

TRATAMIENTO MEDICO-Caso en que Secretaría de Salud y EPSS niegan cirugía de cambio de sexo

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Configuración/LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Contenido y alcance

Quien considere amenazado o vulnerado un derecho fundamental, directamente o por quien actúe a su nombre podrá acudir ante un juez de la República, “en todo momento y lugar”, procurando obtener la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, según corresponda. Las normas reglamentarias de la tutela exigen, como presupuesto, la legitimidad e interés del accionante, según se encuentra establecido en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, al igual que la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Defensoría del pueblo

DERECHO A LA SALUD-Prestación como servicio dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud

La salud dentro del ordenamiento jurídico nacional goza de una doble connotación, en tanto servicio público esencial y como derecho fundamental. Como servicio público, dimana claramente de la redacción misma del artículo 49 superior, que su prestación debe estar orientada por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud, en tanto servicio esencial, ligado íntimamente a la dignidad humana. Como derecho, cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Orden a EPSS autorizar cirugía de cambio de sexo y demás procedimientos médicos necesarios

Referencia: expediente T-3529843.

Acción de tutela incoada por el Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca en nombre de Julián Sneider Clavijo Hernández, contra la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA.

Procedencia: Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado sustanciador:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alexei Julio Estrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela incoada por el Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca en nombre de Julián Sneider Clavijo Hernández, contra la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA.

El asunto llegó a esta corporación por remisión que hizo el referido tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y la Sala 7 de Selección de la Corte lo eligió para revisión, en julio 13 de 2011.

### I. ANTECEDENTES.

En marzo 3 de 2012, el Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca solicitó que se ampararan los derechos a la identidad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de Julián Sneider Clavijo Hernández, por los hechos que a continuación se resumen.

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. El Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca manifestó que Julián Sneider Clavijo Hernández, de 25 años de edad, se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado de Salud nivel I, mediante la EPSS COMPARTA.

2. Anotó que el actor nació en marzo 31 de 1987, siéndole asignado el sexo femenino dadas sus condiciones físicas, empero “desde los primeros años de vida el joven presentó anomalías en su desarrollo por lo que siempre se identificó con el género masculino”. Así, a los 15 años de edad “mantuvo relaciones afectivas con mujeres, pues en su entorno social y familiar siempre ha representado el género masculino según los parámetros culturales establecidos” (f. 3 cd. inicial).

3. Indicó que desde el 2008, el joven constantemente ha sido valorado médicamente, “diagnosticándosele trastorno de identidad sexual o de género, razón por la cual fue remitido a valoración por psiquiatría, se indicó en su momento que el paciente inicialmente sería tratado solamente con manejo de terapia hormonal con testosterona en virtud a que presenta fenotipo masculino y tejidos mamarios residuales grasos” (f. 3 ib.).

4. La Defensoría anotó que Julián Sneider, según examen médico “es un paciente con trastorno de identidad de género genotípicamente femenino, donde de su examen físico se encuentran mamas hipotrofias de componente graso, cicatrices por quemaduras en el tórax sobre mamas, genitales femeninos: clítoris hipertrófico”; por ello en examen psiquiátrico “se estableció como diagnóstico transexualismo” (f. 3 ib.).

5. Agregó que en la historia psicológica se observa que Julián Sneider Clavijo Hernández convive con su novia hace 6 años aproximadamente, terminó “exitosamente el bachillerato y en ocasiones trabaja en tareas de celaduría y mensajería... la madre, la familia, los amigos y en los lugares de trabajo lo identifican como hombre” (f. 3 ib.).

6. Afirmó que en enero 25 de 2012, el médico gineco-obstetra del Hospital Universitario de la Santamaría, ordenó consulta especializada CX plástica, a la que el joven asistió, donde le propusieron “reconstrucción micro quirúrgica, con colgado antebraquial radial, más injerto de costilla... y manejo mamario con liposucción”. Empero, la EPSS demandada en enero 26 del año en curso, no autorizó dicha cirugía, por no encontrarse en el POSS, recomendando al

usuario acudir a la Secretaría de Salud Departamental “para que acceda al servicio o medicamento solicitado y haga valer sus derechos constitucionales y legales”; servicio que también fue negado por esta última entidad en febrero 2 siguiente, fundamentando su decisión en argumentos similares a los de la EPSS (fs. 3 y 4 ib.).

