Beneficios en Salud ya que se considera estético y no con un fin funcional”.

1.9. El 6 de febrero de 2018 el accionante elevó derecho de petición a Compensar EPS en el que solicitó la autorización del procedimiento quirúrgico requerido y explicó que el derecho a la salud incluye dentro de sus componentes el bienestar físico, emocional y mental de las personas, sin embargo, a la fecha de interposición de la tutela no había recibido ninguna respuesta.

1.10. El 21 de mayo de 2018 Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre interpuso acción de tutela en la que solicitó se ordenara a Compensar EPS autorizar el procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia, se le garantizara un tratamiento integral y se reconocieran los dictámenes de disforia de género que ya se habían expedido para acceder a los servicios médicos. También solicitó ordenar a la EPS accionada expedir un documento en el que se explicara de qué manera se deben dar los procedimientos con personas transgénero, tanto administrativos como de atención en salud, para que sean libres de violencia.

El accionante explica que el procedimiento quirúrgico que se le ha negado es fundamental en el proceso de reafirmación de su identidad de género y la negativa de la EPS accionada de practicar dicho procedimiento desconoce la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Además, las múltiples barreras administrativas que se la han impuesto para que le sea ordenada la cirugía requerida vulneran su derecho a la dignidad humana, sometiéndolo a un proceso de psiquiatrización forzada, sobre lo que indicó:

“es inaceptable que desde el 2012 las accionadas hayan solicitado cuatro dictámenes diferentes de ‘disforia de género’ para brindarme atención médica. La ausencia de criterios para invalidar tres dictámenes médicos de ‘disforia de género’ ha prolongado extensamente y sin justificación mi acceso digno al sistema de salud a través de los procedimientos que necesito, lo que evidencia mi sometimiento a un proceso de psiquiatrización forzada. Es reprochable adicionalmente el hecho de que dentro de mi proceso de diagnóstico se me sometiera a situaciones violentas en las que se me cuestionara mi identidad de género en razón a mi orientación sexual y a que no he hecho mi cambio de nombre legalmente”.

Nikita Simonne indicó que el respeto a su autonomía personal parte de que se respete su decisión de afirmar su identidad de género como la de un hombre, para lo cual es necesario

que se garanticen los procedimientos quirúrgicos que lo hagan posible. En este sentido, añade que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que las identidades de género diversas gozan de protección constitucional pues son una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

2. Respuesta a la acción de tutela

2.1. El Hospital Universitario San Ignacio en su respuesta a la acción de tutela, señaló que ha actuado correctamente y no se ha presentado ninguna demora atribuible al Hospital, pues “se ha atendido de manera oportuna y de acuerdo al protocolo establecido por el grupo médico para este tipo de pacientes. Se ha dejado claro en la historia clínica que debe hacerse en primera instancia la mamoplastia de reducción para lo cual se expidieron órdenes de procedimiento en febrero de 2017”.

2.2. Compensar EPS dio respuesta a la acción de tutela y solicitó negar las pretensiones del accionante. Señaló que se han prestado de manera oportuna todos los servicios a que tiene derecho y respecto de la mamoplastia reductora por ginecomastia, indicó que “las solicitudes actuales de la paciente según los ordenamientos médicos fueron tratadas por el CTC considerándose que no hay riesgo inminente para la vida del paciente, siendo este el motivo de la negación de los mismos”.

2.3. La Clínica de Nuestra Señora de la Paz, vinculada al trámite de tutela por el juez de primera instancia, dio respuesta a la acción y solicitó se la desvinculara del presente proceso. Indicó que la Clínica ha brindado la atención médica al accionante de manera oportuna y eficaz, “ha sido valorado en la entidad en varias oportunidades desde el año 2011. Se determina que la referida paciente fue valorada por última vez el día veintiocho (28) de mayo de 2015 por la especialidad de psiquiatría con diagnóstico de trastorno depresivo recurrente resuelto + antecedente disforia de género”.

2.4. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), vinculada al trámite de tutela por el juez de primera instancia, contestó la acción de tutela y solicitó negar el amparo en lo que tiene que ver con dicha entidad, pues no ha realizado ninguna conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor. Además, señaló que el juez constitucional debe “abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro, en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito de la acción de tutela”.

3. Decisiones de instancia en el trámite de la acción de tutela e impugnación

3.1. Decisión de primera instancia

3.1.1. El 5 de junio de 2018, el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá profirió sentencia de primera instancia en la que amparó los derechos fundamentales del accionante y le ordenó a Compensar EPS autorizar el procedimiento de mamoplastia de reducción y facilitarle los demás procedimientos médicos necesarios para su atención integral. El juez de primera instancia adujo que la mamoplastia de aumento o de reducción de seno no tiene fines estéticos cuando forma parte del tratamiento integral de reafirmación de género. En efecto, “los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres y hombres trans que, si bien no se encaminan a tratar una enfermedad como tal, se instituye como medio necesario para que pueda garantizarse a este grupo bienestar emocional, físico y sexual”, razón por la cual la EPS accionada vulneraba los derechos del accionante al negar la práctica del procedimiento ordenado por el médico tratante.

3.1.3. La Clínica Nuestra Señora de la Paz también impugnó el fallo de primera instancia aduciendo que dicha entidad había prestado todos los servicios médicos requeridos por el accionante.

3.2. Decisión de segunda instancia

El 19 de julio de 2018 el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia. Señaló que el amparo había sido concedido con fundamento en la jurisprudencia constitucional. Frente al reconocimiento de su nombre y género identitario, indicó que “mientras LAURA GISSELLE VARGAS LATORRE, no cambie su identidad de género de femenino a masculino y nombre ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para efectos legales, será identificada como tal”. Frente a la solicitud de revisar la cirugía ordenada, explicó que la propia accionante había solicitado en la acción de tutela la práctica de dicho procedimiento, el cual había sido avalado por los médicos de la EPS accionada, por lo que no debe el juez de tutela pronunciarse sobre el tipo de cirugía que requería la actora.

4. Declaración suplementaria del accionante

4.1. Durante el trámite de revisión del presente proceso de tutela, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (PAIIS), en representación del accionante, presentó declaración suplementaria de este. Nikita Simonne relató su proceso de tránsito de género y detalló las valoraciones realizadas por distintos psiquiatras en procura de obtener el dictamen de disforia de género para iniciar los procedimientos médicos tendientes a la afirmación de género. Indicó que en la primera valoración psiquiátrica realizada en la Clínica Nuestra Señora de La Paz, en abril de 2012, se le preguntó por su red de apoyo, por su infancia, si actualmente tenía pareja, y señaló: “yo sentía que si quería lograr la terapia hormonal y la cirugía de mastectomía, debía a toda

costa ‘demostrar’ mi masculinidad”. Explicó que en el proceso de obtener el tercer certificado de disforia de género, el 2 de mayo de 2016 se le realizó el test Inventario Multifásico de Personalidad Minnesota (MMPI-2), entre otras pruebas, sobre lo que relata: “Nunca me explicaron para qué se hacían las pruebas de personalidad (...). En la primera prueba que realicé me pidieron que pintara una casa y describir la historia de la casa y por qué la casa estaba diseñada así. Yo odio pintar, realmente me molesta muchísimo, entonces me dio mucha incomodidad y sólo quería salir rápido de eso. Me sentía muy incómodo. La segunda prueba consistía en dibujar una persona y contar un cuento a partir de la persona dibujada y escribirlo”. Sobre el test MMPI-2, dijo que contenía 350 preguntas para responder afirmativa o negativamente, “recuerdo que las preguntas me parecían sexistas, y me incomodaron a razón de mi apuesta por una masculinidad no machista o patriarcal. Recuerdo tres en particular: ‘¿Si usted fuera periodista, preferiría hacer reportajes sobre deportes o farándula?’, ‘¿Usted sería vendedor de flores?’; ‘¿Usted está de acuerdo con que las mujeres tengan los mismos derechos sexuales que los hombres?’. Todas con posibilidad de respuesta ‘Sí o No’. Yo recuerdo que todo el tiempo de la prueba me preguntaba a mí mismo qué decía esta prueba de mi tránsito y cómo reflejaba el tipo de acompañamiento que debería recibir. Me sentí muy agotado por la prueba”.

4.2. El 11 de mayo de 2016 le entregaron su tercer dictamen de disforia de género y la psiquiatra que la atendió le dijo que no entendía por qué la habían retenido tanto tiempo en distintas evaluaciones de salud mental. Sin embargo, cuando acudió a recoger los resultados de las pruebas y test realizados, una psicóloga le dijo que el certificado que le habían dado no tenía validez porque la psiquiatra que lo había expedido no estaba encargada de hacer el acompañamiento a las personas trans, por lo que se sintió profundamente frustrado. Sin embargo, acudió a una nueva cita con un nuevo psiquiatra, sobre lo que comenta: “El Dr. Santacruz me preguntó por mis prácticas sexuales, pregunta que evadí, sin embargo, y en un momento de ‘honestidad’ terminé ‘confesando’ que yo soy bisexual. En ese momento, la cara que puso y su expresión corporal cambiaron por completo y me impactaron mucho. Incluyó su cuerpo hacia adelante. Él me interrumpió y me preguntó que cómo así, que qué prácticas sexuales entonces había tenido, y específicamente me preguntó, de manera muy airada, por qué tipo de prácticas sexuales tenía con hombres. Esa reacción me asustó mucho y me causó mucha ansiedad pues temía la posibilidad de recibir la aprobación y el certificado estuviera

en riesgo por mi 'confesión'. Yo intenté decir que sólo estaba interesado en las mujeres y minimicé mi experiencia con hombres diciendo que sólo me había besado con unos hombres que eran gais. Luego de disiparse un poco la tensión, me preguntó qué cirugías quería y yo le dije que tenía completamente claro que quería hacerme la mastectomía. Él procedió a decirme que le hubiera gustado conocer mi caso hace tiempo porque probablemente nunca hubiera permitido hormonarme, y en sus palabras dijo 'yo no hubiera dejado que usted hiciera esto, pero por sentido de realidad le voy a dar el certificado, porque se ve que su decisión es inamovible'. Toda la interacción del psiquiatra conmigo fue como si estuviera enojado, fue muy agresivo. (...) Cuando salí de esa cita sentí una gran ansiedad. Llamé a una amiga y sentí que estaba teniendo un ataque de ansiedad, lloré una hora por teléfono, mientras ella me hacía contención. Empecé a cuestionar todo, por qué había sido agresivo conmigo, por qué me había dicho las cosas que me había dicho, me generó muchas dudas sobre el proceso que yo había iniciado y sentí una gran sensación de impotencia. También sentí mucha culpa por haber confesado que era bisexual, pues intuía que para el psiquiatra eso invalidaría mi masculinidad".

4.3. Después de esto fue valorado por un especialista en cirugía plástica, quien le dijo que era candidato para la cirugía de mamoplastia y reducción bilateral y le dio las órdenes prequirúrgicas que debían ser autorizadas por la EPS. Cuando acudió a la EPS Compensar por la autorización, en un primer momento le entregaron un acta del Comité Técnico Científico en la que autorizaban los procedimientos, sin embargo, al rato recibió una llamada en la que le indicaban que tenía que devolverse a la EPS. Cuando llegó le dijeron que la autorización que ya le habían entregado no era válida y le entregaron un nuevo documento en el que le niegan la autorización del procedimiento sin explicación de las razones por las cuales se cambió la decisión. Explica que buscó la asesoría del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes e interpuso la acción de tutela objeto de este proceso y precisó que, a pesar de que los jueces de tutela que ordenaron a la EPS accionada autorizar los procedimientos tendientes a afirmar su género, tenía dudas sobre la experticia del personal médico del Hospital San Ignacio. Consultó con otros hombres trans que se habían realizado este tipo de cirugías y le indicaron que el procedimiento autorizado en su caso era el que se usaba en casos de cáncer de mama y no incluía la reconstrucción de pectoral masculino, por lo que acudió de manera particular

donde la cirujana plástica Lucero Camelo, quien había realizado estos procedimientos a otros hombres trans. Dice el accionante: “esa cita fue para mí un claro ejemplo de cómo se siente un espacio respetuoso en la prestación de un servicio de salud. Todo el tiempo se refirió a mí en masculino y me dio una explicación muy detallada de cómo funcionaría la cirugía después de hacerme una valoración. Me explicó que además de la mamoplastia, había que hacer una reconstrucción del pectoral que incluía reducir la areola y empujar el músculo pectoral hacia la parte de arriba. Adicionalmente me mostró el brochure de fotografías de cirugías de mamoplastia de reducción bilateral y remodelación de pectoral que había realizado a otros hombres trans anteriormente. La Dra. Camelo nunca me sugirió que yo necesitaría una valoración psiquiátrica para acceder a la cirugía; siempre sentí que respetó mis decisiones”. Por lo tanto, el 12 de diciembre de 2018 se realizó la cirugía requerida con la Dra. Camelo, de la cual se siente satisfecho y le ha significado una enorme tranquilidad.

4.4. El accionante anexó a la declaración su Registro Civil de Nacimiento, expedido el 20 de noviembre de 2018, así como la contraseña del documento de identidad, expedida el 11 de diciembre de 2018, en los que se fija su nombre como Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre.

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Mediante Auto del 22 de febrero de 2019 la Magistrada sustanciadora invitó a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo, y a las facultades de medicina de la Universidad de los Andes, la Universidad del Rosario, la Universidad del Valle y la Universidad de Antioquia, para que aportaran sus opiniones sobre este caso e informaran a la Sala sobre las siguientes cuestiones: (i) ¿qué implicaciones tiene la modificación realizada por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, en la que se excluyó el “trastorno de identidad de género” del listado de “trastornos de la personalidad y el comportamiento” y pasó a ser llamado “incongruencia de género” y a ser considerada como una “condición relativa a la salud sexual”?; (ii) ¿cómo

se define y clasifica el transgenerismo en otros documentos científicos emitidos por otras organizaciones internacionales?; (iii) ¿cómo se determinan los procedimientos médicos que requiere una persona trans tendientes a reafirmar su identidad de género?; (iv) ¿cómo se determina y qué elementos se tienen en cuenta para emitir un diagnóstico de “disforia de género” o “trastorno de identidad de género?”.

5.2. En respuesta al mencionado Auto se obtuvieron las siguientes respuestas:

5.2.1. Departamento de Psiquiatría de la Universidad del Valle

El Director de la Escuela de Medicina de la Universidad del Valle remitió el concepto elaborado por el Departamento de Psiquiatría de dicha Universidad en el que da respuesta al referido Auto. Sobre la reclasificación realizada por la OMS de la “incongruencia de género”, señala que “la actual clasificación del CIE 11 aleja el concepto de incongruencia de género de los trastornos mentales y la ubica en el área de la salud sexual, todo encaminado a brindar atención integral y digna de las personas con condición de género específica, no por considerarlo patológico, sino más bien para priorizar y dar especial atención de manera que se anulen las barreras de acceso a los servicios de salud, al tiempo que busca reducir los riesgos que previamente asumían estas personas en la búsqueda de su transformación en lugares no habilitados, cuando el sector salud les cerraba las puertas. Por lo tanto, reduce la morbi-mortalidad de la población trans”.

En cuanto a la segunda pregunta, indicó que el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM – 5) señala que las personas transgénero son aquellas que “de forma transitoria o permanente se identifican con un género diferente de su género natal”.

En relación con el tercer interrogante, indica que, desde la psiquiatría, se realiza una valoración previa a una transformación física, la cual no consiste en psicopatologizar la condición de género, sino que se busca descartar la presencia de trastornos psiquiátricos que

estén alterando la capacidad volitiva del individuo para tomar decisiones trascendentales en su vida. Finalmente, sobre la cuarta pregunta, precisa que la “disforia de género” alude al malestar de la persona con el medio y las barreras de acceso para lograr su bienestar físico y mental. Por el contrario, el concepto de “trastorno de identidad de género” se considera en desuso, pues hace referencia a una condición patológica que no corresponde con los conceptos vigentes sobre el género.

