

Sentencia T-421/20

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

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Alcance/PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Alcance

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGENERO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE LAS PERSONAS TRANSGENERO A ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD-Vulneración por EPS al negar autorización de cirugía, considerada parte integral del procedimiento de afirmación de identidad sexual y de género

Referencia: Expediente T-7.779.351

Acción de tutela interpuesta por Virginia contra Capital Salud EPS-S.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, 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, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia por el Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, el 1º de noviembre de 2019, y en segunda instancia por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de diciembre de 2019, dentro de la acción de tutela instaurada por Virginia contra Capital Salud EPS-S.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos Relevantes¹

1. Virginia² es una mujer transgénero de 26 años,³ quien actualmente está afiliada a Capital Salud EPS⁴ en el régimen subsidiado y es atendida en la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José.

1. El 8 de julio de 2019, la Junta Multidisciplinaria Disforia de Género del Hospital San José valoró a la actora “de forma particular”⁵ y en el acta se registró: “paciente refiere identificarse como mujer desde la infancia, asegura que ha presentado episodios depresivos secundarios a sentirse inconforme con su corporalidad masculina, estuvo encerrada en casa por cuatro años, además de haber realizado un intento de suicidio en 2014”.⁶ Además, allí se relaciona la conclusión para cada una de las especialidades:

Tabla 1. Conclusiones de la junta multidisciplinaria

Psiquiatría

14/12/2018

“Fortalecimiento emocional para que el tránsito y sus implicaciones sean beneficiosas para mejorar su calidad de vida”.

Cirugía plástica

6/02/2019

“Desea iniciar reasignación de sexo”

Endocrinología

4/03/2019

“Valerato de estradiol por menor incidencia de efectos secundarios cardiovasculares, tromboembólicos. Se decide continuar con spironolactone a igual dosis. Se solicita cariotipo por fenotipo sugestivo de posible klinefelter”.

Psiquiatría

3/07/2019

“No contraindica iniciar la parte quirúrgica del proceso”.

1. Adicionalmente, se realizó un examen físico: “se evidencia rasgos faciales: frente prominente a expensas de región glabelar, nariz con base alar ancha punta poco definida y ptosica. Ancho facial aumentado en región cigomática oclusión clase I con desviación de línea media interincisal con respecto a superior y a línea medio facial”.⁷ Al final, la junta estableció como plan: “reasignación de sexo”.⁸

1. El 26 de julio de 2019, un especialista en cirugía plástica del Hospital San José atendió a Virginia, en calidad de afiliada a la EPS Capital Salud, y le ordenó los siguientes servicios, todos ellos con prioridad “urgente”:⁹

Tabla 2. Procedimientos ordenados por el médico tratante

Procedimientos en salud

Cantidad

Corrección Displasia fibrosa por craneoplastia

1

Mentoplastia

1

Osteotomía sagitales de mandíbula (cirugía ortognática)

2

Consulta de control o de seguimiento por especialista en anestesiología

1

Procedimientos de laboratorio clínico

Tiempo de protrombina

1

Tiempo de tromboplastina parcial

1

Hemograma IV (Hemoglobina hematocrito recuento de eritrocitos índices eritrocitarios leucograma recuento de plaquetas índices plaquetarios y morfología electrónica e histograma automatizado).

1. El 18 de septiembre de 2019, la actora fue atendida en el Departamento de Psiquiatría del Hospital San José, y en la historia clínica se registró la siguiente nota aclaratoria: “paciente con antecedentes de disforia de género, lleva más o menos 2 años en tratamiento hormonal y ya se encuentra lista para continuar con la fase quirúrgica de su tratamiento que incluye: feminización facial (corrección displasia fibrosa por craneoplastia, mentoplastia, rinoplastia, osteotomías sagitales de mandíbula), mamoplastia de aumento, reasignación genital y cirugía para disminuir el cartílago tiroides, pues esta condición ha afectado su salud mental y su funcionamiento global, a tal punto que hace varios años tuvo intento de suicidio. El caso fue presentado y aprobado en junta médica del 08-07-19. Actualmente sin síntomas depresivos, pero requiere se de diligencia a la solicitud de procedimientos médicos para mejorar su calidad de vida”.¹⁰ Igualmente, allí quedo consignado que la paciente ha tenido dificultad para la autorización de los procedimientos porque “La EPS me dice que esos códigos CUPS no existen”.¹¹

1. El 23 de octubre de 2019, el médico tratante escribió la siguiente nota aclaratoria en la historia clínica de la actora: “la fase quirúrgica de su tratamiento que incluye feminización facial, corrección displasia fibrosa por craneoplastia, mentoplastia, rinoplastia, osteotomías sagitales de mandíbula, mamoplastia de aumento, reasignación genital y cirugía para disminuir el cartílago tiroides, pues esta condición ha afectado su salud mental y su funcionamiento global. El caso fue presentado y aprobado en junta médica interdisciplinaria

del grupo de disforia del 08-07-19, se había definido iniciar manejo quirúrgico con procedimientos de feminización facial, ya se entregaron órdenes médicas, sin embargo, todavía no contamos con autorizaciones por parte de la EPS para programación de los mismos”.¹²

1. El 12 de septiembre de 2019, la actora presentó solicitud a la Defensoría del Pueblo porque la EPS no autorizó la prestación de los servicios médicos ordenados.¹³

1. La accionante relató que: “la EPS me manifestó que no autorizaba porque las cirugías no tienen código CUBS, que no se puede homologar, que mejor ponga una tutela”.¹⁴

1. Además, agregó que no cuenta con recursos económicos, trabaja en oficios varios para generar ingresos diarios y pagar arriendo, servicios públicos, entre otros gastos de manutención. Añadió que vive con su padre y hermano, y que el primero de ellos no trabaja, mientras que su madre está enferma y vive en Norte de Santander, “de donde fuimos desplazados”.¹⁵ Finalmente, solicitó la protección de sus derechos a la vida, dignidad humana y seguridad social.