7. En consecuencia, la parte actora solicitó que se ordene a la EPSS COMPARTA y a la Secretaría de Salud de Cundinamarca que “proceda a conformar un grupo interdisciplinario de médicos idóneos, especialistas y con una alta trayectoria y/o experiencia en el tratamiento de cambio de sexo; con el fin de que se practique la cirugía de cambio de sexo al joven Julián Sneider Clavijo Hernández” (f. 20 ib.).

B. Documentos relevantes que en copia obran en el expediente.

1. Historia clínica de septiembre 11 de 2009, emitida por la junta general del Hospital de San José, Sociedad de Cirugía de Bogotá, servicios de urología, en la que señalan que el joven Julián Sneider Clavijo Hernández “hace 8 meses recibe manejo hormonal con testosterona” y tratamiento por psiquiatría, dado que se le diagnosticó transexualismo (f. 25 ib.).

2. Evolución médica de abril 12 de 2010, del Hospital de San José, en donde se anota que el joven tiene trastorno de identidad sexual, encontrándose en “terapia hormonal con testosterona, quien presenta fenotipos masculinos” (f. 26 ib.).

3. Evolución médica de abril 4 de 2009, realizado por el hospital anteriormente referido, en la cual también se indicó: “paciente quien asiste a control con trastorno de identidad sexual. Manejo con testosterona desde hace 8 meses cada 15 días. Viene remitido para evaluación conjunta para cambio de género en el sentido masculino” (f. 27 ib.).

4. Valoración médica de abril 27 de 2009 de la Sociedad de Cirugía y Dermatología de Bogotá del ya nombrado Hospital de San José, en la cual se expresó: “remitido de endocrinología por proceso de cambio de sexo para valoración” (f. 28 ib.).

5. Concepto de profesional de la psicología del Hospital de San José, de abril 3 de 2009, donde se anotó que “el señor Julián Clavijo vivió un proceso psicoterapéutico especializado en transgenerismo en el cual se concluye, que tiene sentir y representación de género masculino según nuestros parámetros culturales. Convive con su novia desde hace 6 años, la

madre, familia, amigos y amigas lo identifican como hombre. Cambió su nombre en el documento de identidad y, previa valoración física y de paraclínicos, por parte de la médica de la Red, no se detectó contraindicación” (f. 29 ib.).

6. Evoluciones médicas de la Sociedad de Cirugía de Bogotá del mencionado Hospital de San Juan de abril 14, mayo 14, junio 9, septiembre 8 y 23 de 2009, y de enero 14, marzo 23, abril 1° y junio 16 de 2010 (fs. 31 a 45 ib.).

7. Resumen de historia psicológica de la Red de Apoyo a Transgeneristas de septiembre 1° de 2010 (fs. 51 a 53 ib.).

8. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamento de la EPSS COMPARTA de enero 25 de 2012, en la cual se anotó “paciente de 24 años de edad que requiere valoración por cirugía plástica con DX transexualismo evento no incluido en el plan obligatorios de salud... evento que corresponde al ente territorial” (f. 55 ib.).

9. Solicitud de exámenes emitida en enero 25 de 2012, por el Hospital Universitario de la Samaritana (f. 56 ib.).

10. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamento de la Secretaría de Salud de Cundinamarca de febrero 2 de 2012, en la cual se negó el servicio de cirugía plástica, ordenado por el médico tratante por encontrarse excluido del POSS (f. 57 ib.).

11. Cédula de ciudadanía y carné de la EPSS COMPARTIR de Julián Sneider Clavijo Hernández (f. 64 ib.).

## II. Actuación procesal inicial.

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en marzo 23 de 2012, notificó a la Secretaría de Salud de Cundinamarca y a la EPSS COMPARTA, para que ejercieran su derecho de defensa.

### A. Respuesta de la EPSS COMPARTA.

En marzo 29 de 2012, la Gestora Departamental de Cundinamarca de la EPSS accionada solicitó declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que “el procedimiento

quirúrgico de cambio de sexo que requiere el paciente, no hace parte de los eventos incluidos en el plan obligatorio de salud aplicables a los beneficiarios del régimen subsidiado”, por lo que refirió que “el ordenamiento jurídico vigente del SGSSS en Colombia dispone que los eventos no cubiertos por el POSS deban ser asumidos por la entidad territorial con cargo a los recursos del subsidio de la oferta” (f. 27 ib.).