5.2.2. Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes

Mediante correo electrónico enviado el 19 de Marzo del 2019, Daniel Suárez Acevedo, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, dio respuesta al cuestionario del referido Auto. Sobre el primer interrogante, explicó que la principal implicación de la modificación realizada por la OMS en la Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11 es la de “desligar la identidad de género, cualquiera que ella sea, de una connotación patológica o trastorno y centrar más la atención en el malestar psicológico y social que genera una identidad de género incongruente con el sexo biológico”. En lo que se refiere a la segunda pregunta, indica que el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM - 5) “define la disforia de género como una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y el que se le asigna al nacimiento de acuerdo al sexo natal”. En cuanto a los procedimientos médicos que requiere una persona trans tendientes a reafirmar su identidad de género, aseguró que la atención médica en estos casos debe ser asumida por un grupo multi y transdisciplinar que cuente con médicos de diferentes especialidades para definir el procedimiento a seguir. Sobre el cuarto punto, señaló que el DSM - 5 contiene criterios para hacer el diagnóstico de disforia de género, a saber: (i) una marcada incongruencia entre el sexo que la persona siente o expresa y el que se le asigna al nacer, de una duración mínima de seis meses, manifestada por una serie de características que varían si se trata de un adulto o un niño; y (ii) un malestar clínicamente significativo o deterioro social, escolar o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.

5.2.3. Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo

Mediante escrito remitido por la Presidente de la Asociación Colombiana de Endocrinología, Diabetes y Metabolismo se dio respuesta a las preguntas planteadas en el Auto. Sobre las implicaciones que tiene el cambio realizado por la OMS en el CIE-11, se indicó que el objetivo de esta modificación “es la despatologización y la aclaración que no es una enfermedad mental”, sino una condición que requiere de intervención médica por parte de un equipo especializado. Sobre el segundo interrogante, refiere que el transgenerismo ha sido definido como “disforia de género” en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM-5) de la Asociación Americana de Psiquiatría. En cuanto a cómo se determinan los procedimientos médicos que requiere una persona trans tendientes a afirmar su identidad de género, se indica que estos se establecen a través del manejo integral por parte de un equipo multidisciplinario, “conformado por los servicios de psiquiatría, endocrinología, urología, ginecología, genética, cirugía plástica, otorrinolaringología y el comité de ética médica de la institución”. Finalmente, en lo referente a cómo se emite un diagnóstico de “disforia de género”, se indicó que “se realiza una entrevista por psiquiatría con experiencia en el tema, al paciente en la que se determina si presenta los criterios de la condición de disforia de género (de acuerdo al DSM 5) o trastorno de identidad de género (de acuerdo al CIE-10). Se tienen en cuenta además las experiencias de vida (como uso de vestuario del género con el que se identifica, el rol social, etc) y las expectativas frente al tratamiento médico”.

5.2.4. Otras entidades convocadas en el presente proceso no participaron.⁵⁰

6. Intervenciones de instituciones educativas, académicas y organizaciones sociales

6.1. Universidad Autónoma de Bucaramanga

El Semillero de Investigación Género y Derecho y la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga manifiestan que existen barreras estructurales que impiden el derecho de las personas transgénero a acceder a la salud. “La patologización es una barrera y un requisito para acceder a la salud, este requisito conlleva a la vulneración de otros derechos, como lo son el derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. La administración de justicia no puede imponer trabas adicionales al limitar el acceso de las personas trans a este derecho. En muchos casos, las personas transgénero sólo pueden acceder a éstos tratamiento e intervenciones quirúrgicas mediante la patologización o una orden judicial”.

El Consultorio Jurídico y el Grupo de Estudio de Sexualidad Diversa de la Universidad EAFIT solicitaron a la Corte tutelar los derechos fundamentales del accionante. En primer lugar sostienen que se debe abordar la trascendencia del uso del lenguaje frente a la identidad de género, pues en este caso las autoridades que intervinieron en las instancias jurisdiccionales desconocieron la identidad de la persona afectada, al referirse a esta como una mujer, en contravía de las afirmaciones reiteradas en las que manifiesta que se siente y se expresa como hombre. En segundo término, consideran que se desconocieron los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y al debido proceso del accionante, pues fue objeto de un proceso de psiquiatrización forzado que constituyó un obstáculo en el acceso al sistema de salud. Concluyen que “es palmaria la falta de diligencia y la vulneración de los derechos fundamentales del accionante por parte de la EPS ya que, si bien es un requisito administrativo tener un dictamen que certifique la disforia de género, las entidades del sistema de salud lo utilizaron como pretexto para dilatar la práctica de la cirugía que ya había sido ordenada por el médico tratante”.

6.3. Colombia Diversa

La organización interviniente solicita a esta Sala declarar que el desconocimiento del nombre identitario y género identitario del accionante, por parte de los jueces de tutela de primera y segunda instancia, vulneró los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de Nikita Simonne Dupuis. Para apoyar su solicitud reiteraron diversos pronunciamientos de esta Corte en los que se identifica y menciona a los accionantes, personas transgénero, por su nombre y género identitario, independientemente de cómo se identifiquen en su documento de identidad. Indicaron que “un fallo judicial que se profiere dentro de la lucha de una persona por el reconocimiento de su identidad de género (elemento además intrínseco a su personalidad y dignidad humana), pierde su eficacia y valor ético, moral y jurídico si no se identifica al accionante de una forma que se ajuste a sus necesidades, a su realidad y que lo respete. Un fallo judicial que patologiza, desconoce una identidad de género o la ignora, no es ni podrá ser jamás para una persona trans una forma de reparación integral si desde el mismo fallo no se respeta y se reconoce la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del accionante”.

6.4. Corporación Caribe Afirmativo

La organización Caribe Afirmativo intervino en el presente proceso de tutela y apoyó las pretensiones del accionante. Sostuvo que las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del actor “al condicionar su proceso de reafirmación sexual al diagnóstico de ‘disforia de género’ y al someterlo a un proceso de psiquiatrización forzada, mediante evaluaciones psiquiátricas obligatorias y repetitivas durante varios años”. Esta circunstancia no fue valorada por los jueces de tutela, por lo que desconocieron que “la mera exigencia del diagnóstico de ‘disforia de género’ impuso barreras injustificadas y patologizantes a Niki para la construcción de su identidad y su reafirmación sexual”. También señalaron que las entidades accionadas son responsables de la violación de los derechos de Nikita Simonne al no contar con un protocolo para la autorización de tratamientos médicos en los procesos de afirmación de género.

6.5. Fundación Colectivo Hombres y Masculinidades

La Fundación Colectivo Hombres y Masculinidades presentó una intervención en la que plantea que, en el presente caso, los procedimientos médicos burocráticos para el acceso a la salud en Colombia bajo ninguna circunstancia pueden ser un obstáculo para la garantía de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad e identidad de género de personas trans. Se indicó que el trabajo realizado por la Fundación les ha permitido comprender que la “experiencia masculina trasciende los límites sexo-genéricos”.

6.6. Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans – GAAT –

La organización GAAT presentó escrito en el que apoya las pretensiones del accionante. Trae a colación diversos testimonios de personas transgénero que relatan sus procesos de afirmación de género y como en estos se ha patologizado su identidad de género a partir del certificado de disforia de género que se les exige para acceder a los servicios de salud. Se indica que “la patologización a la que el sistema médico colombiano somete a los hombres transgénero, se inscribe e inicia cuestionando la salud mental, no sólo a través de la aplicación inadecuada de ‘test’ (SIC) que buscan hacer una descripción de la personalidad del individuo, sin que con esto se pueda llegar a resolver de fondo el motivo de la consulta; sino, además, el tratamiento general que se oferta, es el de una persona con un ‘trastorno’ o una ‘enfermedad’”.

6.7. Coalición de Organizaciones Transmasculinas de la ciudad de Bogotá

La Coalición de Organizaciones que interviene en el presente proceso de tutela evidencia las

barreras que deben enfrentar los hombres transgénero para acceder al sistema de salud, así como la violencia psiquiátrica que sufren por la necesidad de acogerse a un diagnóstico para acceder al tratamiento requerido. A partir de diferentes testimonios indican que, entre los problemas y obstáculos más frecuentes que padecen los hombres trans cuando acuden a los servicios de salud para iniciar un proceso de afirmación de género, se encuentran la falta de participación informada frente a los procedimientos que se les van a realizar, el desconocimiento del personal médico de los asuntos trans, la falta de protocolos de atención en salud a personas transgénero, entre otros. En cuanto a la obtención del certificado de disforia de género, advierten que este constituye un acto de violencia en sí mismo. Aducen que obligar a las personas trans a “asistir a un procedimiento psiquiátrico para la obtención de un certificado de disforia de género, que a su vez se asume con la presunción de enfermedad mental y como instancia ineludible para acceder a un servicio de salud integral, disminuye el poder de decisión sobre su tratamiento médico, haciéndoles sentir que el tránsito que quieren llevar no es de su autonomía, sino que es un proceso permitido por terceras personas. Básicamente, este proceder de patologizar al consultante transgénero le desprovee de poder de decisión y participación de su propio tránsito de género”.

6.8. Profamilia

Esta organización indicó que los exámenes a los que fue sometido Niki Simonne Dupuis para corroborar el dictamen de disforia de género, sumado al no reconocimiento de su nombre identitario por parte de los jueces de tutela, vulneraron su dignidad humana. El interviniente le solicita a la Corte evidenciar la violencia estructural a la que es sometida la población trans en razón de su identidad de género y la ausencia de atención con enfoque de género en el sistema de salud que reconozca la diversidad de las personas trans y la necesaria despatologización de su identidad, considerando innecesario el examen de disforia de género para acceder a servicios de salud por parte de esta población. A este respecto trae a colación la decisión de la OMS de excluir la transexualidad como un “trastorno de la identidad de género” y ubicarlo como una “condición relativa a la salud sexual”. Asegura que la patologización de las identidades trans constituye una barrera de acceso a las intervenciones de salud de estas personas. En efecto, en los procesos de construcción identitaria, “muchas personas no quieren someter su expresión de género a un estudio psiquiátrico y sienten que

esta es una práctica vulneradora de sus derechos. Por esto, se hace evidente la necesidad de pensar en las necesidades de las personas con experiencia de vida trans de una forma integral que no se enmarque en la patología sino en el acompañamiento que brindan los espacios destinados a la salud”.

Por otra parte, afirma que en el país no existen lineamientos ni protocolos para guiar la atención en temas relacionados con los procesos de construcción identitaria de personas trans, por lo que también solicita ordenar al Ministerio de Salud expedir una reglamentación que garantice a las personas trans acceder a información adecuada y suficiente sobre sus derechos y las obligaciones que tiene el sistema de salud en lo referente a los tratamientos y procedimientos que le permitan a estas personas realizar el tránsito de género.

6.9. Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social – Paiis –

Paiis presentó intervención en el presente proceso de tutela en el que, además de analizar diferentes cuestiones relevantes para la resolución del caso bajo estudio, adjuntó una serie de escritos de diferentes personas y organizaciones que aportan sus opiniones en torno al caso de Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre,⁵¹ así como algunos artículos académicos sobre temas relacionas con la identidad de género.

El interviniente explica el contexto de barreras y trabas que deben sufrir las personas trans al acudir al Sistema de Salud, dentro de las que se encuentran la discriminación y estigmatización que sufren estas personas, el desconocimiento del personal médico en cuanto a las necesidades y manejo de la atención en salud de esta población y la patologización de su identidad de género. De otra parte, se indicó que a Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre se le violaron sus derechos fundamentales durante el trámite de acceso a los procedimientos médicos requeridos. Advirtió que el caso de Nikita Simonne no es extraño, sino que se trata de una situación generalizada “el hecho de que este fue

obligado a realizarse cuatro diagnósticos de disforia de género: i) con especificaciones técnicas distintas, ii) con médicos tratantes que no conocían asuntos trans, y iii) que más que reconocer su decisión consciente de llevar a cabo el tránsito de reafirmación de género, lo cuestionaban”. Por tanto, se concluye que el diagnóstico de disforia de género no debería ser una condición de acceso a los servicios de salud de las personas transgénero, el cual debería estar mediado únicamente por el consentimiento informado, el cual tampoco se garantizó en el presente caso, sobre lo que se dijo: “las decisiones sobre las cirugías no se procuraban reconociendo la importancia que su cuerpo tiene en relación con la manera en que se construye la identidad de género y el propio proyecto de vida, sino bajo la visión de la variabilidad de la identidad de género de las personas trans como efecto de una patología mental. Adicionalmente, dichas evaluaciones psiquiátricas le eran practicadas al señor Dupuis-Vargas de manera forzada ya que nunca fueron objeto de explicación por parte de los y las profesionales de la salud, por lo cual él nunca pudo prestar su consentimiento para realizar algo sobre lo cual jamás fue informado”.

Se advierte que los profesionales de la salud que trataron la identidad de género del accionante como una patología de carácter mental, no sólo vulneraron los derechos fundamentales de Nikita Simonne, sino que, “al no existir evidencia médica para darle tratamiento de patología mental a las identidades trans, la exigencia de un diagnóstico de disforia de género para acceder a procedimientos de afirmación de género y las sesiones con profesionales de psiquiatría o psicología que reafirman estereotipos de género se pueden considerar tratos crueles, inhumanos y degradantes”, a la luz de los distintos instrumentos internacionales sobre la materia.

Se indica también que los procedimientos solicitados por Nikita Simonne en el marco del proceso de afirmación de género tienen un carácter funcional por estar ligados a su identidad de género. Finalmente, se señala que los jueces de tutela vulneraron los derechos a la identidad de género y al acceso a la administración de justicia del accionante al mencionarlo en las respectivas sentencias bajo el nombre y el sexo que aparece en su documento de identidad y no conforme a su nombre identitario, el cual solicitó expresamente se le

reconociera.

Por lo anterior, solicitan a esta Corte no sólo proteger los derechos fundamentales del accionante, sino impartir una serie de ordenes encaminadas a superar las barreras que deben enfrentar las personas transgénero en el acceso a los servicios de salud, así como la eliminación del enfoque patologizante sobre el que se conciben las identidades trans.

7. Intervenciones ciudadanas

7.1. Andrés Reyes

El interviniente es médico ginecólogo y relata cómo fue su experiencia al tratar por primera vez como paciente a un hombre trans. Afirmó que es muy peligroso que estas personas opten por tratamientos artesanales sin ningún tipo de seguimiento médico y precisó que “nosotros como médicos podemos ser una barrera fuerte o una puerta de entrada al sistema para estos pacientes”.

7.2. Luz Janeth Forero

La ciudadana es médica epidemióloga y cuenta en su intervención el momento en que, cuando aún era estudiante, tuvo que atender a una mujer transgénero por una fractura en el fémur. Recuerda la manera como esta experiencia cambió su acercamiento personal y profesional hacia las personas transgénero y comprendió “el significado de la atención humanizada, humilde e inmensa responsabilidad que le atañe a los profesionales de la salud, el verdadero alcance de la atención centrada en las personas, donde solo deben primar sus

intereses, necesidades y expectativas, sin perjuicios, determinantes culturales o imposiciones sociales”.

7.3. Laura Frida Weinstein Nisenbon

La ciudadana se identifica como una mujer transgénero, lideresa del movimiento social trans de Bogotá y Colombia. Señala que conoce al accionante y advierte que no se trata de un caso aislado, sino de una situación generalizada por la que deben atravesar las personas trans cuando acuden al sistema de salud. Relata las múltiples trabas y discriminaciones que tuvo que padecer cuando decidió iniciar su proceso de afirmación de género, similares a las sufridas por Nikita Simonne, y concluye: “nuestros tránsitos son autónomos y atraviesan todas nuestras dimensiones, escenarios, relaciones y derechos. El tránsito se reivindica en el reconocimiento y éste se ratifica con transformaciones corporales que durante años nos ha representado un sinnúmero de barreras, subjetividades y arbitrariedades por ese reconocimiento”.