1. Respuesta de la entidad demandada

1. La entidad accionada no contestó.

1. Respuestas de las entidades vinculadas¹⁶

1. La jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2019,¹⁷ informó, con base a un concepto médico, que los servicios ordenados por el médico tratante se encontraban dentro del plan de beneficios previsto en la Resolución 5857 de 2018. A continuación se relaciona la información dada para cada uno de los procedimientos:

Tabla 3. Cobertura de procedimientos ordenados por el médico tratante según la Secretaría de Salud de Bogotá.

Procedimientos en salud

Código CUPS

Corrección Displasia fibrosa por craneoplastia

“020601”¹⁸

Mentoplastia

“Homologa código CUPS 766301 (Osteotomía de mentón con fijación interna)”¹⁹

Osteotomía sagitales de mandíbula (cirugía ortognática)

“Homologa código CUPS 760901 (Osteotomía maxilar para extracción de cuerpo extraño)”.²⁰

Consulta de control o de seguimiento por especialista en anestesiología y procedimientos de laboratorio: Tiempo de protrombina, Tiempo de tromboplastina parcial y Hemograma IV

“Se encuentran dentro del plan de beneficios a garantizar por la EPS”.²¹

1. En consecuencia, la Secretaría de Salud afirmó que Capital Salud debió autorizarlos y programarlos, sin barreras administrativas y siguiendo los criterios de oportunidad, calidad y

continuidad. Indicó que ante la falta de un contrato con la IPS, Capital Salud cuenta con otras adscritas a su red de prestadores, “sin que la parte actora deba reiniciar su proceso de tratamiento y diagnóstico”.²² Además, recordó que la expedición de autorizaciones por la EPS no puede tardar más de 5 días hábiles desde su solicitud, conforme con el artículo 125 del Decreto 019 de 2012. Finalmente, solicito desvincular a la entidad del trámite constitucional.

1. La Coordinadora de la Oficina Jurídica de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José, mediante escrito presentado el 29 de octubre de 2019,²³ informó que la actora ha sido valorada por varias especialidades, “siendo su última atención el 29 de octubre de 2019 por el servicio de psiquiatría”; así como que han entregado los signos de alarma correspondientes y las ordenes respectivas.²⁴ Además, citó el plan de manejo prescrito por el médico especialista en la cita del 14 de agosto de 2019²⁵ y precisó que en el contrato suscrito con la EPS Capital Salud no están incluidos los procedimientos: mentoplastia y osteotomías sagitales de mandíbula (cirugía ortognática). No obstante, explicó que podría realizarlos si la EPS emite las autorizaciones, y además, acepta la cotización que emita la IPS.

1. Decisión de primera instancia

1. El Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia del 1º de noviembre 2019, concedió el amparo constitucional y ordenó a Capital Salud que en el término de 48 horas, procediera a autorizar y asignar de manera prioritaria los servicios ordenados por el especialista en cirugía plástica.²⁶ Además, concedió el amparo a la atención integral, “ampliando la protección a los procedimientos, tratamientos, citas, exámenes, terapias, medicamentos, suministro de insumos y demás que requiera la usuaria”.²⁷

1. El Juez, luego de recordar jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud,²⁸ el principio de continuidad,²⁹ la prestación de servicios no incluidos en el antiguo POS³⁰ y el derecho a la salud de las personas transgénero,³¹ expuso que no existía una razón que justificara la demora en la prestación de los servicios prescritos por el médico tratante, “cuando ha sido un tratamiento progresivo y recurrente” y dicha tardanza puede causar un deterioro en la salud de la accionante. Al respecto, citó la sentencia T-345 de 2013: “lo que no resulta admisible, es que una entidad dilate o niegue la prestación de un servicio de salud, sin fundamento científico o medico alguno”.³²

1. Además, agregó que la entidad accionada no podría excusarse en la falta de contrato con una institución prestadora de servicios o poner trabas administrativas, “puesto que acorde a las prescripciones los servicios aquí reclamados son con carácter prioritario”.³³

1. Con relación al tratamiento integral, citó la sentencia T-771 de 2013, en la que se ordenó: “autorizar la realización de la reafirmación sexual quirúrgica (cirugía de cambio de sexo) a la peticionaria, así como continuar facilitándose los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente lo que se le prescriba al actor”, para luego señalar que el amparo se concedería en este caso respecto de todos los demás servicios que requiera la actora para el manejo de su patología.

1. Impugnación

1. La apoderada general de la entidad accionada presentó escrito de impugnación el 7 de noviembre de 2019.³⁴ Allí sostuvo que no se realizó junta médica y que la cirugía de reasignación de sexo es experimental, pues no hay evidencia que demuestre que tras su realización las personas tengan una vida feliz y pleno desarrollo.