Por último, anotó que “si la decisión fuera adversa a COMPARTA EPSS, ruego se sirva facultar a la empresa para tramitar el recobro por valor del 100% de los servicios que hubiere que prestar y que no estén contemplados en el POSS, trámite que se realiza ante la entidad obligada Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Salud” (f. 75 ib.).

#### B. Respuesta de la Secretaría de Salud Departamental de Cundinamarca.

Mediante escrito de marzo 28 de 2012, la Directora de Aseguramiento de la referida entidad pidió que se le desvinculara de la acción de tutela, “por no haber vulnerado los derechos fundamentales del paciente al no garantizar un procedimiento que está catalogado como estético y no mejoraría su condición de salud por el contrario se vería sometido a los riesgos implícitos de toda cirugía” (f. 78 ib.).

#### C. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en abril 13 de 2012, concedió la tutela al considerar que “el cambio de sexo de Julián Sneider no está necesitando por vanidad ni por belleza, solamente porque tiene derecho a tener una identidad definida ante la sociedad, y no como lo indican las accionadas en su respuestas... pese a existir una orden médica impartida por un profesional del Hospital Universitario la Samaritana”, además expresó que “la doctrina jurídica considera que el perfil psicológico o genético prevalece sobre el criterio estructural o biológico, ya que permite la expresión de la identidad personal y sexual de la persona como el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad” (f. 83 ib.).

Señaló que los beneficiarios del Régimen Subsidiado de Salud que requieran servicios no incluidos en el POS y que no tengan recursos económicos para el pago de un servicio determinado podrán “acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”, las que tendrán la obligación de atenderlos, “caso en el cual las instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación” conforme a la ley.

Por tal razón, expresó que el juez de tutela no puede absolver a la EPSS y a la ARS “de toda responsabilidad respecto de la atención de los usuarios del sistema de salud” con el argumento de no encontrarse en el POS, “porque aunque la actividad no esté incluida en el plan y determinadas acciones o procedimientos no les correspondan adelantarlos directamente, el afectado sigue siendo su afiliado y por ende su recuperación se encuentra bajo su cuidado y responsabilidad” (f. 84 ib.).

Además, destacó que la carta política ha reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el cual está incluido “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 autogobierna, es decir que es dueño de sí, de sus actos y su entorno. Así, el derecho a la identidad personal supone en su núcleo esencial el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, 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” (f. 85 ib.).

Igualmente, anotó que “la formación sexual hace parte del crecimiento y proyección de la personalidad del individuo, es indispensable preservar en todo momento y lugar la autonomía y libertad del hombre para definir a partir de la interrelación de los factores sociosexuales, culturales y sociales que le identifican su propia identidad sexual” (f. 85 ib.).

Por último, indicó que “en el presente caso la afectación de la salud del joven Julián Sneider guarda una especial relación con el derecho a la vida en condiciones dignas, pues la cirugía de cambio de sexo, indiscutiblemente le permite llevar su vida en condiciones esperadas de normalidad. Así mismo, al momento de realizar el procedimiento quirúrgico se requiere continuar con los controles médicos necesarios. En este orden de ideas, es claro que en este caso se encuentran vulnerados sus derechos a la salud, la vida, la identidad y la dignidad humana, además su derecho a vivir en condiciones dignas toda vez que la cirugía de cambio de sexo le permite al joven disfrutar de una mejor calidad de vida, lo que constituye un mejoramiento en su desarrollo sexual y el mejoramiento del goce de su existencia” (f. 87 ib.).

En consecuencia, ordenó a las entidades accionadas autorizar y practicar de inmediato los exámenes que requiere Julián Sneider Clavijo Hernández, para la realización de la cirugía de

cambio de sexo “de acuerdo a los lineamientos que al respecto señale el médico tratante, además, incluyendo los medicamentos que sean necesarios, atendiendo que el joven no cuenta con una solvencia económica que cubra los gastos necesarios” (f. 88 ib.).

#### D. Impugnación.

En abril 19 de 2012, la Directora de Aseguramiento de la Secretaría de Salud de Cundinamarca impugnó la decisión antes mencionada, exponiendo similares argumentos a los presentados en la contestación de la tutela.