7.4. Ricardo Andrés de la Espriella Guerrero

El interviniente señala que es integrante del Subcomité de Género de la Asociación Colombiana de Psiquiatría y presenta a la Corte información que considera valiosa para el presente proceso. Refiere que es necesario superar las fallas en la atención en salud a las personas trans, como por ejemplo, la falta de equipos interdisciplinarios para brindar una atención integral a estas personas y la ausencia de guías de atención. Sobre los diagnósticos que emiten los especialistas en psiquiatría señala: “Los diagnósticos psiquiátricos son diagnósticos médicos y no conllevan juicios morales, ni pretenden la estigmatización de la persona que lo recibe. El argumento de psiquiatrización forzada evidencia estigma en contra de la psiquiatría, los tratamientos psiquiátricos y las instituciones mentales (...). La psiquiatría ha liderado la investigación médica en temas de género y actualmente se aprecia cómo algunos hechos como el quitar la homosexualidad de las categorías de patología

surgieron al interior de la misma psiquiatría, revisando los criterios a la luz de la evidencia disponible”.

7.5. Federico Mejía Álvarez

El interviniente acompaña las pretensiones del accionante y señala que se debe proteger su derecho a la dignidad humana. Agrega que las personas trans “deben vivir una vida sin discriminaciones”.

8. Intervención de la Defensoría del Pueblo

El Director de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo presentó intervención en el presente caso. Indicó en primer lugar que la Corte debe considerar que, el hecho de que los jueces de tutela se hubieran referido al accionante por su nombre asignado al nacer y no por el nombre con el cual se identifica, significó invalidar su identidad de género. En segundo lugar, advirtió que la insistencia de las entidades accionadas en tratar la identidad de género del actor como una patología y someterlo a cuatro valoraciones psiquiátricas constituyó una discriminación sistemática que no analizaron los jueces de tutela. En efecto, esta circunstancia implicó la vulneración de la identidad de género del actor “pues al requerir en repetidas ocasiones un diagnóstico que de alguna manera justifique su deseo de realizar el procedimiento pone en tela de juicio la veracidad de su identidad como hombre transgénero, como si ello requiera de evidencia o de prueba más allá de su petición, su convicción, y su identidad, llevándolo al nivel de solicitar un diagnóstico médico”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Ocho, que escogió el expediente para revisión.

2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela promovida por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre

2.1. Antes de examinar el fondo del asunto objeto de estudio, es preciso que esta Sala analice la procedencia de la acción de tutela interpuesta por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre contra Compensar EPS y el Hospital Universitario San Ignacio.

2.2. La tutela puede ser interpuesta por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre contra Compensar EPS y el Hospital Universitario San Ignacio

2.2.1. Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre puede interponer la acción de tutela objeto de análisis (legitimación por activa), por cuanto es un ciudadano, actuando en nombre propio, que alega la vulneración de sus derechos fundamentales⁵². Así mismo, la acción de tutela resulta procedente contra Compensar EPS y el Hospital Universitario San Ignacio (legitimación por pasiva), dado que estas entidades se encargan de la prestación del servicio de salud.⁵³

2.3. La tutela cumple el requisito de inmediatez

2.3.1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno desde el momento en que ocurrió la acción u omisión que origina la violación o amenaza de los derechos fundamentales que se alega, pues de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de esta acción, esto es, el de proporcionar una protección urgente o inmediata a los derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados.⁵⁴ En el presente caso se advierte que la acción de tutela fue interpuesta el 21 de mayo de 2018, tres meses después de la última actuación surtida por el accionante ante la EPS demandada, la cual data del 6 de febrero de 2018, cuando presentó derecho de petición para que le fuera autorizado el procedimiento quirúrgico requerido. Por lo tanto, Sala considera que la acción de tutela se presentó en un término razonable y oportuno.

2.4. La tutela es procedente también por cuanto no hay un medio de defensa alternativo idóneo y eficaz

2.4.1. La acción de tutela procede únicamente cuando no existen otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada y efectiva los derechos fundamentales en cada caso concreto.

2.4.2. En relación con el derecho fundamental a la salud, la Corte ha reconocido el papel de la Superintendencia Nacional de Salud a través de las funciones jurisdiccionales que le fueron conferidas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007⁵⁵, modificado por la Ley 1438 de 2011,⁵⁶ para resolver, con las facultades propias de un juez, las controversias que se

susciten entre las EPS y sus usuarios.⁵⁷

2.4.3. No obstante, en la Sentencia C-119 de 2008⁵⁸ la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el citado artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y precisó que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, pese a tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no implican que esta última no pueda proceder como mecanismo transitorio frente a un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo, cuando resulte ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca.

2.4.4. Por tanto, para analizar la procedencia de la acción de tutela, el juez no puede evaluar en abstracto la existencia de otros mecanismos disponibles, sino que es necesario valorar su eficacia frente a las particularidades del caso concreto.⁵⁹ En este sentido, la Corte ha señalado que, por ejemplo, bajo ciertas circunstancias y teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad del actor o el apremio con el que se demanda el amparo, resulta desproporcionado solicitar a los accionantes que inicien el trámite ante la entidad administrativa, aun cuando esta hubiera sido la acción judicial adecuada⁶⁰.

2.4.5. En el presente caso, la Sala considera procedente, como mecanismo principal, la acción de tutela presentada por Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre, pues se trata de un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que pertenece a un grupo históricamente discriminado y marginado, tal como se analizará más adelante. Además, el accionante elevó la correspondiente queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, sin que hubiera obtenido respuesta alguna en torno a la protección de sus derechos fundamentales.

3. Problema jurídico

3.1. En el caso bajo estudio el accionante señala que las entidades demandadas se han negado a practicarle el procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia, necesario en su proceso de afirmación de su identidad de género, por considerarlo como estético sin un fin funcional, a pesar de haber sido prescrito por su médico tratante y de contar con el dictamen de “disforia de género”, el cual fue emitido en cuatro oportunidades distintas por diferentes psiquiatras que lo valoraron. La EPS, por su parte, reclama haber cumplido satisfactoriamente la prestación de los servicios de salud. Por tanto, esta Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿Vulneran las entidades e instituciones que aseguran y prestan servicios de salud los derechos fundamentales a la identidad de género, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de una persona transgénero, al negarle la autorización para realizarse los procedimientos médicos tendientes a afirmar su identidad de género por considerarlos eventualmente como estéticos, y realizarle en varias oportunidades valoraciones psiquiátricas a efectos de obtener un diagnóstico de “disforia de género”, necesario para iniciar el proceso de afirmación de género?

3.2. Para resolver este problema jurídico se analizará: (i) el contexto de discriminación y marginación que sufren las personas transgénero; (ii) el derecho a la identidad de género; (iii) el derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud requeridos en los procesos de afirmación de género; (iv) la despatologización de las identidades trans; (v) las identidades trans como procesos diversos y complejos; (vi) el consentimiento informado en los procesos de afirmación de género; (vii) el nombre como manifestación de la identidad de género; y (viii) el análisis del caso concreto.

4. Las personas transgénero y el contexto de discriminación y marginación

4.1. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que las personas transgénero son un grupo históricamente discriminado y marginado, objeto de múltiples violencias a causa de sus identidades diversas que entran en tensión con el código binario sobre el que tradicionalmente ha operado el género como principio clasificatorio, conforme al cual, se

asume que una persona es hombre o mujer de forma biológica y definitiva. Por tanto, las personas cuyas identidades no se ajustan a esta lógica binaria suelen tener que enfrentarse a la exclusión y estigmatización por parte de la sociedad. Al respecto, en la Sentencia T-141 de 2015 dijo la Corte:

“(…) en la actualidad muchas personas experimentan inquietud, incomodidad, e incluso sentimientos de rechazo y hostilidad, cuando se encuentran con otras a quienes no logran aprehender dentro del código binario que suele emplearse para clasificar a las personas como hombres o mujeres, *tertium non datur*. Es precisamente esta la fuente de la dificultad que experimentan las personas transgénero para ser aceptadas como seres humanos igualmente dignos de respeto y consideración. Siendo así, el problema no se encuentra en estas personas, sino en el patrón cultural de menosprecio que persiste contra ellas, y en la resistencia de nuestra sociedad a revisar categorías conceptuales que le impiden comprender toda la diversidad humana que habita entre aquellos dos polos.⁶¹ Lo exigible en una sociedad regida por una Constitución que proclama el respeto a la dignidad humana, no es entonces que las personas que no se amoldan a este binarismo dejen de ser quienes son para no perturbar o inquietar a quienes no las comprenden. Por el contrario, una sociedad tal está en el deber constitucional de revisar sus esquemas de clasificación y modificar los patrones culturales de exclusión que de ellos se derivan”.⁶²

4.2. Estas circunstancias generan que las personas transgénero sean, dentro de la comunidad LGBTI, uno de los sectores más vulnerables, pues afrontan algunos de los mayores obstáculos para la garantía del goce efectivo de sus derechos. Al respecto ha señalado la Corte:

“la comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT es justamente la

población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional”.⁶³

4.3. Esta discriminación sistemática a la que son sometidas las personas transgénero representa una grave amenaza a sus derechos a la vida e integridad personal. En efecto, según el informe “La discriminación, una guerra que no termina”, producido por las ONG’s Colombia Diversa y Caribe Afirmativo,⁶⁴ en el año 2017 se presentaron 109 homicidios en contra de personas LGBTI, de los cuales 39 fueron perpetrados contra personas transgénero. Así mismo, de los 75 casos de violencia policial reportados en contra de la comunidad LGBTI, 35 fueron cometidos contra personas trans, mientras que de las 64 amenazas que se documentaron contra la comunidad LGBTI, 17 fueron en contra de personas transgénero. Ahora bien, la amenaza permanente de sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal sólo es una parte del ciclo de violencia que tienen que padecer las personas trans. Diversos ámbitos de sus vidas, como las relaciones familiares, la educación, la salud o el trabajo, también son impactados por el contexto de marginación y exclusión en el que se encuentran. Al respecto, dijo la Corte en la Sentencia T-063 de 2015:

“Diversos estudios realizados en la materia han permitido constatar que en su familia y en el entorno social en el que a diario se desenvuelven, son constantemente objeto de cuestionamientos y burlas. Además, presentan serios obstáculos para acceder y permanecer en el sistema educativo⁶⁵ y de salud. En el ámbito laboral debido a las barreras mencionadas y a los prejuicios sobre su identidad, las personas transgénero no tienen las mismas oportunidades que el resto de la población. Por ello, buena parte de ellas carece de un empleo estable y en su mayoría se dedican a trabajos informales como la actividad sexual. ⁶⁶ Como si fuera poco, quienes logran acceder a un trabajo se ven enfrentadas a situaciones de discriminación laboral, especialmente si sus documentos de identidad no concuerdan con su identidad de género y aspecto físico. Además, se les ofrece trabajos

estereotípicos en labores marginales y deben aceptar salarios bajos. De acuerdo con los estudios adelantados por la Alcaldía de Bogotá, “el 92.44% de personas transgeneristas han sentido algún tipo de discriminación en el ámbito laboral.”⁶⁷ Todas estas razones, conducen precisamente a que la mayor parte de esta población se encuentra relegada a situaciones de extrema pobreza, en ocasiones de miseria, enfermedad y exclusión permanente.⁶⁸.⁶⁹

4.4. Adicionalmente, las personas transgénero tienen que padecer una suerte de segregación espacial en los lugares en donde habitan, debido entre otras circunstancias a la falta de espacios públicos en donde puedan sentirse protegidos y relacionarse de manera tranquila y segura. En discotecas, centros comerciales, baños públicos, entre otros lugares, corren el riesgo de ser continuamente atacados o discriminados. Así mismo, es usual que las personas transgénero que ejercen la prostitución se vean obligados a confinarse en determinadas zonas, imponiéndoseles fronteras invisibles que no pueden traspasar, y en donde, no obstante, deben padecer continuamente abusos policiales.

4.5. Ante estas circunstancias de segregación y violencia, la Corte ha protegido el derecho fundamental de las personas transgénero a definir su identidad sexual y de género y a no ser discriminadas en razón de ella, al ser este un aspecto íntimamente relacionado con la definición misma de la persona, cuestión que pasará a analizarse a continuación.

5. El derecho a la identidad de género. Reiteración de jurisprudencia

5.1. La identidad de género ha sido definida por esta Corte como “la experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona”⁷⁰ (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad”.⁷¹ En cuanto al término transgénero, la jurisprudencia constitucional ha señalado que esta es una denominación genérica bajo la cual se agrupan diferentes expresiones, experiencias e identidades, entre otras, las personas transexuales,

transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, drag queens y drag kings.

En la Sentencia T-314 de 2011 se hizo referencia a la persona trans como aquella “(...) que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino”.⁷² Así mismo, en las sentencias T-552 de 2013 y T-771 de 2013, citando un informe de la Organización Colombia Diversa,⁷³ se refirió a las personas transgénero como aquellas que “viven un género diferente del asignado al nacer, habiendo o no recurrido a cirugías y/u hormonas”. Así, una mujer transgénero es “una persona que al nacer fue asignada al género masculino, y la cual se identifica en algún punto del espectro de la feminidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual”, mientras que un hombre transgénero es una persona que al nacer fue asignado al género femenino y se identifica “en algún punto del espectro de la masculinidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual”.⁷⁴

5.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la identidad de género es un aspecto íntimamente relacionado con la definición misma de la persona y que debe ser protegido constitucionalmente, por lo que los derechos a la dignidad humana⁷⁵ y al libre desarrollo de la personalidad⁷⁶ se constituyen en el fundamento del derecho a la identidad de género. Al respecto, en la Sentencia T-477 de 1995 se indicó:

“En el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, esta Corporación tiene bien establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo.”⁷⁷

5.3. En consecuencia, dentro del ámbito de protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana se encuentra la construcción de la identidad de género, esto es, la posibilidad de desarrollar todos aquellos atributos que permiten la identificación de cada uno, su individualización a partir de la consideración e imaginario sobre sí, en sus relaciones consigo mismo y ante los demás. En este sentido, la protección concedida comprende una esfera privada o íntima, prohibiendo las interferencias en los asuntos que sólo conciernen al sujeto; y, también, una esfera externa, en la que la individualidad se expresa y, por tanto, exige del Estado y, en general, de los otros, su respeto y reconocimiento, pues, además, por virtud de la dignidad, existe un derecho a vivir sin humillaciones.⁷⁸

5.4. A partir de estas consideraciones, la Corte ha avanzado en la concepción de los derechos que se desprenden del género hacia una visión más amplia que envuelve diversas manifestaciones de la identidad de género. Al respecto, en Sentencia T-363 de 2016 se explicó: “el Tribunal pasó de una visión restringida e indivisible de la identidad de género y la orientación sexual como conceptos objetivos asociados a la naturaleza física de las personas, a verlos como categorías constitucionales separadas que deben ser protegidas. Esta perspectiva es asegurada por las garantías de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en temas como la protección contra la discriminación, la identidad civil, el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género y la inexigibilidad de la libreta militar para las mujeres trans”.⁷⁹

A continuación se hará un breve recuento jurisprudencial sobre el enfoque que ha dado la Corte al acceso a los servicios de salud, por parte de las personas transgénero, necesarios en los procesos de reafirmación sexual.

6. El derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud que requieran en su proceso de afirmación de género. Reiteración de jurisprudencia

6.1. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre diferentes procedimientos quirúrgicos que son requeridos por personas transgénero para afirmar su identidad de género. A continuación se hace referencia a cuatro de ellos:

6.2. En la Sentencia T-876 de 2012 la Corte estudió el caso de un hombre transgénero a quien le fue diagnosticado trastorno de identidad sexual y la EPS accionada negaba los procedimientos quirúrgicos que le habían sido prescritos en su proceso de reasignación de género. La Corte concedió el amparo pues constató que se cumplían los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar la práctica de procedimientos excluidos del POS. Explicó que con el procedimiento ordenado en ese caso, el accionante lograría un estado de bienestar psíquico y social, debido a que “la falta de correspondencia entre la identidad mental del accionante y su fisionomía podría conllevar a una vulneración a su dignidad en el entendido de que no le es posible bajo esa circunstancia vivir de una manera acorde a su proyecto de vida”.⁸⁰

6.3. En la Sentencia T-918 de 2012 se analizó la solicitud de una mujer transgénero para que se ordenara la práctica de una cirugía de reasignación de género ordenada por su médico tratante, la cual había sido negada por la EPS por considerar que no se encontraban en riesgo su salud o su vida. La Corte concedió el amparo y reconoció que existen obstáculos,

originados en la discriminación que sufre este grupo, para que las personas trans accedan a los servicios de salud. Agregó: “no es admisible que el Sistema de Salud sólo haga presencia en el momento en el que la existencia misma del usuario se encuentre en peligro, ya que es deber de las autoridades brindar los cuidados necesarios para que las personas vivan en condiciones de dignidad. Ante la prescripción de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, es deber de la E.P.S. autorizar su prestación o controvertir su fundamento de forma científica y técnica”. Por tanto, la Corte concluyó que “las empresas promotoras de salud vulneran el derecho a gozar el nivel más alto de salud de las personas trans cuando se niegan a brindarles atención médica, a pesar de que existe una prescripción por parte del galeno tratante, bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo”.⁸¹

6.4. En la Sentencia T-552 de 2013, se estudiaron dos expedientes de tutela. El primer caso trataba de una mujer trans a la que la EPS le había negado una cirugía de reasignación de género por estar excluida del POS. En el segundo, un hombre trans menor de edad solicitaba se ordenara a la EPS autorizar los procedimientos quirúrgicos de reasignación de género que le había negado aduciendo que era menor de edad.