1. Afirmó que los procesos de feminización son estéticos, “pues muchas mujeres que no cumplen con parámetros de belleza y tienen estigmas masculinos, pero son mujeres sin disforia de género, no acuden a los quirófanos para embellecer sus rasgos”.³⁵ Agregó que no puede autorizarse el procedimiento “pues no tienen ningún fundamento técnico”.³⁶ Además, afirmó que es necesario que la paciente sea atendida por una junta médica interdisciplinaria de la red contratada en Capital Salud EPS-S, para que determine el manejo de su patología.

1. Con relación al tratamiento integral, señaló que “la EPS estaría obligada a brindar servicios de salud que tal vez no cumplan con los requisitos mínimos”,³⁷ lo que a su juicio sería un desvío de recursos públicos. Añadió que “no se han configurado motivos que lleven a inferir que la EPS que (representa) haya vulnerado o vaya a vulnerar o negar deliberadamente servicios al usuario en un futuro”.³⁸ Preciso que en caso de que este Tribunal ordene el tratamiento integral, es necesario determinar en la parte resolutive de la sentencia, la patología y las prestaciones cobijadas. Así mismo, indicó que en caso de que se ordene a Capital Salud prestar servicios no incluidos en el plan de beneficios o excluidos taxativamente, es necesario que se autorice el pago a la EPS a partir de cobro directo a la Secretaría Distrital de Salud o recobro en los casos previstos en la Resolución 3190 de 2018, expedida por dicha secretaría.

1. En lo que concierne al MIPRES, señaló que “el médico tratante entregará al usuario la formula médica y el plan de manejo con número de prescripción generado por la plataforma MIPRES, para que la entidad territorial financie el acceso al servicio, bien sea a través de una IPS adscrita a su red prestadora o con pago directo a la IPS adscrita a la red prestadora de la EPS”.³⁹

1. Decisión de segunda instancia

1. El Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de

diciembre de 2019, revocó el fallo de primera instancia con base en las siguientes consideraciones:

1. Primero, “si bien hay una valoración respecto del tratamiento hormonal y cierta corporalidad masculina que esta padece, la misma no obedece a una situación de carácter funcional para su subsistencia biológica, sino más bien a una condición de naturaleza estética, en tal sentido lo afirma el médico tratante ‘feminización facial’ con ocasión a la percepción rasgos prominentes”.⁴⁰

1. Segundo, estimó que el médico prescribió la urgencia de los procedimientos con base en la necesidad de feminización y el intento de suicidio por parte de la accionante, pero que no observaba relación entre la identidad sexual y de género y la salud mental de la accionante; especialmente porque ya llevaba dos años en tratamientos de feminización. Al respecto, citó la sentencia T-003 de 2019 para señalar las diferencias entre una cirugía estética y una funcional, y luego afirmar que el juez de primera instancia se equivocó al justificar su decisión con base en argumentos relacionados con la salud de la actora, “pues no hay una acreditación entre lo acontecido en 2014 (intento de suicidio) y la inminente necesidad de embellecimiento (...) no se encuentra comprometida su salud ni física ni mental”.⁴¹

1. Tercero, citó la sentencia T-771 de 2013 para luego afirmar que “la Corte Constitucional ha considerado funcional para efectos de reafirmación sexual de la población de especial protección, la cirugía plástica de mamoplastia, como quiera la misma incorpora a la persona a quien se le practica elementos de reconocimiento de género. Lo cual difiere del pedimento de la aquí accionante, por cuanto la misma peticona cirugía plástica de naturaleza estética para su feminización, lo cual no lleva como consecuencia la reafirmación sexual del género. Caso disímil fuere si su reafirmación quirúrgica fuese manifestada a través de la mamoplastia y/o reasignación de sexo, situaciones, que como ya se reseñaron, han sido protegidas por la Corte Constitucional”.⁴²

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

1. Procedibilidad de la acción de tutela

1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva. La acción de tutela fue presentada por Virginia, quien es la titular de los derechos fundamentales que son objeto de estudio en esta providencia: salud, vida en condiciones dignas, libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual y de género. Por su parte, la accionada es la entidad prestadora de servicios de salud a la que está afiliada la tutelante y a la que se le reprocha que no haya expedido las autorizaciones para que sean realizados los procedimientos en salud y exámenes de laboratorio ordenados por el médico tratante dentro del proceso de reafirmación sexual quirúrgica de Virginia.

1. Inmediatez. Este requisito de procedibilidad está satisfecho porque los procedimientos en salud y de laboratorio ordenados a Virginia fueron prescritos el 26 de julio de 2019 y luego de que insistió su autorización ante la EPS sin obtener una respuesta positiva, solicitó apoyo a la Defensoría del Pueblo y presentó el amparo el 24 de octubre del mismo año. De manera que transcurrieron menos de tres meses entre la inactividad de la EPS para autorizar los procedimientos prescritos con carácter urgente y la interposición de la acción de tutela. La

Sala estima que este lapso es razonable y proporcional con relación a la gestión activa de Virginia.