#### E. Sentencia de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal de Bogotá en mayo 30 de 2012, revocó la decisión del a-quo, aduciendo que esta Corte ha identificado los casos donde “las entidades prestadores de salud tienen la obligación de acceder a lo pedido, así no se halle cobijado por el POS, sin embargo al analizar el caso que nos ocupa, esta corporación debe señalar que no observa vulneración contundente de derecho alguno, pues si bien es cierto el accionante presenta un trastorno de identidad de género, este es eminentemente psicológico por disconformidad, mas no físicas o psicológicas transcendentales, que ponga efectivamente en riesgo la salud o la vida de quien la padece, es decir que en el tema de estudio nos encontramos es frente a un transexualismo entendido como ‘el conflicto entre el sexo físico normal y la tendencia psicológica que se experimenta en sentido opuesto’” (f. 7 cd. 2).

Señaló además que esta Corte en varios pronunciamientos “ha indicado el derecho al que gozan los individuos, para que le sea definido su sexo, hasta el momento no ha hecho para que se efectúe el cambio del mismo, toda vez que en el primer caso sí se estaría frente a la necesidad de definir la identidad sexual, al no saber la persona con certeza si es hombre o mujer, en razón a sus órganos genitales, como sucede en el caso de hermafroditismo o de ambigüedad genital, mas no por una inconformidad entre el sexo psicológico y el físico o biológico, como sucede en este caso” (fs. 7 y 8 ib.).

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

#### Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro

de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Se determinará si los derechos a la identidad, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y la salud de Julián Sneider Clavijo Hernández, están siendo conculcados debido a que la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA, le negaron la cirugía de cambio de sexo bajo el argumento que dicho procedimiento no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud.

Antes de resolver el presente asunto, resulta pertinente abordar, en general, lo concerniente a (i) la procedencia de la actuación por otro en la acción de tutela; y (ii) la prestación de servicios médico asistenciales no incluidos en el POS para el tratamiento del paciente y el requisito de la prescripción médica para su otorgamiento, entre los cuales está quien esté a cargo de la prestación del servicio público de salud.

Tercera. Legitimación por activa y por pasiva. Reiteración de jurisprudencia.

Tal como se encuentra estipulado en el artículo 86 de la carta política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial subsidiario o residual, para la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos legalmente previstos.

Así, quien considere amenazado o vulnerado un derecho fundamental, directamente o por quien actúe a su nombre podrá acudir ante un juez de la República, “en todo momento y lugar”, procurando obtener la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, según corresponda.

Las normas reglamentarias de la tutela exigen, como presupuesto, la legitimidad e interés del accionante, según se encuentra establecido en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, al igual que la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Cuarta. El derecho fundamental a la salud. Su prestación como servicio dentro del Sistema

General de Seguridad Social en Salud. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, según proclama el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en New York a mitad de 1946. Dicha definición ha sido acogida y desarrollada por la jurisprudencia constitucional colombiana, en la que se ha reconocido que la salud comporta todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, lo cual implica, de suyo, un reconocimiento a la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de los cuales conduce su existencia.

Verbigracia, en sentencia T-307 de abril 19 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta Corte señaló: “La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.” (No está en negrilla en el texto original.)

4.2. Así, a fin de garantizar un estado de cosas semejante al descrito anteriormente, esta corporación ha observado, a partir de lo normado en el artículo 49 superior, en consonancia con la dignidad humana, que la salud dentro del ordenamiento jurídico nacional goza de una doble connotación, en tanto servicio público esencial<sup>1</sup> y como derecho fundamental<sup>2</sup>.

Tal dualidad del concepto de salud ha permitido una retroalimentación entre sus alcances como derecho fundamental y como servicio público, en tanto el servicio ha debido ajustarse al contenido propio que se le ha reconocido como derecho y éste, a su vez, debe ejercerse dentro de los parámetros dispuestos en la regulación del servicio, siempre que ellos se ajusten al desarrollo constitucional dado al derecho fundamental.

Como servicio público, dimana claramente de la redacción misma del artículo 49 superior, que su prestación debe estar orientada por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y

participación, estando en cabeza del Estado la garantía de dichos principios, así como la organización, dirección y reglamentación del servicio público de salud, en tanto servicio esencial, ligado íntimamente a la dignidad humana.

Como derecho, cabe recordar que, en principio, a la salud no le fue reconocido un carácter fundamental per se, que permitiera su exigibilidad directa por vía de tutela, pues se excluía tal característica bajo el argumento de ser un derecho prestacional, procediendo a su amparo únicamente en los eventos en que se observaban vulnerados conexamente derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.