6.4.1. Sobre el primer asunto la Corte precisó que a la accionada no había recibido un adecuado acompañamiento y no había contado con suficiente información acerca de los procedimientos quirúrgicos de reasignación de género, situación que había vulnerado su derecho a la salud y constituía una omisión por parte de la EPS accionada, responsable de orientar a la peticionaria en las opciones que le ofrece el Sistema de Salud para garantizarle el mejor nivel de salud posible. En consecuencia, se ordenó a la EPS conformar un grupo interdisciplinario para que evaluara y apoyara a la accionante y se le informe sobre los servicios que componen el procedimiento de reasignación de género y se determinara cuáles servicios serían autorizados.

6.4.2. En cuanto al segundo caso, se indicó que el hecho de que el accionante fuera menor de edad no podía constituirse en una circunstancia que invalidara su consentimiento

respecto de las intervenciones quirúrgicas que solicitaba, por cuanto “(i) ha manifestado de manera seria y reiterada su voluntad de someterse al procedimiento de reafirmación sexual quirúrgica; (ii) tal decisión ha sido el resultado de un proceso de afirmación de identidad masculina que viene de larga data; (iii) su madre ha acompañado y apoyado a Charlie Santiago en este proceso, como muestra de respeto por su decisión y por entender que de esta manera contribuye a proteger el interés superior de su hijo menor; (iv) además, este joven ha contado con acompañamiento de un equipo, lo que le ha permitido adoptar una decisión informada sobre las consecuencias del tratamiento que se dispone a afrontar y que además garantiza la existencia de conceptos profesionales sobre las condiciones bajo las cuales dichas intervenciones deben ser practicadas para efectos de no poner en riesgo la salud física y síquica del menor”.⁸²

6.5. En la Sentencia T-771 de 2013 se analizó la situación de una mujer trans, diagnosticada con disforia de género, a quien la EPS accionada negó los procedimientos quirúrgicos de reasignación de género ordenados por el médico tratante por no estar en el POS y no existir un riesgo para la salud o la vida de la paciente. En esta oportunidad la Corte señaló que el transgenerismo no debe considerarse como una enfermedad o anomalía de la salud y “la prestación de procedimientos médicos no está condicionada a la comprensión del derecho a la salud como mera ausencia de enfermedad”. Así mismo, se reiteró que el procedimiento ordenado a la accionante “no tiene una finalidad meramente estética, en tanto forma parte de un procedimiento integral de reafirmación de género (...). Los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres trans que, si bien no buscan curar una determinada enfermedad, se erigen como medio indispensables para que pueda garantizarse a este grupo de mujeres bienestar emocional, físico, y sexual”.⁸³ En consecuencia, se ordenó a la EPS accionada autorizar el procedimiento quirúrgico ordenado a la accionada por el médico tratante.

7. Despatologización de las identidades trans

7.1 La “patologización” suele ser entendida como el proceso mediante el cual situaciones no médicas empiezan a ser definidas y tratadas como problemas médicos, usualmente en términos de enfermedad o desórdenes.⁸⁴ En cuanto al diagnóstico “patologizante” del proceso de reafirmación sexual y de género, puede decirse que es aquel que asume que hay un problema de asociación de la persona transgénero con el género con el que su sexo se corresponde y busca identificar las circunstancias que llevan a concluir que se trata de un desorden, pues sólo a partir de este hecho se autoriza la asistencia médica.⁸⁵

7.2. La jurisprudencia constitucional ha avanzado en la despatologización de las identidades trans. En la Sentencia T-918 de 2012, en relación con el diagnóstico de “trastorno de identidad” efectuado por el médico tratante de la accionante, una mujer trans, la Corte sostuvo: “es necesario aclarar que de ninguna manera la Corte considera que el transgenerismo constituye una enfermedad o una categoría psiquiátrica, o que se requiera el diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios de salud relacionados con su identidad. Por el contrario, se reitera que el tránsito del género asignado socialmente a otro género puede impedirle vivir en un estado de bienestar general”.⁸⁶

7.3. Posteriormente, en la Sentencia T-771 de 2013, la Corte indicó que “la prestación de procedimientos médicos no está condicionada a la comprensión del derecho a la salud como mera ausencia de enfermedad”. En ese sentido, en relación con los derechos a la salud y la identidad de género y sexual de las personas trans, se precisó: “el diagnóstico de “transgenerismo” o “disforia de género” permite el acceso a la atención médica adecuada para quienes buscan una correspondencia entre su cuerpo y su identidad sexual o de género mediante un proceso de reafirmación sexual. En esta medida, el diagnóstico es necesario para poder acceder a la atención médica toda vez que constituye la condición que precede la prescripción de procedimientos relacionados con la reafirmación sexual o de género – como por ejemplo, la penectomía, la orquiectomía o la vaginoplastia. En este orden, el diagnóstico es una condición de acceso al tratamiento apropiado sin que como tal implique una designación del transgenerismo como una enfermedad o una anomalía de la salud. En suma, el diagnóstico de transgenerismo está orientado a posibilitar el acceso a los

procedimientos necesarios para alcanzar el mayor nivel de salud para las personas trans a partir de una comprensión integral del derecho a la salud, el cual, como lo ha reiterado la Sala, no está limitado a la mera ausencia de enfermedad”.⁸⁷

7.4. En este punto resulta relevante hacer referencia a la modificación realizada por la OMS en la onceava Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), en el año 2014⁸⁸, mediante la cual la identificación de una persona con un género distinto al asignado al nacer dejó de ser denominado como “trastorno de identidad de género” y se excluyó del listado de “trastornos de la personalidad y el comportamiento”, para pasar a ser llamado “incongruencia de género” y ser considerada como una “condición relativa a la salud sexual”. La CIE-11 señala que la “incongruencia de género” se caracteriza “por una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado de un individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’, para vivir y ser aceptado como una persona con el género experimentado, a través de tratamientos hormonales, cirugías u otros servicios de atención médica para alinear el cuerpo del individuo, tanto como se desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado”. Esta definición reconoce que para algunas personas son indispensables ciertos procedimientos médicos para garantizar los derechos a la identidad de género y a la salud, y cada persona es quien decide qué procedimientos resultan necesarios en su caso para adecuar su cuerpo al género experimentado, sin que para ello se requiera algún tipo de examen psiquiátrico o psicológico.

7.5. Debe señalarse además que todos los intervinientes en este proceso de tutela coincidieron en afirmar que esta nueva perspectiva bajo la cual la OMS aborda las identidades transgénero implica necesariamente su despatologización, tal como lo sostuvo el Departamento de Psiquiatría de la Universidad del Valle en el escrito de respuesta al Auto del 22 de febrero de 2019, en donde señala: “la actual clasificación del CIE 11 aleja el concepto de incongruencia de género de los trastornos mentales y la ubica en el área de la salud sexual, todo encaminado a brindar atención integral y digna de las personas con condición de género específica, no por considerarlo patológico, sino más bien para priorizar y dar

especial atención de manera que se anulen las barreras de acceso a los servicios de salud, al tiempo que busca reducir los riesgos que previamente asumían estas personas en la búsqueda de su transformación en lugares no habilitados, cuando el sector salud les cerraba las puertas”.

7.6. Ahora bien, en el marco internacional de los derechos humanos, diversos instrumentos y pronunciamientos han exigido a los Estados despatologizar las identidades trans. Al respecto, la Corte ha tenido en cuenta para este tipo de análisis los Principios de Yogyakarta,⁸⁸ que si bien no fueron expedidos por una autoridad que formalmente haga parte de alguno de los sistemas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁹, resultan importantes como criterios orientadores para aplicar de manera eficiente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos bajo los principios generales del soft law. Así, los referidos Principios consagran la protección que se les debe garantizar a las personas trans contra los abusos médicos, para lo cual prohíbe cualquier diagnóstico que se realice en el campo de la salud mental sobre la base de la identidad de género u orientación sexual diversas, ya que estas no pueden considerarse como trastornos mentales desde ningún punto de vista. Al respecto se señala en el principio 18:

Así mismo, como desarrollo de este principio, se establece que los Estados “garantizarán que ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos”.⁹¹

7.7. De otro lado, en el informe publicado el 1 de febrero de 2013 por el Relator Especial de la ONU sobre la tortura, cuyo tema fueron las “formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud que pueden trascender el mero maltrato y equivaler a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, observó el Relator que “a los miembros de las

minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo. De hecho, la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos”.⁹²

7.8. En el informe presentado en 2017 por el Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el cual se centra “en el derecho de toda persona a la salud mental y trata algunas de las principales dificultades y oportunidades en este ámbito”, se alude específicamente a los diagnósticos médicos que tratan como desórdenes mentales las identidades transgénero y la discriminación que esto genera. Por tanto, se reconoce “el complejo papel que desempeña un diagnóstico de trastorno mental en la vida de las personas. Si bien muchas personas consideran útiles las categorías de diagnóstico para poder acceder a los servicios y entender mejor su salud mental, otras las consideran poco útiles y estigmatizadoras. Los diagnósticos de salud mental se han utilizado indebidamente para considerar como patologías determinadas identidades y otros tipos de diversidad (...). La patologización de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales equipara la identidad de estas personas a enfermedades, lo que agrava el estigma y la discriminación”.⁹³

7.9. Así mismo, en el informe de julio de 2018 del Experto Independiente de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género, se aborda el problema que representa la patologización de las personas transgénero y las consecuencias que de allí se derivan. Se dice en el informe que “la patologización ha tenido un impacto profundo en las políticas públicas, la legislación y la doctrina jurídica, y de esa manera ha penetrado en todos los ámbitos de la acción estatal en todas las regiones del mundo y ha impregnado la conciencia colectiva. Erradicar de la vida cotidiana la concepción de algunas formas de género como una patología será un proceso largo y difícil, para lo cual el titular del mandato está convencido de que harán falta firmes medidas proactivas”. Por tanto, el experto urge a los Estados a “adoptar y aplicar con prontitud los elementos de la CIE-11 relacionados con la

eliminación de las categorías trans del capítulo relativo a los trastornos mentales y del comportamiento, lo cual implica tomar todas las medidas conducentes a erradicar de todos los aspectos de la vida cotidiana la concepción de la diversidad de género como una patología”.⁹⁴

En suma, los procedimientos médicos tendientes a diagnosticar una enfermedad o desorden en las personas transgénero, debido a sus identidades diversas, tienen un impacto en la dignidad humana de estas personas, pues esto implica que sean considerados como “enfermos”, “anormales”, “desviados”, que requieren un tratamiento para ser curados. Judith Butler, reconocida académica en temas de género, entre otros temas, analiza los efectos que tiene el diagnóstico de disforia de género en las personas trans:

“la diagnosis efectúa muchas presunciones que minan la autonomía transo Aprueba ciertas formas de asesoramiento psicológico que asumen que la persona diagnosticada está afectada por fuerzas que él o ella no entienden. Asume que esta gente vive en un engaño o en una disforia. Asume que ciertas normas de género no han sido encarnadas apropiadamente y que han tomado su lugar el error y el fracaso. Realiza presunciones sobre los padres y las madres, y sobre lo que es y lo que debe ser una vida normal de familia. Asume el lenguaje de la corrección, de la adaptación y de la normalización. Busca apoyar las normas de género del mundo en su composición actual y tiende a patologizar cualquier intento de producir el género de formas que no se conformen con las normas existentes (o que no logren conformarse a cierta fantasía dominante sobre cuáles son, de hecho, las normas actuales). Es un diagnóstico que ha sido pronunciado sobre algunas personas en contra de su voluntad, y es un diagnóstico que efectivamente ha quebrado la voluntad de mucha gente, especialmente la juventud queer y trans”.⁹⁵

7.10. La Corte advierte entonces que la patologización de las identidades trans, además de reproducir la estigmatización y discriminación de las personas transgénero, constituye una barrera de acceso a los servicios de salud a través de los cuales se realizan las

transformaciones corporales necesarias en los procesos de afirmación de la identidad de género, lo que genera que estas personas tengan que acudir a mecanismos informales en lugares no habilitados para transformar sus cuerpos, situación que pone en riesgo su vida e integridad personal.⁹⁶

8. Las identidades trans no son uniformes sino diversas y complejas

8.1. La lógica binaria bajo la cual el género se reduce a dos opciones (hombre o mujer), es fuente de estigmatización y discriminación de las personas transgénero. Además, también contribuye a construir una concepción errada de las identidades trans, las cuales son vistas de manera uniforme y su proceso de reafirmación de género sólo es entendido como un tránsito unidireccional desde un punto definido a otro, esto es, de un cuerpo masculino a uno femenino o viceversa, en el que no es posible transitar permanentemente entre los géneros ni ubicarse en los límites de estas categorías, o simplemente construir otras categorías de género que cuestionen el binarismo hombre-mujer. En este sentido, Judith Butler, en un texto ya clásico, plantea:

“El género es una complejidad cuya totalidad se posterga de manera permanente, nunca aparece completa en una determinada coyuntura en el tiempo. Así, una coalición abierta creará identidades que alternadamente se instauren y se abandonen en función de los objetivos del momento; se tratará de un conjunto abierto que permita múltiples coincidencias y discrepancias sin obediencia a un telos normativo de definición cerrada”. ⁹⁷

8.2. Este carácter abierto y complejo del género lleva entonces a que las identidades trans, como lo señala una voz de la academia, no sea uniformes y homogéneas, sino diversas y heterogéneas:

“Las identidades que en este caso se abordan no son identidades colectivas organizadas, no configuran una categoría aglutinante y cohesionada de luchas y objetivos comunes trans, transgeneristas, travestis o transexuales, ni muchos menos LGBTI. Sin embargo, sí son identidades sociales y subjetivas dispersas y diversas, que se ubican en unos cuerpos intervenidos, operados, hormonados, maquillados; en algunos cuerpos que quieren diferenciarse y reivindicar formas de ser por fuera del binarismo hombre-mujer imperante o, por el contrario, en otros cuerpos que pretenden diluirse en tal estructura binaria, sin levantar sospecha, sin consignas transgresoras, sin propuestas renovadoras, corporalidades que simplemente quieren pasar como mujeres y no levantar la más leve sospecha de toda una historia encarnada de intensas disputas en el sexo y en el género, de tránsitos, de intervenciones médicas y estéticas. Esta es, entonces una narrativa sobre subjetividades e identidades estables e inestables, sobre procesos intensos de reconfiguración corporal, estética, psíquica, social, sobre experiencias en las fronteras, por fuera del orden establecido y también de prácticas de estabilización dentro de las categorías hegemónicas. Es una narrativa de identidades que transgreden y que reproducen órdenes socioculturales, corporales y de género”.⁹⁸

8.3. Existe una gran variedad de personas transgénero, de experiencias y de prácticas para afirmar su identidad, bien sea desde los modelos tradicionales de lo masculino y lo femenino o a partir de la subversión de estos. Al respecto, la académica Carolin Emcke señala:

“Algunas personas rechazan las categorías de género por no ajustarse a ellas o considerarlas de entrada cuestionables. Otras quieren ser social y jurídicamente aceptadas según la identidad de género que viven, sin necesidad de someterse a una cirugía. Otras desean que todos los rasgos primarios y secundarios que conforman su identidad de género correspondan con lo que ellas sienten. Quienes desean transformar o adaptar su identidad sexual disponen de varias posibilidades para llevar a cabo esa ‘transición’: puede ser mediante la toma de hormonas o mediante una cirugía, los casos son muy variados. Trans puede significar ‘de H a M’ (o ‘de M a H’), pero también puede querer decir ‘entre H y M’ o ‘ni H ni M’. Y también puede significar que las categorías binarias ‘H’ y ‘M’ son inadecuadas o,

sencillamente, insuficientes. Algunos no quieren verse encasillados en una identidad de género ‘unívoca’ ni en un cuerpo ‘unívoco’ y deciden vivir en otro lugar”.⁹⁹

8.4. Ahora bien, la Corte reconoce que estas discusiones en torno al significado de la experiencia trans escapan al debate constitucional, por lo que no le corresponde entrar a definir la validez de las distintas aproximaciones que puedan presentarse sobre este asunto. Sin embargo, la Corte tiene el deber de proteger a las personas transgénero de las consecuencias que sobre sus derechos fundamentales tengan los enfoques que impliquen o generen una discriminación o exclusión.