1. Subsidiariedad. Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la ineficacia del mecanismo judicial que adelanta la Superintendencia Nacional de Salud, dado que se han identificado las siguientes dificultades de ese trámite para asegurar una protección inmediata del derecho fundamental a la salud: (i) la falta de reglamentación del término en que se debe resolver la segunda instancia cuando se presenta el recurso de apelación; (ii) la ausencia de garantías para exigir el cumplimiento de lo ordenado; (iii) la carencia de sedes de la SNS en todo el país; y (iv) el incumplimiento del término legal para proferir los fallos⁴³. Además, dicha entidad ha puesto de presente el retraso en el que se encuentra para resolver estos asuntos con prontitud.⁴⁴

1. En una providencia reciente, sentencia T-010 de 2019,⁴⁵ este Tribunal se pronunció sobre la “menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud”. Allí se analizó el caso en que una EPS negó la realización de una cirugía a una menor que padecía una enfermedad en su oreja derecha, bajo el argumento de que dicha intervención tenía un propósito estético y no funcional. Al final, esta Corporación concluyó que, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional por su edad, el mecanismo ante la Superintendencia “carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y, por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante”. En el caso concreto, tal como ocurrió en el precedente que acaba de citarse, los hechos involucran a una mujer trans, quien es un sujeto de especial protección constitucional.⁴⁶ Por tanto, la actora no cuenta con otro medio de defensa judicial, que sea tan idóneo y eficaz, como lo es la acción de tutela, para obtener la protección efectiva de sus derechos frente al posible deterioro de su estado de salud.

1. Problema jurídico

1. El interrogante que en este caso resolverá la Sala de Revisión es el siguiente:

1. ¿Una empresa promotora de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud e identidad sexual y de género, por negarse a autorizar los procedimientos en salud y de laboratorio clínico ordenados por el médico tratante para la feminización facial de una mujer transgénero, con el argumento de que son procedimientos estéticos?

1. Con el fin de responder esta pregunta, la Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia de este Tribunal sobre el derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud que requieran en su proceso de reafirmación sexual y de género, para posteriormente resolver el caso concreto.

1. El derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud que requieran en su proceso de reafirmación sexual y de género

1. Las personas transgénero buscan “atención médica especializada con el fin de adelantar un proceso quirúrgico para modificar sus cuerpos, expresan, viven y se identifican con un género e incluso un sexo determinado, independientemente de las características físicas sexuales y el género con los que se les designó al nacer”.⁴⁷

1. Por tanto, la atención médica a personas que desean armonizar su cuerpo con su identidad sexual y de género no comprende procedimientos aislados, sino que la reafirmación sexual quirúrgica es “el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o el sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo del otro. Dicho proceso podrá variar e incluir diferentes tipos

de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica especializada en el caso concreto”.⁴⁸

1. En este sentido, la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud que los médicos especialistas les prescriban para afirmar su identidad sexual y de género. Por primera vez, en la sentencia T-876 de 2012,⁴⁹ este Tribunal resolvió el caso de un hombre transgénero a quien su médico tratante ordenó la “reconstrucción micro quirúrgica, con colgado antebraquial radial, más injerto de costilla...y manejo mamario con liposucción”. No obstante, la EPS no autorizó la realización de esta cirugía con fundamento en que no se encontraba cubierta por el Plan Obligatorio de Salud- subsidiado-POSS.⁵⁰

1. En esa oportunidad se tuteló el derecho a la salud y vida digna con fundamento en que “los galenos tratantes han considerado que el medio idóneo para que el joven tenga una calidad de vida en condiciones dignas, es realizarle la cirugía de cambio de sexo. En consecuencia, encuentra la Sala que con dicho procedimiento se lograría el aludido estado de bienestar psíquico, físico y social, que ha anotado la jurisprudencia de este tribunal constitucional. Adicionalmente, 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.”

1. Posteriormente, en la sentencia T-918 de 2012,⁵¹ esta Corporación estudió la negativa de una EPS que obstaculizó la realización de cirugías para la afirmación sexual de una mujer transgénero, con fundamento en que no existía riesgo para su vida y salud. Los procedimientos ordenados por el médico tratante fueron: penectomía total, orquidectomía bilateral simple y vaginoplastia.

1. En aquella ocasión se reiteró el principio de integralidad en el derecho a la salud, según el cual “la atención de los usuarios, cuyo estado de salud afecte su integridad o su vida en condiciones dignas, debe comprender ´todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente⁵² o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones⁵³”. Así mismo, se mencionó el derecho de toda persona a la continuidad en la prestación del servicio, por lo que “una vez esta haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización⁵⁴”.

1. Con relación al caso concreto, la Corte encontró que los procedimientos ordenados a la accionante estaban incluidos de manera explícita en el POS que estaba vigente para el momento en el que fueron ordenados, por lo que ya estaban financiados por la unidad de pago por capitación. Además, advirtió 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 (...) Así las cosas, se tiene que la parte accionada debió acceder y tramitar la prestación de esos servicios desde el momento que fueron solicitados”.

1. En este sentido, ordenó a la EPS que, “en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, programe y fije fecha para la práctica de la intervención de reasignación de sexo requerida por Loreta, quien deberá contar con una atención integral, oportuna, eficaz y de calidad, en lo que le sea prescrito por el médico tratante con el fin de lograr el éxito del procedimiento quirúrgico”.

1. Además, este Tribunal se pronunció sobre los procedimientos de feminización facial, depilación láser y liposucción que fueron solicitados por la actora en el escrito de tutela: ordenó que “en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, convoque una junta médica, la cual deberá valorar los

procedimientos (...) con el fin de valorar su idoneidad, con fundamento en sólidas razones de salud y no meramente estéticas”.