Posteriormente, la Corte observó que la fundamentalidad del derecho no podía depender de la manera como se hacía efectivo, sino de que el constituyente lo hubiese elevado a dicho rango, lo cual, en el caso del derecho a la salud, podía constatarse fácilmente en cuanto derecho propiciador de las condiciones de dignidad necesarias para la existencia humana, razón suficiente para protegerlo directamente en sede de tutela.

4.3. Se ha realizado además que el derecho a la salud tiene una “naturaleza compleja tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica a efectos de garantizar el goce efectivo del mismo que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles”<sup>3</sup>.

La comentada complejidad de este derecho ha permitido observar que su garantía supone varias facetas<sup>4</sup>, con la finalidad de lograr el aludido estado de bienestar físico, psíquico y social. Por una parte, es posible identificar un factor de prevención, con el cual se busca evitar la enfermedad, resultando pertinente no solo la prestación de los servicios médico-científicos idóneos, sino también la puesta en marcha de políticas educativas, que incentiven en la población la realización de prácticas y la consolidación de hábitos tendientes a la conservación de la salud, lo que además es desarrollo de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 49 superior.

Así mismo, se concibe una faceta de rehabilitación o de restablecimiento de la salud, en la que es posible distinguir una fase reparadora, con la que se procura la eliminación de la perturbación a la salud (curación de la enfermedad o del traumatismo), y otra faceta de mitigación o paliativa, cuyo objetivo es morigerar los efectos negativos que pudieren quedar.

4.4. Bajo esta premisa, que supone la complejidad de servicios que deben ser prestados para la efectividad plena del derecho a la salud, esta Corte ha resuelto acoger los argumentos expuestos en la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se destacó la necesidad de que la prestación de servicios de salud se sujete a los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, a fin de lograr “el disfrute del más alto nivel posible de salud”<sup>5</sup>, lo cual implica una mayor exigencia para los prestadores del servicio y para el Estado, como garante último de la efectividad del derecho.

La jurisprudencia ha analizado el principio de integralidad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que permita lograr el disfrute de ese “más alto nivel posible de salud”. Así, en fallo T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte sostuvo (no está en negrilla en el texto original):

“Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

Al respecto ha dicho la Corte que ‘(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener 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 paciente<sup>6</sup> o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud’.<sup>7</sup>”

4.5. En el supuesto en que una entidad prestadora del servicio de salud no autorice un medicamento, procedimiento o tratamiento que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, y que tal negativa conculque algún derecho fundamental, el juez

de tutela es competente para determinar si se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia para inaplicar las normas en las que se cimienta dicha exclusión del sistema<sup>8</sup>. Así, en el fallo T-760 de 2008 citado, se indicó que el ámbito de la protección “no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida y dignidad de la persona o su integridad personal”.

Igualmente, en el precitado fallo se fijaron cuatro criterios para que el juez de tutela concediera o no las pretensiones de tal naturaleza:

“i) Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna.

ii) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser sustituido por otro previsto en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del paciente.

iv) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, v. gr. contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.” <sup>9</sup>

Quinta. Caso concreto.

5.1. Julián Sneider Clavijo Hernández, por mediación de la Defensoría del Pueblo, solicitó la protección de sus derechos a la identidad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, presuntamente vulnerados por la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA, al no autorizarle la cirugía de cambio de sexo al joven,

bajo el argumento de que dicho procedimiento no se encuentra dentro del POSS.

5.2. Acorde con la jurisprudencia analizada, el derecho a la salud es fundamental, motivo por el cual la EPSS, al abstenerse de suministrar o autorizar un tratamiento excluido del POSS amenaza el bienestar de la persona, al negar un procedimiento médico que requiere un usuario, para superar situaciones que afecten su bienestar físico, mental y social.

5.3. Empero, es necesario que, para que proceda el amparo, se constaten ciertos presupuestos reseñados en la jurisprudencia, que se reiteran a continuación.

(i) Que la falta de medicamentos o tratamientos excluidos amenace los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física.

Como se anotó en el acápite anterior, el derecho a la salud según la jurisprudencia de la Corte se entiende como “todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, lo cual implica, de suyo, un reconocimiento a la trascendencia de los aspectos físico, psíquico y social dentro de los cuales conduce su existencia”<sup>10</sup>.