8.5. En esa medida, esta incompreensión de la diversidad y complejidad de las identidades trans impacta negativamente a las personas transgénero que acceden a los servicios de salud para la práctica de procedimientos tendientes a afirmar su identidad de género, pues los profesionales de la salud, en muchas ocasiones, carecen de conocimientos y preparación sobre la adecuada prestación de servicios de salud a las personas transgénero. Por tanto, se tienden a reproducir los estereotipos de género en las evaluaciones psiquiátricas o psicológicas que se practican para emitir el dictamen de disforia de género, así como en los procedimientos médicos que se practican a las personas que se encuentran en un proceso de afirmación de género, ya que, en ocasiones, se pretende “normalizar” los cuerpos de estas personas bajo concepciones esencialistas de la construcción y la expresión del género.¹⁰⁰

Una vez analizadas las barreras de acceso a los servicios de salud que supone la patologización de las identidades trans y la reproducción de los estereotipos género y el código binario de género, se abordará la importancia que tiene el consentimiento informado en los procesos de afirmación de género y cómo este debe sustituir el enfoque patologizante que se la ha dado a las identidades diversas.

9. El consentimiento informado en los procesos de afirmación de género

9.1. El consentimiento libre e informado hace parte del derecho a recibir información, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política,¹⁰¹ y materializa a su vez otros principios y derechos constitucionales, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual.¹⁰² En el ámbito médico la Ley 1751 de 2015, “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, consagra en el literal d del artículo 10º como uno de los derechos de las personas relacionado con la prestación del servicio de salud, el de “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”.

9.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del paciente a obtener información adecuada y suficiente sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de su salud. Por lo tanto, es necesario asegurar un consentimiento informado del paciente para que, una vez determinadas las alternativas existentes y explicados los riesgos que con tales alternativas se generan, pueda decidir de modo libre y autónomo sobre la práctica del tratamiento o procedimiento prescrito. En la Sentencia T-760 de 2008¹⁰³, por ejemplo, se dijo que la información que es brindada a los usuarios del sistema de salud debe incluir la relativa a (i) cuáles son los servicios de salud que requieren, (ii) cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, y (iii) cómo acceder a los servicios de salud requeridos. Así, el derecho fundamental a la salud en su faceta relacionada con la protección del consentimiento informado comprende, entre otros aspectos:

“(i) Asegurar una comunicación fluida entre la persona profesional de la medicina y el paciente encaminada a respetar su dignidad humana y a fortalecer su derecho a adoptar decisiones autónomas¹⁰⁴. (ii) Garantizar que en la relación médico-paciente no predomine un esquema vertical (paternalista) en donde el paciente es visto de manera pasiva – como quien debe literalmente padecer o sufrir. (iii) Velar porque la relación médico-paciente esté

mediada por elementos que refuercen el derecho de los pacientes a decidir con libertad así como por el diálogo discursivo, el apoyo, la solidaridad y el interés por el contexto social, familiar y emocional de los pacientes¹⁰⁵. (iv) Reforzar la decisión autónoma de los pacientes en aquellos casos en los que se discute la conveniencia o no de los tratamientos médicos prescritos. (...) (v) Promover una aplicación ponderada de los principios de autonomía, justicia, beneficencia y utilidad. Así las cosas, las personas profesionales de la medicina han de aplicar todos sus conocimientos, experiencia y esfuerzos para obtener la mejoría de sus pacientes y están obligados a informarlos de manera clara, detallada, completa integral sobre las distintas alternativas de curación, de paliación o de mitigación del dolor relacionados con la enfermedad que padecen así como acerca de las bondades y de los riesgos que se ligan con los tratamientos y alternativas recetadas. Una vez recibida la información adecuada sobre las implicaciones de los tratamientos médicos o alternativas prescritas, los pacientes deben poder expresar su consentimiento en forma libre y autónoma”.¹⁰⁶

9.2.1. De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el consentimiento debe ser libre e informado. Lo primero implica que el paciente debe decidir sobre la intervención sanitaria sin interferencias, coacciones o engaños. Lo segundo, se refiere a que es necesario que el consentimiento se funde en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención médica, por lo que la información provista debe ser oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa.¹⁰⁷ Adicionalmente, se ha considerado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad del procedimiento médico, en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado.¹⁰⁸ Por lo tanto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante, riesgoso o complejo del tratamiento médico, “más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”,¹⁰⁹ razón por la que en estos escenarios es posible exigir algunas formalidades para que se tenga por válido el consentimiento, como por ejemplo, que conste por escrito o que sea persistente o reiterado en un periodo de tiempo. Así mismo, se ha reconocido que entre más cualificado sea el consentimiento informado, “la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”,¹¹⁰ lo que evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto “depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”.¹¹¹

9.2.3 Ahora bien, para establecer el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento médico, la Corte Constitucional ha determinado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente, a saber: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del paciente, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstas y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.¹¹²

9.2.4. En suma, el consentimiento libre e informado, como parte del derecho a la salud, es determinante para garantizar el derecho fundamental a la autonomía del paciente, de manera que, a partir de información adecuada y suficiente, pueda evaluar los riesgos y beneficios de los procedimientos médicos que requiera, así como elegir el que desee o rehusarse a practicarse tratamiento alguno.

9.2.5. Ahora bien, en materia de procedimientos de afirmación de género de personas trans, en Sentencia T-552 de 2013¹¹³ este Tribunal resaltó la importancia del consentimiento informado en este tipo de intervenciones médicas. En dicha providencia, como se había señalado, se estudió un caso en el que la EPS le había negado a una mujer transgénero la autorización para realizarse una cirugía de afirmación de género por estar excluida del POS. La Corte advirtió que la EPS accionada había omitido cumplir el deber de información a la accionante porque (i) le informó equivocadamente que no podía garantizar el servicio de salud por no estar incluido en el POS del régimen subsidiado, y (ii) no le indicó los servicios que componen la intervención de “cambio de sexo”, esto es, qué servicios requería, a cuáles podía acceder, bajo qué condiciones y la pertinencia de ordenarlos, una vez se verificara que su práctica o suministro no amenazaban su vida, salud e integridad personal. Sobre esto último indicó:

“(…) la decisión de la accionante de construir su identidad en torno al sexo y al género que la identifican, ha de ser respetada por todos y amparada por esta Corte. Pero la opción de someterse a un tratamiento quirúrgico, en este caso, no está fundamentada en un conocimiento informado de lo que implica la reasignación de su sexo; de los beneficios, pero también de los riesgos, y de lo que debe hacer antes de someterse al procedimiento, y de los cuidados posteriores. La Sala considera que Yesica Paola no conoce el contenido del servicio médico al que quiere acceder. Esta falta de información como faceta del derecho fundamental a la salud, ha constituido una omisión de Comfama EPS-S, entidad responsable de orientar a la peticionaria en las opciones que le ofrece el Sistema de Salud para garantizarle el mejor nivel de salud posible, y el goce efectivo de todos los derechos fundamentales a lo que se ha hecho referencia. (...) Por lo tanto, es preciso que Comfama EPS-S cumpla con su deber de ofrecer información veraz, completa y oportuna a los usuarios, en relación con cualquier servicio de salud que soliciten, y concretamente, en relación con los servicios que componen el procedimiento de reafirmación sexual quirúrgica. Se protege con ello el acceso informado a los servicios médicos a que tienen derecho todos los usuarios del Sistema de Salud, especialmente los más vulnerables o pertenecientes a grupos marginados o discriminados”.

9.3. Lo anterior coincide además con lo dispuesto en los ya mencionados Principios de Yogyakarta, los cuales establecen, dentro del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Principio 17), la necesidad de que los Estados garanticen “que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y la atención médica en base a un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”.¹¹⁴

9.4. De lo anterior se advierte la importancia que adquiere el consentimiento libre e informado en los casos en los que se soliciten procedimientos médicos tendientes a afirmar la identidad de género. De esta manera se reconoce el respeto a la autonomía de las

personas transgénero, quienes valorarán las diferentes opciones médicas de acuerdo a sus intereses y necesidades con la ayuda del personal médico, quien facilitará la toma de decisiones de estas personas a partir de un proceso de diálogo en el que le brinde información adecuada y suficiente sobre los procedimientos o intervenciones que el saber médico ofrece en la actualidad para obtener el resultado deseado por la persona, además de las probabilidades de éxito y riesgo de los mismos y los presupuesto de acceso a los servicios de salud, tales como requisitos y trámites administrativos.

9.5. La importancia del consentimiento informado se armoniza también con el proceso de despatologización de las identidades trans, descrito en el acápite 7 de esta Sentencia, que implica también pasar de un modelo patologizante de las intervenciones médicas de las personas trans hacia un modelo basado en el consentimiento informado,¹¹⁵ en el cual se “crea una relación heterárquica entre los/as profesionales de la salud y las personas trans que les consultan, en la que complementan sus experticias: los/as profesionales como expertos en crear condiciones de cambio para que las personas realicen sus proyectos en el ejercicio de su autonomía, y las personas trans como expertas en la manera en que conducen sus vidas y en que quieren reorganizarlas”.¹¹⁶ Este modelo basado en el consentimiento informado requiere entonces de la sensibilidad y capacitación del personal médico acerca de las necesidades específicas de las personas transgénero, lo que implica que los profesionales de la salud actualicen los paradigmas y enfoques de las identidades trans de acuerdo con la evidencia científica reciente.

Ahora bien, debido a que el accionante señaló en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia que en dicha providencia no se le había reconocido el nombre con el que se identificaba y se habían utilizado artículos gramaticales que lo identifican como mujer, razón por la cual se desconocía su derecho a la identidad de género, la Corte entrará a analizar la jurisprudencia constitucional en torno al nombre como manifestación de la identidad de género.

10. El nombre como manifestación de la identidad de género. Reiteración de jurisprudencia

10.1. La Corte Constitucional ha señalado que el nombre, como un atributo de la personalidad, se constituye en una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y a la identidad personal, por lo que ha reiterado la protección que tienen las decisiones individuales en torno a éste. En la Sentencia T-063 de 2015 señaló la Corte:

“El nombre como atributo de la personalidad, es una expresión de la individualidad y tiene por finalidad fijar la identidad de una persona en el marco de las relaciones sociales y en las actuaciones frente al Estado. Con él se busca lograr que cada individuo posea un signo distintivo y singular frente a los demás, con el cual pueda identificarse y reconocerse como tal. Se trata de un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia. La fijación del nombre, como atributo de la personalidad, resulta determinante para el libre desarrollo del plan de vida individual y para la realización del derecho a la identidad personal. No es un factor de homologación, sino de distinción, por ello cada persona puede escoger el nombre que le plazca”.¹¹⁷

10.2. Ahora bien, en varias oportunidades la Corte se ha referido a la importancia que tiene el nombre en el caso de las personas transgénero, ya que este constituye una manifestación de su identidad de género. Así, ha considerado que todas aquellas limitaciones de orden jurídico o administrativo que impiden a las personas trans modificar su nombre con el propósito de adecuarlo a la identidad de género que experimenta, afectan su autonomía personal, y además de desconocer sus derechos al libre desarrollo de la personalidad e identidad de género, implican una vulneración de la dignidad humana, en tanto se irrespeta el derecho a vivir como uno quiera y a vivir sin humillaciones.¹¹⁸

10.3. Así mismo, la Corte ha precisado que, en el marco de procesos de afirmación de género, las personas trans pueden optar por modificar su nombre formalmente, esto es, a

través del cambio de este componente en los documentos de identidad, o conservar el nombre legal y adoptar un nombre identitario, o simplemente mantener el nombre legal asignado al nacer. No obstante, sin importar la opción que la persona adopte sobre este atributo de la personalidad, esta debe ser respetada por las autoridades públicas y la sociedad en general. Al respecto dijo la Corte en la Sentencia T-363 de 2016:

“El reconocimiento de la identidad de género no depende del ejercicio del derecho, también reconocido, de obtener la correspondencia entre la identidad de género y los documentos¹¹⁹, pues en el proceso de reafirmación identitaria se puede optar válidamente por no emprender gestiones de ese tipo y ello no obsta para el respeto por la identidad individual. Entonces, en la medida en la que la identidad de género es un elemento material del proyecto de vida, del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad no existe una relación abstracta y necesaria con el nombre legal y los documentos que reflejan dicho nombre, sino que son las personas quienes establecen su identidad a través de los elementos y acciones que estimen pertinentes y suficientes para ese propósito”.¹²⁰

10.4. Por lo anterior, esta Sala advierte que la negación del nombre identitario de una personas transgénero constituye una vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana, toda vez que se les obliga a responder a un nombre que no expresa su identidad y que desdice y cuestiona el género que experimentan. En consecuencia, tanto la sociedad en general como las autoridades públicas tienen el deber de respetar el nombre identitario de las personas trans, sin importar que éste no coincida con el nombre consignado en documentos oficiales.

Con fundamento en todo lo anterior, esta Sala pasará a estudiar el caso concreto y determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

11. Los derechos fundamentales de Nikita Simonne a la dignidad humana, a la identidad de

género y a la salud fueron vulnerados al haber sido sometido a un proceso de patologización de la identidad de género que culminó con la negativa a autorizar los procedimientos requeridos en su tránsito de género

El accionante acudió a la EPS Compensar para iniciar los procedimientos médicos relacionados con el proceso de afirmación de género, por lo que fue remitido en cuatro oportunidades a valoraciones psiquiátricas para conseguir un diagnóstico de disforia de género, necesario para acceder a este tipo de tratamientos. A pesar de haber obtenido por los distintos psiquiatras el dictamen de disforia de género, y de contar con la orden médica del cirujano plástico para la realización de una mamoplastia reductora por ginecomastia, la EPS accionada negó la autorización del procedimiento quirúrgico al considerarlo como estético y no tener un fin funcional.

11.1. De los hechos del presente caso se advierte, en primer lugar, que Nikita Simonne fue sometido a un proceso de psiquiatrización forzada y patologización de la identidad de género que vulneró su derecho a la dignidad humana. En efecto, el accionante fue remitido por la EPS Compensar en cuatro oportunidades a valoraciones por psiquiatría, debido a que los dictámenes de disforia de género emitidos por estos especialistas eran rechazados y declarados no válidos por la EPS accionada sin justificación alguna. Estas múltiples evaluaciones psiquiátricas constituyeron una estigmatización y discriminación del accionante, pues implicaron que se asumiera que, en razón de su identidad de género y las decisiones que de manera libre y voluntaria quería tomar al respecto, padecía un trastorno mental. De acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia constitucional, distintos instrumentos de derechos internacional y la evidencia científica actual, tal como se analizó en el acápite 7 de esta providencia, esta Sala considera que el dictamen de disforia de género que se requiere para acceder a las intervenciones médicas en un proceso de afirmación de género constituye una patologización de las identidades trans que transgrede los derechos a la identidad de género y a la dignidad humana de estas personas.