1. Luego, en la sentencia T-552 de 2013,⁵⁵ la Corte analizó dos casos: el primero trató de una mujer transgénero que presentó una petición ante su EPS en la que solicitó la autorización de la cirugía de reasignación de sexo, sin que se hubiesen expedido órdenes médicas. La entidad respondió que el procedimiento estaba expresamente excluido del plan obligatorio de salud. El segundo caso involucró a un joven transgénero, cuyo médico tratante ordenó tres intervenciones quirúrgicas: mastectomía, histerectomía, ooforectomía, suplemento hormonal masculino y reconstrucción de pene, uretra y escroto. Inicialmente, los procedimientos no fueron ordenados por la EPS con fundamento en que el médico tratante debía justificarlos. Una vez se obtuvo esa información, la entidad sostuvo que el ICBF debía autorizarlos debido a la edad del paciente.

1. Con relación al primer caso, concluyó que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad, porque omitió cumplir con su deber de información y garantizarle el acompañamiento profesional adecuado: debió indicarle cuáles eran los servicios que componían la cirugía de “cambio de sexo” y remitirla a una valoración médica para que determinaran los servicios que requería la tutelante, así como las condiciones de acceso a los mismos.

1. Por tanto, ordenó a la EPS que conformara un grupo interdisciplinario para que evaluara a la accionante y le informara sobre los servicios que componen el procedimiento de reasignación de sexo. Además, ordenó que una vez se hiciera la valoración, “deberá determinar cuáles servicios serán autorizados para garantizar sus derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad, sin poner en riesgo su vida, salud e integridad. Finalmente, ese grupo de profesionales deberá estudiar la pertinencia de suministrar hormonas femeninas a la señora Yesica Paola, solicitadas por ella en el escrito de tutela. Comfama EPS-S es responsable de autorizar todos los servicios

que ordenen los especialistas, sin incurrir en dilaciones injustificadas, en un término no superior a treinta (30) días calendario, a partir de la correspondiente valoración psicológica y la justificación suficiente de los procedimientos a cargo de los profesionales señalados”.

1. En cuanto al segundo caso, este Tribunal determinó que se violaron los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género y al libre desarrollo de la personalidad porque son servicios que el accionante requería con necesidad: (i) garantizaban la salud física y mental del accionante, (ii) fueron ordenados por el urólogo adscrito a la clínica, (iii) las intervenciones estaban incluidas en el POS, (iv) el tutelante estaba afiliado al régimen subsidiado, por lo que se presumió su incapacidad de pago. En este sentido, ordenó la conformación de un grupo interdisciplinario para que evaluaran al joven y justificaran los procedimientos que ya habían sido ordenados. Además, ordenó que la EPS no podía tardar más de 30 días calendario para autorizar todos los servicios que prescribieran los especialistas. Finalmente, advirtió que las entidades accionadas podían repetir ante el FOSYGA por los servicios que suministrara sin estar obligadas a ello.

1. Finalmente, en la sentencia T-771 de 2013,⁵⁶ este Tribunal examinó el caso de una mujer transgénero a quien le negaron la realización de la mamoplastia de aumento ordenada por su médico tratante, con el argumento de que no estaba en el POS y su vida y salud no estaban frente a un riesgo inminente. Allí se concluyó que la mamoplastia de aumento no tenía una finalidad estética, “en tanto forma parte de un proceso integral de reafirmación de género (...) Es necesario aclarar que la mamoplastia de aumento en situaciones como a la que se enfrenta esta Sala tiene un carácter funcional, al ser un medio para reafirmar la feminidad de la accionante, elemento esencial de su identidad y condición para garantizar su derecho a la salud en el sentido integral del mismo”.

1. En consecuencia, la Corte ordenó a la EPS autorizar el procedimiento de mamoplastia de aumento con prótesis dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo.

6. Solución del caso concreto

1. Virginia presentó acción de tutela dado que la EPS Capital Salud no ha autorizado los procedimientos en salud y de laboratorio clínico que fueron ordenados por el médico tratante dentro del proceso de reafirmación sexual y de género que adelanta en compañía de los especialistas del Hospital San José de Bogotá. El juez de primera instancia amparó los derechos fundamentales invocados por la actora y el juez de segunda instancia revocó esta decisión con base en los argumentos que se exponen a continuación:

1. Sostuvo que la realidad de la accionante “no obedece a una situación de carácter funcional para su subsistencia biológica, sino más bien a una condición de naturaleza estética, en tal sentido lo afirma el médico tratante (sic) ‘feminización facial’ con ocasión a la percepción rasgos prominentes”.⁵⁷ Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, esta afirmación sería equivocada porque según la línea jurisprudencial expuesta en la parte considerativa de esta providencia, el proceso de reafirmación sexual quirúrgica “podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica especializada en el caso concreto”.⁵⁸

1. De manera que no existe un paquete único y estandarizado para el proceso de afirmación de la identidad sexual y de género de las personas trans, sino que en cada caso los médicos especializados son quienes deciden cuál es el plan de manejo. En este sentido, el juez de segunda instancia no debió señalar que los procedimientos ordenados por el médico tratante eran de naturaleza estética, pues esto se descarta en la medida que fueron prescritos en el marco de un proceso integral de reafirmación de identidad sexual y de género. Por tanto, el juez pasó por alto dos circunstancias: (i) el contexto singular dentro del cual fueron ordenados dichos procedimientos: el proceso de reafirmación sexual; y (ii) que es el médico

tratante quien tiene el conocimiento especializado para establecer el procedimiento apropiado para la persona que se encuentra en este proceso de transición.