En el presente asunto se configura dicha preposición pues Julián Sneider Clavijo Hernández lleva un proceso extenso con médicos y psicólogos, en el cual le fue diagnosticado transexualismo, donde los profesionales de la salud le han realizados tratamientos hormonales con testosterona; empero, 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.

(ii) Que el medicamento haya sido prescrito por un médico vinculado a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio.

De las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra que el médico tratante del Hospital

Universitario de la Santa María en enero 25 de 2012, le diagnosticó transexualismo al joven Clavijo Hernández y lo remitió al especialista en “cx plástica”, sin embargo, a pesar de ser remitido por el galeno tratante, las entidades demandadas negaron dicho procedimiento, bajo el argumento que no se encontraba incluido en POSS (fs. 54 a 57 cd. inicial).

La Sala colige que la EPSS COMPARTA y la Secretaría de Salud de Cundinamarca, deben proporcionarle la cirugía de cambio de sexo al actor, para solventar sus necesidades, habiendo sido debidamente prescrita dicha cirugía.

(iii) Que el medicamento o servicio médico no pueda ser sustituido por otro de los contemplados en el plan obligatorio de salud o que, pudiendo serlo, el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del POS.

La Sala concluye que este requisito se cumple, mientras la EPSS no planteó ninguna opción al respecto. En ese contexto, el tratamiento recomendado no puede sustituirse por otro, de los sí contemplados en el POS.

(iv) Que el paciente no pueda sufragar el costo de lo requerido.

Respecto a la capacidad económica del joven Julián Sneider Clavijo Hernández, la Sala encuentra que la Defensoría del Pueblo indicó que su asistido no tiene los recursos económicos para asumir el costo de realizarse la cirugía de cambio de sexo, situación económica corroborada por el nivel del Sisben del actor, sobre la cual la EPSS COMPARTA y la Secretaría de Salud de Cundinamarca no se manifestaron, ni aportaron información alguna que evidenciara lo contrario.

5.4. De acuerdo con la situación fáctica del caso, se observa que la EPSS COMPARTA y la Secretaría de Salud de Cundinamarca sí vulneraron los derechos invocados por el actor, al no autorizarle la cirugía de cambio de sexo, razón por la cual se procederá a revocar el fallo de segunda instancia y, en su lugar, le serán tutelados los derechos fundamentales a la salud y la vida digna.

5.5. Así, se ordenará a la EPSS COMPARTA, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, le autorice al joven Julián Sneider Clavijo Hernández

la cirugía de cambio de sexo, debiendo continuar facilitándole los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente lo que se le prescriba al actor, a causa de intervenciones quirúrgica, todo sin perjuicio de la facultad de efectuar los recobros que corresponda a la Secretaría de Salud de Cundinamarca por los tratamiento no POSS que se efectúen.

#### IV.- DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de mayo 30 de 2012, proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó el dictado en abril 13 del año en curso por el Juzgado 32 Laboral de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por el Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca en nombre de Julián Sneider Clavijo Hernández, contra la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la salud y a la vida digna del joven Julián Sneider Clavijo Hernández.

Segundo.- ORDENAR a la EPSS COMPARTA, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, le autorice al joven Julián Sneider Clavijo Hernández la cirugía de cambio de sexo, debiendo continuar facilitándole los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente lo que se le prescriba al actor, a causa de tal intervención.

Tercero.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-016 de enero 22 de 2007, M. P. Humberto A. Sierra Porto, entre otras.

2 Cfr. T-200 de marzo 15 de 2007 y T-548 de julio 17 de 2011, M. P. Humberto A. Sierra Porto (ambas).

3 Cfr. T-650 de septiembre 17 de 2009, M. P. Humberto A. Sierra Porto.

4 Cfr. T-548 de 2011, precitada.

5 Cfr. T-274 de abril 13 de 2009, M. P. Humberto A. Sierra Porto.

6 “En este sentido se ha pronunciado esta corporación, entre otras, en la sentencia T-136 de febrero 19 de 2004, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.”

7 “Sentencia T-1059 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Ver también: Sentencia T-062 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández). Otras sentencias: T-730 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-536 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-421 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla).”

8 T-212 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, ya mencionada.

9 Al respecto, se puede consultar, entre otras, las sentencias T-500 de 1994, SU-819 de 1999, T-523 de 2001, T-586 de 2002 y T-990 de 2002.

10 T-321 mayo 3 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.