11.1.1. Aunado a lo anterior, no puede pasar por alto esta Corte que este proceso de patologización en razón de la identidad de género que sufrió el accionante por varios años, le generó sentimientos de angustia y ansiedad al ser atendido por personal médico que no fue sensible ante su situación ni se mostró conocedor de las necesidades específicas en materia de atención en salud a personas transgénero. En efecto, contrario a reconocer la decisión consiste de Nikita Simonne de iniciar un proceso de afirmación de género, en algunas valoraciones psiquiátricas fue cuestionada y puesta en duda su identidad de género, por lo que se vio obligado a minimizar aspectos relativos a su orientación sexual debido al temor de que le fuera negado el dictamen de disforia de género por no asumir los estereotipos de género ni encajar en los parámetros binarios y heteronormativos.

11.1.2. En efecto, tal como lo relata el accionante en la declaración suplementaria aportada a este proceso, en el trámite de obtención del tercer certificado de disforia de género fue sometido a un test en el que le preguntaban, por ejemplo, si preferiría hacer reportajes sobre deportes o farándula en caso de que fuera periodista, por lo que sentía que “debía a toda costa ‘demostrar’ mi masculinidad”. Por otra parte, indica que en la cuarta valoración psiquiátrica el médico que lo atendió se mostró siempre indispuerto y agresivo, en especial cuando le mencionó que era bisexual, después de ser interrogado acerca de sus prácticas sexuales. Sobre este episodio cuenta el accionante:

“El Dr. Santacruz me preguntó por mis prácticas sexuales, pregunta que evadí, sin embargo, y en un momento de ‘honestidad’ terminé ‘confesando’ que yo soy bisexual. En ese momento, la cara que puso y su expresión corporal cambiaron por completo y me impactaron mucho. Incluyó su cuerpo hacia adelante. Él me interrumpió y me preguntó que cómo así, que qué prácticas sexuales entonces había tenido, y específicamente me preguntó, de manera muy airada, por qué tipo de prácticas sexuales tenía con hombres. Esa reacción me asustó mucho y me causó mucha ansiedad pues temía la posibilidad de recibir la aprobación y el certificado estuviera en riesgo por mi ‘confesión’. Yo intenté decir que sólo estaba interesado en las mujeres y minimicé mi experiencia con hombres diciendo que sólo me había besado con unos hombres que eran gais.”¹²¹

11.1.3. Estas circunstancias evidencian que el proceso de patologización al que fue sometido Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre desconoció su dignidad humana, pues no se respetó su derecho a vivir como quiera y sin humillaciones. Además, supuso una barrera para el acceso a los procedimientos de salud que requería en su proceso de afirmación de género, pues a través de los reiterados rechazos de la EPS accionada para tener como válidos los dictámenes de disforia de género emitidos por los psiquiatras, y acceder de esta manera a los servicios solicitados, se creó un obstáculo inadmisibles para garantizar el derecho a la salud y a la identidad de género del accionante, por lo que vio frustrado su tránsito de género durante varios años.

11.2. En segundo lugar, esta Sala advierte que en el proceso surtido por el accionante ante las distintas entidades de salud y profesionales médicos no se le garantizó un consentimiento informado en torno a los procedimientos e intervenciones que requería. En efecto, no se evidencia que en algún momento de este largo proceso Nikita Simonne hubiera sido informado sobre las opciones médicas a las que podía acceder para obtener los resultados deseados en su tránsito de género, ni que se le hubiera puesto de presente los beneficios o riesgos de las distintas intervenciones y procedimientos médicos, ni mucho menos se le facilitó información clara y precisa sobre el acceso a los servicios de salud. Los especialistas en endocrinología y cirugía plástica que atendieron al accionante se limitaron a ordenar los respectivos procedimientos sin que existiera un diálogo con el paciente en el que se le explicaran y detallaran tranquilamente en qué consistían los tratamientos de hormonización o la cirugía de mamoplastia reductora por ginecomastia. Fue sólo en la cita a la que acudió de manera particular en septiembre de 2018, luego de haberse proferidos los fallos de los jueces de tutela en el presente proceso, cuando el accionante recibió, por parte de la cirujana plástica que lo valoró, una información detallada sobre los procedimientos que necesitaba.

11.2.1 Por su parte, la EPS Compensar y las diferentes IPS que atendieron a Nikita Simonne le dieron información errónea y contradictoria sobre el acceso a los servicios de salud que necesitaba, pues las distintas negativas sobre la validez de los dictámenes de disforia de

género resultaron arbitrarias y sin justificación alguna, teniendo que acudir una y otra vez a diferentes valoraciones y pruebas psiquiátricas y psicológicas sin que se le indicara la razón de estas y los pasos a seguir en su proceso, el cual culminó de manera inexplicable con una contradictoria decisión del Comité Técnico Científico de la EPS accionada, quien emitió, el mismo día, un acta en la que indicaba que no era necesaria la autorización de dicho Comité por tratarse de un procedimiento cubierto por el POS, y otra en la que no autorizaba el procedimiento por no cumplir con los requisitos establecidos en la Resolución 5395 de 2013 del Ministerio de Salud.

11.3. Finalmente, la decisión de la EPS Compensar de negar el procedimiento mamoplastia reductora por ginecomastia, ordenado por el médico tratante a Nikita Simonne en su proceso de afirmación de género, argumentando que se trataba de un procedimiento estético, desconoció la reiterada jurisprudencia constitucional. Esta ha establecido que en estos casos las intervenciones médicas tienen un fin funcional y no estético, pues hacen parte esencial de un proceso integral de afirmación de género, el cual recibe protección constitucional al estar involucrados derechos fundamentales como la salud, la dignidad humana y la identidad de género. Los procedimientos médicos asociados con la transición de personas trans son un elemento integrante de su derecho a la salud, los cuales, si bien no buscan curar una determinada enfermedad, se erigen como un mecanismo indispensable para que pueda garantizarse a estas población un bienestar emocional, físico, y sexual.¹²² Por lo tanto, la mamoplastia reductora solicitada por el accionante, no solo tiene un carácter funcional en este caso, sino que es un medio para construir y afirmar la identidad de género que experimenta.

11.4. Por lo anterior, esta Sala evidencia que las entidades accionadas desconocieron los derechos fundamentales de Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre a la salud, a la identidad de género y a la dignidad humana al someterlo a un proceso de patologización en razón de su identidad trans durante el trámite para acceder a las intervenciones médicas requeridas en su tránsito de género. Además, no se aseguró la garantía del consentimiento informado del paciente que debe ser la piedra angular en este tipo de procedimientos y se desconoció

que, en las circunstancias de este caso, la mamoplastia reductora ordenada a Nikita Simonne no tenía un fin meramente estético al ser parte de su proceso de construcción y afirmación de su identidad.

12. Cuestión adicional: los jueces de tutela de instancia desconocieron los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana de Nikita Simonne al llamarlo en sus sentencias con el nombre consignado en los documentos legales y no con su nombre identitario

12.1. En el escrito de acción de tutela el accionante aclaró que, si bien su nombre legal es distinto a su nombre identitario, en virtud de su identidad de género deseaba ser nombrado y reconocido en el trámite de tutela por su nombre identitario, esto es, Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre. No obstante, los jueces de tutela de primera y segunda instancia, tanto en la parte motiva como resolutive de sus providencias, identificaron al accionante con el nombre que le fue asignado al nacer y utilizaron artículos gramaticales femeninos para referirse a Nikita Simonne. Esta situación desconoció los derechos fundamentales del accionante al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana, pues para referirse a él se utilizó un nombre y artículos gramaticales que no expresan su identidad y que cuestionan el género que experimenta, tal como lo expuso en la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia: “leer la sentencia de primera instancia fue una experiencia decepcionante y violenta, pues el no reconocimiento del nombre con el que me identifico y la utilización de artículos gramaticales que se refieren a mí como mujer, puso en evidencia que el a-quo no tuvo en consideración el vínculo directo entre mi nombre, el género con el que me identifico, y el abanico de derechos que se afectan cuando éste no se reconoce”.

12.2. No puede aceptarse el argumento expuesto por los jueces de tutela, según el cual, mientras el accionante no modificara su nombre y sexo en los documentos de identidad, debería ser identificado con el nombre asignado al nacer, pues tal como se explicó en esta

Sentencia, las autoridades públicas tienen el deber de respetar el nombre identitario de las personas trans sin importar que éste no coincida con el nombre consignado en documentos oficiales. Por tanto, los jueces en sus providencias tienen el deber de referirse a las personas transgénero con su nombre identitario y el género con el cual se identifican, tal como lo ha señalado esta Corte en varias oportunidades.¹²³

13. Órdenes

13.1. Una vez constatada la vulneración de los derechos fundamentales a la a la salud, a la identidad de género y a la dignidad humana de Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre, esta Sala debe determinar las órdenes a adoptar. La Corte confirmará parcialmente las sentencias proferidas el 5 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, y el 19 de julio de 2018 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, por medio de las cuales se ampararon los derechos fundamentales del accionante y se ordenó a la EPS accionada autorizar el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante. Teniendo en cuenta que el accionante, tal como lo señaló en la declaración complementaria aportada a este trámite, ya se realizó los procedimientos médicos que requería en su proceso de afirmación de género, no se impartirá ninguna orden concreta en relación con la prestación de los servicios de salud al señor Vargas Latorre. No obstante, teniendo en cuenta que en las sentencias de los jueces de tutela no se abordaron aspectos relevantes para la resolución del presente caso y la protección integral de los derechos fundamentales del accionante y las personas transgénero en materia de atención en salud, la Sala considera necesario impartir las siguientes órdenes:

13.2. Se declarará que el accionante fue sometido a un proceso de psiquiatrización forzada y patologización de la identidad por parte de algunos de los profesionales y personal que lo atendió en Compensar EPS, el Hospital Universitario San Ignacio y la Clínica Nuestra Señora de La Paz durante el trámite para acceder a los servicios de salud requeridos en su proceso

de afirmación de género, situación que vulneró su derecho a la dignidad humana.

13.3. Se ordenará a Compensar EPS, al Hospital Universitario San Ignacio y a la Clínica Nuestra Señora de La Paz que diseñen e implementen un protocolo de atención diferencial para garantizar adecuadamente el acceso y la prestación de los servicios de salud a las personas transgénero, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta Sentencia. Para la elaboración de dicho protocolo deberán permitir la participación de organizaciones que trabajen en temas relacionados con la defensa de los derechos de las personas transgénero y contarán con el acompañamiento y asesoramiento del Ministerio de Salud y Protección Social¹²⁴ y la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.¹²⁵

13.4 Se prevendrá a Compensar EPS, al Hospital Universitario San Ignacio y a la Clínica Nuestra Señora de La Paz, para que en adelante garanticen adecuadamente los servicios de salud que requieran las personas transgénero, para lo cual deberán basar su atención a esta población en el respeto a la dignidad humana y la no discriminación.

13.5. Finalmente, se declarará que la negación del nombre identitario de las personas transgénero constituye una vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana. Por lo tanto, se advertirá a los jueces de tutela de instancia que, en adelante, respeten el nombre identitario y el género con el cual se identifican las personas transgénero que acudan a sus despachos, sin importar que estos atributos de la personalidad no coincidan con los consignados en documentos oficiales.

14. Síntesis de la decisión

14.1. Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre, hombre transgénero, interpuso acción de tutela en contra de Compensar EPS y el Hospital Universitario San Ignacio por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que las entidades accionadas se negaron a practicarle el procedimiento de mamoplastia reductora por ginecomastia, necesario en su proceso de afirmación de su identidad de género, sometiéndolo a un proceso de diagnóstico excesivo e innecesario que obstaculizó el goce efectivo de sus derechos.

14.2. La Corte analizó el contexto de discriminación y marginación que deben enfrentar cotidianamente las personas transgénero y reiteró la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la identidad de género y el acceso a los servicios de salud que esta personas requieren en los procesos de afirmación de género. Enseguida, la Corte determinó que las identidades trans no pueden ser asumidas como un desorden o una enfermedad, por lo que, a partir de la jurisprudencia constitucional y de diversos instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales, se advirtió que la patologización de las identidades trans reproduce la estigmatización y discriminación que sufren estas personas y constituye una barrera de acceso a los servicios de salud que requieren en los procesos de afirmación de género. Se señaló también que la incompreensión de la diversidad y complejidad de las identidades trans impacta negativamente en el acceso a los servicios de salud de las personas transgénero, pues se suelen reproducir los estereotipos de género y el código de género binario en las evaluaciones psiquiátricas que se realizan para diagnosticar la disforia de género y en los procedimientos médicos requeridos en los procesos de afirmación de género.

Por otra parte, la Sala advirtió la importancia del consentimiento libre e informado en este tipo de procedimientos médicos, ya que de esta manera se reconoce el respeto a la autonomía de las personas transgénero, quienes valorarán las diferentes opciones médicas de acuerdo a sus intereses y necesidades con la ayuda del personal médico, quien debe brindar información adecuada y suficiente sobre los procedimientos que el saber médico ofrece para obtener el resultado deseado por la persona, además de las probabilidades de

éxito y riesgo de los mismos y los presupuesto de acceso a los servicios de salud. Finalmente, se consideró que todas las autoridades y la sociedad en general tienen el deber de respetar el nombre identitario de las personas transgénero, sin importar que este no coincida con el nombre consignado en documentos oficiales, ya que esto constituye una manifestación de su identidad.

14.3. A partir de lo anterior, esta Sala concluyó que en el presente caso se habían vulnerado los derechos fundamentales de Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre a la dignidad humana, a la identidad de género y a la salud, al haber sido sometido a un proceso de patologización de la identidad de género, ya que los dictámenes de disforia de género no pueden ser un requisito para acceder a las intervenciones médicas en los procesos de afirmación de género. Además, al accionante no se le garantizó un consentimiento informado, necesario en este tipo de procedimientos, y se desconoció que el procedimiento quirúrgico requerido no tenía un fin estético sino funcional. Finalmente, se advirtió que los jueces de instancia, en las respectivas sentencias, habían transgredido los derechos del accionante al identificarlo por el nombre y el género consignado en documentos oficiales y no por el nombre identitario.

III. Decisión

(i) Se vulneran los derechos fundamentales de las personas transgénero cuando se les niega la autorización de procedimientos médicos tendientes a afirmar su identidad de género por ser considerados como estéticos sin un fin funcional y se les somete a valoraciones psiquiátricas, por ejemplo, para obtener un dictamen de disforia de género como requisito para acceder a tales procedimientos. (ii) En especial, cuando no se les garantiza un consentimiento informado sobre los procedimientos o intervenciones que el saber médico ofrece para obtener el resultado deseado por la persona, las probabilidades de éxito y riesgo de los mismos y los presupuestos de acceso a los servicios de salud. (iii) Las personas transgénero deben ser llamadas por su nombre identitario y el género con el cual se identifican, sin importar que éste no coincida con el nombre consignado en documentos

oficiales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: LEVANTAR los términos de suspensión decretados a través del Auto del 22 de febrero de 2019.

Segundo.- Por las razones y en los términos de esta providencia, CONFIRMAR PARCIALMENTE las sentencias proferidas el 5 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá, y el 19 de julio de 2018 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

Tercero.- Declarar que Nikita Simonne Dupuis-Vargas Latorre fue sometido a un proceso de psiquiatrización forzada y patologización de la identidad por parte de algunos de los profesionales y personal que lo atendió en Compensar EPS, el Hospital Universitario San Ignacio y la Clínica Nuestra Señora de La Paz durante el trámite para acceder a los servicios de salud requeridos en su proceso de afirmación de género, situación que vulneró su derecho a la dignidad humana.

Cuarto.- ORDENAR a Compensar EPS, al Hospital Universitario San Ignacio y a la Clínica Nuestra Señora de La Paz que, en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación del presente fallo, diseñen e implementen un protocolo de atención diferencial

para garantizar adecuadamente el acceso y la prestación de los servicios de salud a las personas transgénero. Deberán tener en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia y permitir la participación de organizaciones que trabajen en temas relacionados con la defensa de los derechos de las personas transgénero. La construcción del mencionado protocolo deberá contar con el acompañamiento y asesoramiento del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, en ejercicio de sus funciones legales.

Quinto.- PREVENIR a Compensar EPS, el Hospital Universitario San Ignacio y la Clínica Nuestra Señora de La Paz, para que en adelante garanticen adecuadamente los servicios de salud que requieran las personas transgénero, para lo cual deberán basar su atención a esta población en el respeto a la dignidad humana y la no discriminación.