1. De manera que, en este contexto en particular, no pueden considerarse como cirugías estéticas, sino que su naturaleza es distinta en este caso y deben nombrarse como cirugías de afirmación de la identidad sexual y de género.

1. El juez de segunda instancia también señaló que la salud física y mental de la actora no estaban comprometidas, porque llevaba dos años en tratamiento de feminización y no estaba acreditada la conexión del intento de suicidio de la actora en 2014 con la “inminente necesidad de embellecimiento”.⁵⁹ Aquí el juez formuló una conclusión que no resulta conforme con la jurisprudencia en vigor, al menos por tres razones: primero, como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, son varias sentencias de este Tribunal en las que se ha amparado el derecho a la salud de las personas trans con base en el principio de integralidad, el cual incluye todo aquello que “el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente”⁶⁰ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones⁶¹.⁶² De manera que la Sala debe reiterar que es el médico quien decide lo que es necesario para el restablecimiento de la salud del paciente, pues es quien cuenta con el conocimiento y la experticia para ordenar los procedimientos que se requieren para que la persona alcance el máximo bienestar físico y mental.

1. Segundo, el contenido del derecho a la salud también incluye el derecho de toda persona a la continuidad en la atención médica, por lo que “una vez esta haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización”.⁶³ En este sentido, el mismo juez señaló que la actora llevaba dos años en tratamiento, pero fue interrumpido pese a la existencia de órdenes médicas para la realización de procedimientos quirúrgicos dentro un tratamiento que no había finalizado, pues la fase hormonal no necesariamente agota el proceso, sino que, se insiste, depende del plan de manejo que los

médicos especialistas definan para cada caso.

1. Tercero, nuevamente el juez olvidó el contexto en el marco del cual fueron ordenados los procedimientos a la accionante: así lo hizo cuando afirmó que no encontraba relación entre el derecho a la salud y “la inminente necesidad de embellecimiento”. En efecto, el juez desconoció que los procedimientos fueron ordenados en el marco de un proceso de afirmación de identidad sexual y de género.

1. El juez también afirmó que la actora “peticiona cirugía plástica de naturaleza estética para su feminización, lo cual no lleva como consecuencia la reafirmación sexual del género. Caso disímil fuere si su reafirmación quirúrgica fuese manifestada a través de la mamoplastia y/o reasignación de sexo, situaciones, que como ya se reseñaron, han sido protegidas por la Corte Constitucional”. Cuando el juez hizo referencia a la “reafirmación sexual de género” y a que la mamoplastia y la reasignación de sexo sí harían parte de ella, restringió el alcance de la identidad de género e identidad sexual a estos dos procedimientos, en contra de lo expuesto por la jurisprudencia, según la cual el proceso de reafirmación sexual quirúrgica “podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica especializada en el caso concreto”. 64

1. Por otra parte, la entidad accionada afirmó que es necesario que la paciente sea atendida por una junta médica interdisciplinaria de la red contratada en Capital Salud EPS-S, para que determine el manejo de su patología. No obstante, no se encuentra ninguna justificación que valide esta consideración, pues los resultados de la valoración realizada por la junta médica inter o multidisciplinaria es un insumo para que el médico tratante prescriba los procedimientos médicos, pero no es la orden misma.

1. En este sentido, la Sala estima necesario aclarar que, si bien Virginia acudió como

particular a la valoración de la junta multidisciplinaria del Hospital San José, los procedimientos en salud y de laboratorio no fueron prescritos en esa oportunidad, sino un tiempo después, cuando fue atendida por su médico tratante, adscrito a la IPS con la que Capital Salud tenía contrato para la atención de sus afiliados. En efecto, en las ordenes médicas en las que se prescribieron los servicios en salud solicitados a través de esta tutela, puede observarse que Virginia fue atendida en calidad de afiliada a la EPS accionada.⁶⁵

1. En este sentido, la Sala advierte que, si bien la Resolución 5857 de 2018 fue derogada por la Resolución 3512 de diciembre 26 de 2019, en el caso concreto los procedimientos fueron ordenados por el médico tratante el 26 de julio de 2018, es decir, en vigencia de la Resolución 5857 de 2018. De manera que, si aquellos procedimientos estaban incluidos en el plan de beneficios, ya estaban financiados por la UPC y la EPS contaba con el dinero para realizarlos. Por tanto, deben analizarse las órdenes médicas respecto del plan de beneficios vigente en el momento en el que fueron prescritos, pues los mismos ya estaban financiados y la EPS estaba obligada a suministrarlos.

1. Por esto, la Sala contrastó la información dada por la Secretaría de Salud de Bogotá con la Resolución 5857 de 2018. Allí encontró:

Tabla 4. Cobertura de procedimientos ordenados por el médico tratante según la Secretaría de Salud de Bogotá en contraste con la Resolución 5857 de 2018

Procedimientos

Código CUPS según Secretaría de Salud

Resolución 5857 de 2018

Corrección Displasia fibrosa por craneoplastia

Código CUPS 02060

Código 02.0.6: Otras osteoplastias craneales.