Sexto.- DECLARAR que la negación del nombre identitario de las personas transgénero constituye una vulneración de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana. En consecuencia, ADVERTIR al Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá y al Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que, en adelante, respeten el nombre identitario y el género con el cual se identifican las personas transgénero que acudan a sus despachos, sin importar que estos atributos de la personalidad no coincidan con los consignados en documentos oficiales.

Séptimo.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.”

Hasta acá el proyecto de sentencia tal como fue presentado a la Sala de Revisión.

3. La Sala de Revisión no comprendió la dimensión de la violación de los derechos de Nikita

3.1. Como se acabó de mostrar en el proyecto de Sentencia originalmente presentado a la Sala de revisión y que no fue acogido por ésta, la protección integral de los derechos fundamentales del accionante y el estudio que debía realizar el juez constitucional implicaba que se consideraran los recientes pronunciamientos y modificaciones de organismos técnicos especializados, como la OMS, en relación con la identidad de género y su despatologización. Esto obligaba a la Corte a adecuar su jurisprudencia ante este panorama y entender el tránsito de género, no como una patología que necesita ser diagnosticada y tratada, sino como una condición relativa a la salud sexual que requiere de un acompañamiento médico para garantizar un consentimiento informado del paciente que respete su autonomía y dignidad.

3.2. Resulta desconcertante que la Sentencia omita aspectos cruciales de los antecedentes del caso que eran determinantes para comprender la dimensión de la violación de los derechos fundamentales del accionante y los principios constitucionales que estaban en juego. En particular, resultaba esencial tener en cuenta la declaración complementaria presentada por el accionante en la que relata en detalle su proceso de tránsito de género y las valoraciones realizadas por distintos psiquiatras, en donde se evidencia el maltrato y la discriminación del que fue víctima en razón a su identidad de género. Así mismo, era de suma importancia considerar, o al menos mencionar, las diferentes intervenciones allegadas al proceso por parte de diversas organizaciones y expertos en temas relativos a la identidad de género. Allí se aportaba valiosa información relativa, entre otros aspectos, a la despatologización de la identidad de género, cuestión central de este proceso.

3.3. De otra parte, no se entiende por qué la Sentencia desconoce la reiterada jurisprudencia constitucional en relación con la importancia del nombre como una manifestación de la

identidad de género y la obligación de las autoridades públicas de respetar el nombre identitario de las personas trans, sin importar que éste no coincida con el nombre consignado en documentos oficiales, tal como fue señalado en el proyecto de Sentencia derrotado por la Sala. Por tanto, la conclusión a la que llega la Sentencia T-236 de 2020 en este punto, según la cual “no cabe efectuar ningún tipo de reproche a las autoridades judiciales, pues no es claro que exista un fundamento normativo en virtud del cual se evidencie la obligación de hacer expresa referencia a las personas por un nombre distinto al que figura en sus documentos de identidad”, además de reflejar la insensibilidad con la que la Sala asumió el presente caso y desconocer la pacífica y reiterada jurisprudencia constitucional, constituyó una violación de los derechos fundamentales del accionante al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género y a la dignidad humana. Si bien la Sentencia se refiere al accionante por su nombre identitario, lo hace porque durante el trámite del proceso de tutela cambió su nombre en el Registro Civil de Nacimiento, tal como lo explica la propia Sentencia. ¿Sugiere entonces la Sala que si no se hubiera hecho el cambio legal de nombre, habría identificado a Nikita por el nombre consignado en su documento de identidad o habría utilizado artículos gramaticales femeninos para referirse a él, los cuales no expresan su identidad y cuestionan el género que experimenta?

3.4. Aunque lamento que la Sala no haya abordado la violación de los derechos fundamentales del accionante en todas sus dimensiones, y que tampoco haya dado pasos adicionales en la garantía y respeto de los derechos de las personas transgénero, afortunadamente, como ya se advirtió, la Sentencia reconoce la violación de los derechos de Nikita y advierte a las entidades accionadas que no pueden imponer barreras de acceso a los tratamientos y procedimientos que en adelante requiera el accionante. Esto me permite salvar parcialmente el voto, ya que a partir de esta declaración unánime de la Sala, todos los daños y perjuicios que se hayan causado al accionante podrán ser resarcidos, voluntariamente o a través de los respectivos recursos o acciones, por las entidades que los hayan causado.

3.5. Finalmente, debe señalarse que la Sala no aceptó la propuesta de ordenar a Compensar

EPS, al Hospital Universitario San Ignacio y a la Clínica Nuestra Señora de La Paz, el diseño e implementación de un protocolo de atención diferencial para garantizar adecuadamente el acceso y la prestación de los servicios de salud a las personas transgénero que fuera respetuoso de su autonomía y dignidad humana. Sin embargo, esto no impide que, en desarrollo de los principios y valores humanitarios en los que se fundan estas instituciones¹²⁶ y en ejercicio de su autonomía, procedan a acoger esta solicitud y corregir esta deficiencia en la atención y prestación de los servicios de salud a una población vulnerable que ha sido históricamente excluída y discriminada.

3.6. Ojalá la lucha que ha dado Nikita por sus derechos asegure que, en un futuro, ni él ni ninguna persona transgénero tengan que enfrentar un maltrato similar a su dignidad y a su intimidad.

En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en la presente decisión.

Fecha ut supra,

Magistrada

1 Al momento de radicar el escrito de demanda, la identificación del actor respondía al nombre de Laura Gisselle Vargas Latorre. Sin embargo, durante el trámite de revisión del presente proceso, el promotor del recurso de amparo constitucional decidió modificar legalmente su nombre, tanto en el Registro Civil de Nacimiento como en el documento de identidad, razón por la cual la Sala de Revisión habrá de referirse en esta providencia a aquel: Nikita Simmone Dupuis-Vargas Latorre. Ver folios 15 del cuaderno original y 345 y 346 del cuaderno de revisión.

2 En el acta del Comité Técnico Científico que resolvió devolver la solicitud del procedimiento requerido se indica: “NO APLICA PARA TRAMITE DEL CTC. DEVUELTO EL SERVICIO SOLICITADO SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS COBERTURAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, POS. RESOLUCIÓN 6408 DE 2013” (Folios 28 y 28 del cuaderno 1). Por su parte, el acta del Comité Técnico Científico que negó el servicio dice: “NEGADO NO SE EVIDENCIA RIESGO INMINENTE PARA LA VIDA”.//“El Comité Técnico Científico de compensar no autoriza el medicamento/servicio porque la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en la resolución 5395 de 2013 del ministerio de salud, el procedimiento/insumo/servicio de salud solicitado se encuentra incluido en el plan de beneficios de salud resolución 5521 de 2013”. Ver folios 30 y 31 del cuaderno original.

3 Ver folio 35 del cuaderno original.

4 Ver folio 14 del cuaderno original.

5 Ver folio 13 del cuaderno original.

6 Ibídem.

7 Ver folio 51 del cuaderno original.

8 Ver folio 60 del cuaderno original.

9 Ver folio 55 del cuaderno original.

10 Ver folio 81 del cuaderno original.

11 Ver folio 89 del cuaderno original.

12 Ver folio 88 del cuaderno original.

13 Conformada por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

14 En su intervención, el Programa PAIS adjuntó una serie de escritos de diferentes personas y organizaciones que aportan sus opiniones en torno al caso, así como algunos artículos académicos sobre temas relacionados con la identidad de género. Adicionalmente, dicho programa solicitó a esta Corte, por fuera de proteger los derechos fundamentales del accionante, “impartir una serie de órdenes encaminadas a superar las barreras que deben enfrentar las personas transgénero en el acceso a los servicios de salud, así como la eliminación del enfoque patologizante sobre el que se conciben sus identidades”. Frente a esto último, indicó que el accionante fue obligado a realizarse cuatro diagnósticos de disforia de género con especificaciones técnicas distintas y médicos tratantes que no conocían asuntos transgénero, hecho que no resultaba extraño sino que se trataba de una situación generalizada, por lo que concluyó que el diagnóstico de disforia de género no debería ser una condición de acceso a los servicios de salud de las personas transgénero, que solo debería estar mediado por el consentimiento informado el cual tampoco se garantizó.

15 El expediente bajo estudio fue inicialmente repartido a la magistrada Diana Fajardo Rivera. El resumen de las intervenciones solicitadas en el Auto del 22 de febrero de 2019 fue tomado de la ponencia inicialmente elaborada por ella.

16 Las demás entidades convocadas no participaron en el presente proceso.

17 Adicionalmente, se recibieron las intervenciones de instituciones educativas, académicas

y organizaciones sociales como la Universidad Autónoma de Bucaramanga, EAFIT, Colombia Diversa, Corporación Caribe Afirmativo, Fundación Colectivo Hombres y Masculinidades, Fundación Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans -GAAT-, Coalición de Organizaciones Transmasculinas de Bogotá, Profamilia y varios ciudadanos, en el interés de abordar el caso concreto a partir de las siguientes perspectivas: barreras estructurales de acceso a los servicios de salud para personas trans, la trascendencia del uso del lenguaje frente a la identidad de género y las implicaciones del desconocimiento del nombre identitario y género identitario en las personas trans.

18 El artículo 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona tiene la facultad de incoar el amparo constitucional, por sí misma o por quien actúe en su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

19 El artículo 86 de la Constitución Política establece que la tutela procede contra particulares encargados de prestar un servicio público. Así mismo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42, numeral 2, señala que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares encargados de prestar el servicio público de salud.

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

21 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

22 “Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones”.

23 Ver, entre otras, las sentencias T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397, T-428 y T-684 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

24 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

25 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

26 Corte Constitucional, sentencias: C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-034

de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-314 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-428 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-684 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

27 Al respecto, en la Sentencia SU-124 de 2018, la Corte sostuvo: “(...) el juez debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con especial atención de las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto. En consecuencia, el amparo constitucional procederá, por ejemplo, cuando://a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.//b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.//c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.//d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad”.

29 Sentencia T-235 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se cita la Sentencia T-533 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

30 Sentencia T-678 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, en donde se cita la Sentencia SU-540 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

31 Sentencia T-685 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

32 Al respecto, en la Sentencia T-200 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, la Corte declaró la carencia de objeto en virtud de esta causal, en un caso en el cual una docente inicialmente pidió un traslado por problemas de salud, pretensión frente a la cual perdió interés, cuando obtuvo una calificación de pérdida de capacidad laboral que la hacía beneficiaria de una pensión de invalidez.

33 Esto sucedió, por ejemplo, en la sentencia T-988 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería, en la que tanto la EPS como los jueces de instancia se rehusaron a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer puso fin a la gestación por fuera del sistema de salud, por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a interrumpir el embarazo

resultaba inocua.

34 Sobre el particular, en la Sentencia T-226 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se expuso que: “[C]uando en el curso de la acción de tutela el titular de los derechos fallece y, además, su muerte no se encuentra relacionada con el objeto de la acción y la prestación que se solicita tiene una naturaleza personalísima no susceptible de sucesión, o lo que es lo mismo, de producción de efectos en los herederos, encuentra la Sala que se configura una carencia actual de objeto, no por la presencia de un daño consumado o de un hecho superado, sino por la estrecha relación que existe entre el sujeto y el objeto de un amparo constitucional. En efecto, si el sujeto fallece y la prestación tiene una índole personalísima, el objeto de la acción ya no puede ser satisfecho y, por ello, cualquier orden que se profiera por el juez de tutela sería inocua o ‘caería en el vacío’. Esta hipótesis se puede presentar, por ejemplo, cuando la persona muere de un infarto cardíaco y la acción de amparo constitucional pretendía la protección del derecho a la educación por la falta de expedición de [un] certificado de notas, o cuando una persona fallece por un accidente fortuito y requería por tutela el suministro de unos pañales. En este escenario, es deber del juez constitucional declarar la improcedencia de la acción, por la configuración de una carencia actual de objeto”.

35 Véase, entre otras, las Sentencias T-786 de 2006 y T-1144 de 2008. En esta última se declaró la carencia de objeto, en un caso en el que se acreditó que la intervención médica requerida, la cual había sido negada por estar fuera del POS, había sido personalmente asumida por la accionante.

36 Sobre el hecho sobreviniente se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-155 de 2017, T-265 de 2017, T-457 de 2017, T-472 de 2017, T-543 de 2017, T-106 de 2018, T-310 de 2018, T-467 de 2018, T-004 de 2019, T-005 de 2019 y T-038 de 2019.

37 Consultar, entre otras, las sentencias T-876 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla; T-918 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-771 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

38 “Declaración de Emergencia Sanitaria y/o Eventos Catastróficos. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) podrá declarar la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos, cuando se presenten situaciones por riesgo de epidemia, epidemia declarada, insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud o eventos catastróficos que afecten la

salud colectiva, u otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa (...).”.

39 La emergencia sanitaria fue prorrogada en todo el territorio nacional hasta el 31 de agosto de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020.

40 Declarado exequible en Sentencia C-156 del 3 de junio de 2020, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

41 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. SPV. Diana Fajardo Rivera.

42 En ocasiones pasadas los magistrados o magistradas de la Corte, en sus aclaraciones o salvamento de voto, han publicado el proyecto original de sentencia presentado a la respectiva Sala. Ver, por ejemplo, el salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett en la Sentencia SU-623 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Sentencia T-011 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

44 Sentencia T-722 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

45 Constitución Política. Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: // (...) // 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

46 Por ejemplo, en la Sentencia T-301 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), se declaró la carencia actual de objeto en un caso en el que una mujer solicitaba la interrupción voluntaria del embarazo y antes de que se prohiriera la sentencia de tutela de segunda instancia se había producido el parto. Sin embargo, en el numeral segundo de la parte resolutive se establece: “CONFIRMAR PARCIALMENTE por las razones y en los términos expuestos en esta sentencia” las sentencias de tutela de instancia. Además, se dispone “CONDENAR en abstracto a SaludCoop E.P.S., a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a

la accionante, la señora Rosa, por la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006” y se confirman diversas órdenes proferidas por el juez de tutela de primera instancia. En otra oportunidad, en la Sentencia T-543 de 2017 (MP. Diana Fajardo Rivera. SV. Carlos Bernal Pulido), decisión que fue acompañada por el magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez como parte de la Sala Novena de Revisión, si bien se declaró la carencia actual de objeto en las dos acciones de tutela que se estudiaban, debido a que la Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio contra la que se dirgían las demandas había sido revocada, se concedió la tutela a los derechos fundamnetales que habían sido vulnerados, se revocaron las decisiones de los jueces de tutela de instancia, en un caso, y se confirmaron las las decisiones en el otro. Además, se impartieron una serie de órdenes a la entidad accionada con el fin de publicitar la decisión tomada por la Corte Constitucional. Recientemente, en Sentencia T-363 de 2018 (MP. Diana Fajardo Rivera. AV. Alejandro Linares Cantillo), proferida por esta misma Sala de Revisión y aprobada de manera unánime, se declaró la carencia actual de objeto en dos casos en los que a personas privadas de la libertad se les restringía el uso de elementos propios de su comunidad religiosa. En esta oportunidad se analizó el fondo del asunto y se concluyó que “los Establecimientos Penitenciarios de Yopal -Casanare y Cómbita -Boyacá vulneraron el derecho fundamental a la libertad religiosa y de cultos de los accionantes al restringir, el ejercicio de sus creencias religiosas más profundas, sin justificación razonable”, por lo que se ordenó a la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Yopal -Casanare “que adopte, si aún no lo ha hecho, las medidas que estime adecuadas, necesarias y suficientes para concientizar a los funcionarios integrantes de la guardia penitenciaria de la importancia de proteger la expresión religiosa de quienes allí permanecen reclusos y capacitarlos en los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en esta sentencia, así como en la existencia de la religión Rastafari”.

47 Sentencia T-139 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

48 Mediante Auto del 29 de octubre de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Diez, conformada por el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional seleccionó para revisión el expediente T-6.950.213.

49 En el acta del Comité Técnico Científico que resolvió devolver la solicitud del

procedimiento requerido se indica: “NO APLICA PARA TRAMITE DEL CTC. DEVUELTO EL SERVICIO SOLICITADO SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS COBERTURAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, POS. RESOLUCIÓN 6408 DE 2013” (Folios 28 y 28 del cuaderno 1). Por su parte, el acta del Comité Técnico Científico que negó el servicio se dice: “El Comité Técnico Científico de compensar no autoriza el medicamento/servicio porque la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en la resolución 5395 de 2013 del ministerio de salud, el procedimiento / insumo / servicio de salud solicitado se encuentra incluido en el plan de beneficios de salud resolución 5521 de 2013”. (Folios 30 y 31 del cuaderno 1).

50 El Oficio por medio del cual se le comunicó el Auto de la referencia a la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia fue devuelto por la Oficina de Correo 472 con la anotación “Rehusado”. Por su parte, la Asociación Colombiana de Psiquiatría señaló que dado que es una asociación gremial, no tiene competencia para proferir peritajes o dictámenes técnicos. Finalmente, la facultad de medicina de la Universidad del Rosario guardó silencio.

51 Los escritos que adjunta Paii en su intervención son los de: Christoph Hanssmann, el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México, la organización Abogadxs por los derechos sexuales, Juan Diego Barrera Vásquez, Carolina Herrera Small y Simón Torres Orozco, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Fundación Colectivo de Hombres y Masculinidades, Andrea Parra Fonseca y la organización Gate.

52 El artículo 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona tiene la facultad de incoar el amparo constitucional, por sí misma o por quien actúe en su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

53 El artículo 86 de la Constitución Política establece que la tutela procede contra particulares encargados de prestar un servicio público. Así mismo, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 42, numeral 2, señala que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de particulares encargados de prestar el servicio público de salud.

54 Sobre el requisito de la inmediatez, ver entre muchas otras, las sentencias T-158 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-584 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-416 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo; y T-038 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Aquiles Arrieta Gómez.

55 Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

56 Ley 1438 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

57 Ver, entre otras, las sentencias T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-428 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; y T-684 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

58 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

59 Corte Constitucional. Sentencias C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.; T-034 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado; T-314 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-428 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-684 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera.

60 Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-644 de 2015 (reiterada en la Sentencia T-397 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera) dijo: “(...) cabe señalar que en determinados supuestos en los que, inicialmente, habría sido preciso agotar la instancia de la superintendencia, cuando la Corte debe decidir en sede de revisión, puede optar por conceder el amparo, en razón de la desproporción que, a la luz de los elementos del caso concreto, se generaría si se remitiese al accionante a dicha instancia para hacer valer aquello que ya el juez de tutela ha advertido como debido desde una perspectiva iusfundamental.|| Por lo anterior, resulta menester analizar en cada caso concreto la existencia de circunstancias excepcionales de las cuales se pueda concluir que dicho procedimiento no resultaría lo suficientemente eficaz para garantizar integralmente las prerrogativas constitucionales supuestamente vulneradas o amenazadas. De esta manera, se debe evaluar, por ejemplo, las condiciones de vulnerabilidad del actor, la urgencia y el apremio con la que se demanda el amparo o si del suministro de la tecnología en salud requerida depende la preservación de la vida del accionante.”

61 En una decisión reciente, la Corte destacó la necesidad de ampliar este esquema binario

de clasificación de las personas, al ordenar a las autoridades de registro civil admitir la inscripción de menores intersexuales o con genitales ambiguos. Se trata de la Sentencia T-450A de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), donde se ampararon los derechos de un menor menor cuyo sexo no fue identificado en el momento del nacimiento y no fue registrado por los funcionarios de la Registraduría porque en el certificado de nacido vivo no se señalaba su sexo. Al no contar con el registro civil de nacimiento, se le negaba igualmente la atención médica.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta providencia la Corte amparó los derechos fundamentales a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la educación y al debido proceso de una persona transgénero, a quien una institución educativa le había impuesto una serie de restricciones a su indumentaria.

64 Disponible en:
https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2018/07/A-0450_OS_baja-Informe-DDH.pdf.

65 Según un informe del año dos mil doce (2012) presentado por la Alcaldía de Bogotá, el 52.09% de las personas Transgénero reportan haber sufrido discriminación o rechazo, maltrato verbal, agresión física o maltrato psicológico en el sistema educativo. En estrecha relación con esto, concluyó que “[l]as personas transgeneristas tienen los niveles más bajos de escolaridad: 39.35% cuentan con educación media y 26.7% con educación básica secundaria. El porcentaje de universitarios y universitarias en este sector es de 11.9% y de posgrado solo el 1.94 %.” Alcaldía Mayor de Bogotá. Secretaría Distrital de Planeación. Bogotá, Ciudad de Estadísticas. Boletín No. 25 Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Cifras. Bogotá, 2010. Disponible en:
http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/SeguimientoPolíticas/políticasLGBTI/Observatorio/Estadísticas_LGBT_2010.pdf.

66 Según la organización REDLACTRANS, las personas transgénero perciben que su primera opción laboral es el trabajo sexual, el segundo es cocinera, empleada doméstica, peluquera y modista; y como última opción se encuentran las actividades artesanales (folio 154 del cuaderno de Revisión).

67 Según cifras de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el 99.68% de las personas con identidad de género no normativa expresaron que han sido discriminadas o que sus derechos han sido vulnerados o limitados; el 100% dijo haber sido víctima de algún tipo de agresión física o verbal, y el 90.56% de esta población estimó que tiene mayor probabilidad de sufrir ataques en el espacio público. Fuente:http://portel.bogota.gov.co/portel/libreria/php/x_frame_detalle.php?id=50651).http://portel.bogota.gov.co/portel/libreria/php/x_frame_detalle.php?id=50651.

68 Según cifras del informe acerca de la situación de derechos humanos de las personas transgénero en el Caribe y en América Latina de la Red Latinoamericana y del Caribe de personas transgénero (REDLACTRANS) se reporta que del total de esta población, entre un 44% y un 70% abandona o es expulsada de su hogar, y que este proceso ocurre principalmente entre los trece (13) y diecisiete (17) años. REDLACTRANS. La Transfobia en América Latina y el Caribe. Disponible en: <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2013/05/La-Transfobia-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf> (folio 153 del cuaderno de Revisión).

69 Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015. MP. María Victoria Calle Correa. SV Luis Guillermo Guerrero Pérez.

70 Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI. Algunas precisiones y términos relevantes. <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp>.

71 Los Principios de Yogyakarta “sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, definen la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

72 Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

73 Marina Bernal, “Provisión de servicios afirmativos de salud para las personas LGBT”. Colombia Diversa, Bogotá, 2010.

74 Corte Constitucional. Sentencias T-552 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

75 La Corte Constitucional ha destacado que la dignidad es un valor, principio y derecho autónomo; y que, desde esta última función en el ordenamiento jurídico, su concreción se refleja en los siguientes sentidos: (i) como autonomía, esto es, como la garantía de que la persona se dé su propia ley y actúe consecuentemente con ella (vivir como quiera); (ii) como la garantía de unas condiciones mínimas de existencia material (vivir bien), y, a partir de la afirmación de una persona que en mayor o en menor medida se interrelaciona con los demás, (iii) como la garantía de la integridad física y moral (vivir sin humillaciones). Sentencia T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

76 En la Sentencia T-063 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa), al estudiar un caso en el que una persona trans solicitaba la modificación del sexo en el registro civil de nacimiento, la Corte afirmó, sobre el libre desarrollo de la personalidad, que: “la consagración de este derecho comprende la facultad natural de toda persona ‘de realizar autónomamente su proyecto vital, sin coacción, ni controles injustificados’. Se trata entonces del principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y la organización social.”

77 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad la Corte analizó la negativa de un menor de edad de someterse a una cirugía de readecuación de sexo femenino tras haber sido emasculado por un perro cuando tenía seis meses de edad. Sus padres iniciaron un proceso de jurisdicción voluntaria con el fin de modificar el nombre y sexo de su hijo por aquellos que resultaran acordes a su nueva identidad. El menor, quien presentó dificultades para adaptarse a su nueva faceta femenina, solicitó la protección de sus derechos fundamentales y la suspensión del tratamiento médico y el completo acoplamiento de su definición psicológica y física masculina con la que se sentía plenamente identificado. La Corte concedió el amparo y le ordenó al ICBF prestar la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor.

78 En la Sentencia T-099 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Sala Quinta de Revisión, retomando lo señalado en la Sentencia T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), indicó: “la identidad personal se convierte en un bien especial y fundamental, en cuanto exige de la comunidad el respeto del propio ‘modo de ser’ de cada hombre en el mundo exterior. Solamente a partir del libre ejercicio de la personalidad, se constituye la identidad personal como un conjunto de cualidades y características que ante los atributos proyectivo, temporal y estimativo del hombre, le permiten a éste individualizarse en la sociedad, y exigir de ésta, el respeto y salvaguarda de las condiciones mínimas que conlleven a la proyección autónoma de su ser”.

79 Corte Constitucional. Sentencia T-363 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

80 Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

81 Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

82 Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

83 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

84 Conrad, Peter. “Medicalization and Social Control”. En *Annual Review of Sociology*. 1992. En el mismo sentido, Sheherezade Kara define la patologización como “la práctica psico-médica, legal y cultural por la que un determinado rasgo, individuo o población se define, per se, como un trastorno”. (Kara, Shehezerade. *Gender is not an illness. How pathologizing trans people violates international human rights law*. New York: GATE, Global Action for Trans Equality, 2017. Traducción libre)

85 Butler, Judith. *Undiagnosing Gender*. En *Transgender Rights*. Minnesota: University of Minnesota Press, 2006.

86 Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

87 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

88 La Corte Constitucional ha incorporado los Principios de Yogyakarta en el análisis de diversas cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Ver, por ejemplo, las sentencias T-143 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Carlos Bernal Pulido; T-077 de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio; T-099 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

89 Según el documento oficial que recoge los Principios, los mismos fueron elaborados de la siguiente manera: “(la) Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de una mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”. Principios de Yogyakarta. [Consultado el 12 de marzo de 2015]. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf.

90 Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

91 IDEM.

92 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/22/53. Febrero 1 de 2013.

93 Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. A/HRC/35/21. Marzo 28 de 2017.

94 Informe del Experto Independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. A/73/152. Julio 12 de 2018.

95 Butler, Judith. Deshacer el género. Barcelona: Paidós, 2006. Pag. 115.

96 En una investigación realizada en Bogotá se reportó que las mujeres trans acuden a diferentes sustancias que resultan inadecuadas y peligrosas para transformar sus cuerpos. Entre los materiales más utilizados están la silicona líquida, el aceite mineral, la parafina o vaselina líquida, el aceite vegetal, la grasa animal, los biopolímeros, el silicón industrial, el aceite de oliva, entre otros. Así mismo, se indicó que el desarrollo de estas prácticas “es llevada a cabo en lugares clandestinos, carentes de las condiciones mínimas de salubridad. En la mayoría de los casos, se lleva a cabo en las residencias donde habitan o en hoteles”. (Peralta Cruz, Karen y Espitia Pachón, Natalia. Uso de modelantes estéticos, como proceso de la transformación corporal de mujeres transgeneristas. *Tábula Rasa, Revista de Humanidades*. 2013. Disponible en: <http://www.revistatabularasa.org/numero-19/13peralta-espitia.pdf>.

97 Butler, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós, 2007. Pag. 70.

98 García Becerra, Andrea. *Tacones, siliconas, hormonas. Etnografía, teoría feminista y experiencia trans*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2018. Pag. 92.

99 Emcke, Carolin. *Contra el odio*. Bogotá: Taurus, 2017. Pag. 139 y 140.

100 En el informe realizado para el Comité de la CEDAW “Situación de mujeres lesbianas, bisexuales y personas trans en Colombia. 2013 - 2018”, elaborado por diversas organizaciones defensoras de los derechos de las personas LGBTI, se indica que algunos de los obstáculos que deben enfrentar las personas trans para acceder a los servicios de salud consisten en la falta de sensibilidad y capacitación del personal médico acerca de las necesidades específicas de las personas transgénero y la ausencia de rutas de atención especializada. Disponible en: <https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2019/02/CEDAW-report-e-espa%C3%B1ol-LBT-Colombia-1.pdf>.

101 Constitución Política. Artículo 20. “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. (...)”.

102 Sobre la relación del consentimiento libre e informado con algunos derechos

fundamentales, ver, entre otras, sentencias C-933 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería. AV. Manuel José Cepeda Espinosa; C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV. Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alberto Rojas Ríos; C-405 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

103 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

104 Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

105 Ibíd.

106 Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

107 Corte Constitucional. Sentencias T-059 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-405 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-622 de 2014. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; SU-377 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

108 Corte Constitucional. Sentencias T-622 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-452 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-560A de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; SU-377 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

110 Idem.

111 Idem.

112 Corte Constitucional. Sentencias T-059 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; C-405 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-850 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

113 M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

114 Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

115 En Argentina, la ley de identidad de género (Ley 26.743), establece en su artículo 11 que todas las personas mayores de edad pueden acceder a los procedimientos médicos para afirmar la identidad de género, “sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa” por lo que “se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona”.

116 Herrera Small, Carolina y Torres Orozco, Simón. De la patologización de las identidades de género diversas. El rol de los profesionales de la salud en los tránsitos de género. *Anamnesis, Revista de Bioética*. No. 13. 2018.

117 Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

118 Ver entre otras las sentencias: T-363 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-063 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa; T-086 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Preelt Chaljub; T-611 de 2013. MP. Nilson Pinilla Pinilla; T-977 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada; T-1033 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

119 “El derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se identifica con el derecho a que tales definiciones se correspondan con los datos de identificación consignados en el registro civil”. Sentencia T-063 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

120 Corte Constitucional. Sentencia T-363 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

121 Judith Butler indica que en los procesos de diagnóstico de disforia de género las personas se ven obligadas a mentir sobre lo que realmente son y experimentan en procura de obtener el dictamen requerido: “La única manera de procurar los medios con los que empezar esta transformación es aprendiendo a presentarse uno mismo utilizando un discurso que no es el propio, un discurso que borra a la persona en el acto de representarla, un discurso que niega el lenguaje que se quisiera utilizar para describir quien es uno, cómo llegó aquí y qué quiere de esta vida. Dicho discurso niega todo esto, pero al mismo tiempo mantiene la promesa, sí no el chantaje, de que se tiene una posibilidad de conseguir la propia vida, el cuerpo y el género que se quiere, si uno accede a falsear su propia identidad y, al hacerlo, apoyar y ratificar el poder de esta diagnosis sobre mucha más gente en el

futuro”. (Butler, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2006. Pag. 135 y 136).

122 Corte Constitucional. Sentencias T-876 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-918 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-771 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

123 La Corte Constitucional ha utilizado el nombre identitario de las personas trásgénero en diferentes providencias en aras de respetar su autonomía, libertad y dignidad humana. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-099 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Jorge Ignaico Pretelt Chaljub; T-363 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. SV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-143 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. SPV. Carlos Bernal Pulido.

124 El numeral 2 del artículo 2º del Decreto 4107 de 2011, “Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social”, establece que una de las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social es la de “formular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos en materia de Salud y Protección Social”.

125 El artículo 15 del Decreto 2893 de 2011, “Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior”, indica que dentro de las funciones de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior se encuentran la de “Desarrollar, en coordinación con las entidades competentes acciones tendientes a la consolidación de una cultura de Derechos Humanos (numeral 5º) y la de “diseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo para población lesbiana, gais, bisexual, transexual, e intersexual (LGBTI)”.

126 Compensar EPS explica en su página web que esta entidad “marca la diferencia por la calidad de su modelo de atención, prestación de servicios, red de instituciones y profesionales inscritos” (https://www.compensar.com/salud/POS.aspx?_ga=2.95655835.629507790.1584822752356254793.1584822752). El Hospital Universitario San Ignacio tiene dentro de sus valores el humanitarismo, en virtud del cual “nos tratamos con dignidad y respeto” y “respetamos la individualidad de las personas” (<https://www.husi.org.co/valores>). La Clínica Nuestra Señora de la Paz advierte que su propuesta de valor consistente en “humanizar el dolor y el

sufrimiento. Respeto y trato digno”
(<https://ordenhospitalaria.org/salud-clinicalapaz/nuestra-clinica/>).