Mentoplastia

Homologa código CUPS 766301 (Osteotomía de mentón con fijación interna)

Código 76.6.3: Osteoplastia (osteotomía) de cuerpo de mandíbula

Osteotomía sagital de mandíbula (cirugía ortognática)

Homologa código CUPS 760901 (Osteotomía maxilar para extracción de cuerpo extraño)

No se encontró el código 760901.

Se encontró el código 76.6.4: Otra cirugía ortognática de mandíbula.

Consulta de control o de seguimiento por especialista en anestesiología y procedimientos de laboratorio: Tiempo de protrombina, Tiempo de tromboplastina parcial y Hemograma IV

“Se encuentran dentro del plan de beneficios a garantizar por la EPS”.66

Código 89.0.3: Consulta de control o de seguimiento.

Código 90.2.0.10: Diluciones de tiempo de protrombina

Código 90.2.0.49: Tiempo de tromboplastina parcial

Código: 90.2.2.10: Hemograma IV

1. En consecuencia, una vez contrastado la información dada por la Secretaría de Salud con la resolución, la Sala de Revisión determina que todos los procedimientos ordenados por el médico tratante se encontraban en el plan de beneficios con cargo a la UPC vigente,

excepto:

- i. El nombre dado por la Secretaría de Salud a la intervención prevista en el código 76.6.3 no coincide con la que se encuentra en la Resolución 5857 de 2018.
- ii. La intervención denominada osteotomía sagital de mandíbula (cirugía ortognática).

1. No obstante, conforme al modelo de exclusiones contenido en la Ley 1751 de 2015, se entiende que todos los servicios y tecnologías en salud están incluidas, salvo los expresamente excluidos. En este sentido, se estableció que ninguno de los procedimientos ordenados está expresamente excluido en la Resolución 244 de 2019 “Por la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos a la salud”.⁶⁷

1. Al respecto, es necesario recordar que en el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 se reglamentó que “los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por la EPS quienes lo financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES)”. (Negrilla fuera del texto).

1. De acuerdo con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, estos presupuestos máximos, que son un mecanismo de pago anticipado de servicios no cubiertos por la UPC, fueron desembolsados, por primera vez, en marzo de este año, tanto a EPS del régimen contributivo como del régimen subsidiado.⁶⁸ Es decir, la entidad accionada dispone de los recursos para financiar las dos cirugías no cubiertas con la UPC vigente en la fecha en que fueron ordenadas.

1. Por todo lo anterior, la Sala concluye que la EPS Capital Salud vulneró los derechos fundamentales a la salud e identidad sexual y de género de Virginia.

1. Finalmente, la Sala de Revisión desvinculará a las entidades que fueron vinculadas durante el trámite de primera instancia, atendiendo a que se determinó, luego del estudio del caso concreto, que la única entidad a quien le corresponde gestionar y suministrar los servicios en salud ordenados a Virginia es la EPS Capital Salud.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del Juzgado Veintinueve Civil de Bogotá, proferida el 10 de diciembre de 2019.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Treinta y Ocho Civil Municipal de Bogotá, proferida el 1º de noviembre de 2019. Por tanto, los procedimientos en salud y de laboratorio ordenados por el médico tratante deben ser autorizados por la EPS Capital Salud dentro las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia.

TERCERO. DESVINCULAR de este trámite constitucional al Fondo Financiero Distrital de Salud, a la IPS Hospital San Blas, a la IPS Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital San José y a la

Secretaría Distrital de Salud.

CUARTO. 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.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-421/20

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

Si bien es cierto que la discordancia entre la identidad de género y la corporalidad comporta un indudable malestar que requiere ser tratado, no es indiscutible que el único o el mejor tratamiento sea la modificación corporal para que esta se adapte a la autopercepción.

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

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en el asunto de la referencia, por las consideraciones que paso a exponer:

La presente sentencia concede la tutela del derecho a la salud de la demandante, prescribiendo la realización de algunas cirugías faciales bajo el supuesto de que, en virtud de su conexidad con un tratamiento de reasignación de sexo, no tienen un carácter simplemente estético. La tutela se concede atendiendo al hecho de que esta Corporación ha reconocido en reiteradas ocasiones el derecho a los procedimientos incluidos dentro del tratamiento de reasignación sexual, incluyendo componentes estéticos. En este sentido, la sujeción a los principios de igualdad y respeto a la jurisprudencia en vigor obliga al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, aclaro mi voto por cuanto la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte supone la asunción de premisas antropológicas por lo menos cuestionables. Si bien es cierto que la discordancia entre la identidad de género y la corporalidad comporta un indudable malestar que requiere ser tratado, no es indiscutible que el único o el mejor tratamiento sea la modificación corporal para que esta se adapte a la autopercepción. En el fondo de esta afirmación, en efecto, se encuentra la asunción de premisas antropológicas al menos cuestionables, dentro de las cuales se encuentran: 1) que el cuerpo es simplemente el recipiente del verdadero “yo”, es decir, que lo que somos depende exclusivamente de la mente. Mentes “atrapadas” en cuerpos que podemos reconocer o no. Se trata de una forma de dualismo extremo, cuanto menos cuestionable. 2) Que la identidad sexual es esencialmente mental y solo accidentalmente corporal. 3) Que hace parte del derecho a la salud el moldeamiento del cuerpo según la identidad auto percibida, principio que no necesariamente tiene por qué estar referido a la dimensión sexual de la corporalidad y que podría generar la extensión del derecho a la salud a la libre configuración biológica, el diseño o la mejora del cuerpo. Esto abre las puertas a formas de transhumanismo que deben

meditarse y discutirse de modo cuidadoso.

Y surgen para el Derecho otros interrogantes: Si la persona fluctúa constantemente en su autopercepción ¿está el Estado en la obligación de reasignar el sexo o modificar las características somáticas indefinidamente?, ¿Además de la transición binaria -hombre o mujer- está el Estado obligado al “diseño” a elección de los caracteres sexuales?, ¿El tratamiento de reasignación de sexo implica necesariamente el aseguramiento de características estéticas más agradables, es decir, el componente de embellecimiento? De ser así, cabría plantearse si no existe discriminación al reconocer el derecho a cirugías estéticas de refinamiento del rostro dentro del contexto de la reasignación del sexo, pero no a aquellas personas que, sin estar en ese proceso, desean ansiosamente acentuar los rasgos masculinos o femeninos de su rostro (ejemplo, mujeres con un mentón amplio).

Por lo demás, estimo necesario que dada su radicalidad y en algunos casos irreversibilidad, las decisiones relativas a estos tratamientos quirúrgicos deben ser, en todo caso, una última opción tomada con suma cautela y asegurando, en todo caso, la garantía de un verdadero consentimiento informado por parte de un sujeto psicológicamente maduro.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

1 El relato de la acción de tutela fue complementado con las pruebas documentales para precisar los hechos.

2 El nombre de la accionante fue cambiado en la sentencia publicada para proteger el derecho a la intimidad de la actora.

3 De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadana que se encuentra en el cuaderno de primera instancia, folio 1.

4 Cuaderno de primera instancia, folio 25.

5 Cuaderno de primera instancia, folio 2.

6 Ibíd.

7 Ibíd., folio 3.

8 Ibíd.

9 Ibíd., folios 8 a 10.

10 Ibíd., folio 5.

11 Ibíd., folio 4.

12 Ibíd., folio 6.

13 Ibíd., folios 11 a 12.

14 Ibíd., folio 14.

15 Ibíd., folio 14.

16 El juez de primera instancia, mediante auto del 25 de octubre de 2019, vinculó a las siguientes entidades: Fondo Financiero Distrital de Salud, IPS Hospital San Blas, IPS Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital San José y Secretaría Distrital de Salud.

17 Cuaderno de primera instancia, folios 38 a 41.

18 Ibíd., folio 38.

19 Ibíd.

20 Ibíd.

21 Ibíd.

22 Ibíd., folio 39.

23 Ibíd., folios 42 a 46.

24 Ibíd., folio 44.

25 Ver numeral 1.4 de esta providencia.

26 Ver numeral 1.3 de esta providencia.

27 Cuaderno de primera instancia, folio 53.

28 Sentencias T-760 de 2008 y T-307 de 2006.

30 Sentencia T-328 de 1998.

31 Sentencia T-771 de 2013.

32 Cuaderno de primera instancia, folio 51.

33 Ibíd., folio 52.

34 Ibíd., folios 90 a 98.

35 Cuaderno de primera instancia, folio 91.

36 Ibíd.

37 Ibíd., folio 91.

38 Ibíd.

39 *Ibíd.*, folio 96.

40 Cuaderno de segunda instancia, folio 4.

41 *Ibíd.*

42 *Ibíd.*, folio 5.

43 Ver sentencias T-042 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-403 de 2017, M.P. Carlos Libardo Bernal Pulido; T-218 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-375 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (A.V. José Fernando Reyes Cuartas).

44 Corte Constitucional. Sentencia T-117 de 2019. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

45 MP.

46 Corte Constitucional. Sentencia T-143 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

47 Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

48 Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

49 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

50 El Plan Obligatorio de Salud-POS era el antiguo paquete de servicios básicos en salud y podía ser de 2 tipos: el del régimen contributivo: POS-C y el del régimen subsidiado: POS-S.

51 MP. Jorge Iván Palacio Palacio

52 Sentencia T-133 de 2001. A su vez reiterada en las sentencias T-136 de 2004 y T-760 de 2008.

53 Sentencia T-1059 de 2006.

54 Sentencia T-195 de 2010.

55 MP. María Victoria Calle Correa.

56 MP. María Victoria Calle Correa.

57 Cuaderno de segunda instancia, folio 4.

58 Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

59 Cuaderno de segunda instancia, folio 4.

60 Sentencia T-133 de 2001. A su vez reiterada en las sentencias T-136 de 2004 y T-760 de 2008.

61 Sentencia T-1059 de 2006.

62 Corte Constitucional, sentencia T-918 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

64 Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.

65 Cuaderno de primera instancia, folios 6 y 7.

66 Ibíd.

67 Esta Resolución estaba vigente para la fecha en que fueron prescritos los procedimientos a Virginia.

68 Información disponible en <https://www.adres.gov.co/Inicio/Noticias/Post/6564/ADRES-efectu%C3%B3-el-primer-giro-de-P-resupuestos-M%C3%A1ximos-por-380-482-millones-a-las-EPS> (Consultado el 21 de septiembre de 2020).