

**DERECHO DE LOS TRANSEXUALES EN SU PROCESO DE REAFIRMACIÓN
SEXUAL, FRENTE AL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA**

LAURA MARIA GALVIS ESCOBAR

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2016

**DERECHO DE LOS TRANSEXUALES EN SU PROCESO DE REAFIRMACIÓN
SEXUAL, FRENTE AL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA**

LAURA MARIA GALVIS ESCOBAR

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

Asesor

JOSÉ GABRIEL RESTREPO

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2016

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2016

INDICE

	Pág.
Glosario.....	6
Introducción.....	9
1. El sistema General de Seguridad Social de Salud en Colombia	13
1.1 El derecho a la salud en Colombia.....	16
1.2 El alcance del concepto de salud.....	27
2. El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad	28
3. El derecho a la salud y su relación con el derecho a la identidad sexual de los trans.....	31
4. El derecho a la salud de los transexuales en el proceso de reafirmación sexual	32
5. El principio de Sostenibilidad Financiera en salud.....	34
6. El transgenerismo.....	36
7. Los procedimientos o medicamentos necesarios para tratar esta condición y como se encuentra establecido en el sistema de salud , es decir, si se encuentran incluidos o no en el POS	40
8. El derecho a la salud de los transexuales en su proceso de reafirmación sexual en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	42
Conclusiones.....	63
Bibliografía.....	65

GLOSARIO

1. **GÉNERO:** Es el conjunto de construcciones socioculturales que determina las formas de comportamiento, pensamiento, actitud y capacidad asignada a los hombres y mujeres en un tiempo y cultura específica.

Esta determinación de un papel particular en la sociedad se encuentra asociada al sexo de la persona por lo que alguien que nace con cuerpo de mujer se le exige ser mujer y un individuo que nace con cuerpo de hombre se le exige ser hombre y esta exigibilidad se conoce como sistema sexo/género en el cual se establecen roles específicos y diferenciales que se construyen y aprenden en los entornos sociales como la escuela y familia.

Es así como a los hombres se les considera Fuertes, proveedores del hogar, independientes y objetivos y a las mujeres débiles, cuidadoras del hogar, sensibles y dependientes.

2. **IDENTIDAD DE GÉNERO¹:** Es la forma como la persona se identifica y quiere que las demás personas la perciban en relación al género, ya sea reconociéndose como hombre o mujer independientemente del sexo con el que nacieron.

Identidad de género Género	Cisgénero	Transgénero
Construcción sociocultural sobre lo que significa ser mujeres y hombres	Construyen su identidad de género en correspondencia con lo que la sociedad espera en razón de su sexo.	Construyen su identidad de género transgrediendo lo que la sociedad espera en razón de su sexo.
Identidad de género: forma en que cada persona se siente e identifica a sí misma	Niños, jóvenes, hombres (cissexuales) Niñas, jóvenes, mujeres (cissexuales)	Niñas, jóvenes, mujeres (trans) Niños, jóvenes, hombres (trans)

3. **EXPRESIÓN DE GÉNERO²:** Es la manera de manifestar la identidad de género, la cual se puede evidenciar a través de la forma de actuar, de usar la ropa o los accesorios o la forma de llevar el cabello.

¹ Cuadro sacado de: Ministerio de Educación nacional, et al. [online]. Ambientes escolares libres de discriminación, 1. Orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas en la Escuela. Aspectos para reflexión. Bogotá D.C, 2016. [citado el 23 de noviembre del 2016].

Disponibleen:<https://drive.google.com/file/d/0B2RVOQ53YzJ0NFIEZUtoUEVWeTg/view?ref=2&pli=1>

² Ibid., p. 21

Esta está asociada a los parámetros sociales que se han construido en torno a lo que es legítimo hacer y utilizar para los hombres y las mujeres aunque hay personas que los expresan de una manera no convencional sin que cambie su identidad de género.

Expresión de Género	Masculina	Femenina
Forma de expresar la identidad de género; sin importar la identidad, las personas pueden escoger una u otra forma de expresión	<ul style="list-style-type: none"> - Pelo corto. - Ropa ancha y holgada. - Voz fuerte. - Forma de caminar alargada y fuerte. - Reloj como principal accesorio. 	<ul style="list-style-type: none"> - Pelo largo. - Ropa ajustada. - Voz delgada. - Forma de caminar pequeña y delicada. - Aretes y collares como principal accesorio.

4. **SEXO³**: Es el conjunto de características de orden biológico, anatómico y físico que diferencian en aspectos cromosómicos, gonadal y genital un cuerpo femenino a uno masculino

Sexo / Aspecto	Hembra	Intersexual	Macho
Cromosómico	XX	XXY, XYY, XXX, XX, XY	XY
Gonadal	Estrógenos en mayor medida; progesterona, testosterona en menor medida.	Caracteres secundarios que se producen según la configuración gonadal de cada cuerpo.	Testosterona en mayor medida; estrógenos en menor medida.
Genital	Ovarios, útero, trompas, ovario, conducto vaginal, vulva, vello púbico, labios menores, labios mayores, entre otros.	Configuraciones genitales externas que pueden incluir aspectos de los otros sexos o "ambigüedad" en estos.	Testículos, próstata, uretra, escroto, vello púbico, pene.

5. **ORIENTACIÓN SEXUAL**: Es la atracción física, afectiva, emocional y sexual hacia otras personas de un género diferente al suyo (heterosexual), de su mismo género (homosexual y lesbiana), de ambos géneros (bisexual) o de ningún género (asexual)

³ Ibid., p. 15

INTRODUCCIÓN

El sistema general de salud en Colombia se fundamenta en los principios de equidad, universalidad, protección integral y libre escogencia de los usuarios entre otros, con base en los cuales se pretende garantizar el derecho fundamental a la salud, mediante la promoción, prevención, pronóstico, tratamiento y rehabilitación de la salud de las personas de manera igualitaria y equitativa, para que la población, independientemente de su capacidad de pago, puede acceder a todos los servicios y beneficios del sistema.

Cumplir este propósito no sería posible sin la intervención de unos actores como el Estado, las EPS, las IPS, la comunidad médica y los mismos usuarios. Estos actores tienen diferentes funciones como la regulación, la dirección, y el control del SGSSS, la contratación de los servicios de salud y la afiliación de los usuarios al sistema, así como la prestación efectiva de los servicios de salud, funciones que deben ejercerse de manera interrelacionada y en cumplimiento de las directrices trazadas en la ley, ya que así se da una mayor focalización de los recursos destinados a financiar la atención en salud y se logra una mayor calidad en la atención de los usuarios.

Sin embargo, en la realidad, la garantía de acceso a los servicios de salud de manera igualitaria y equitativa⁴ no se evidencia, en razón de la poca colaboración entre los diferentes actores del sistema, del abuso de la acción de tutela, de la escasez de recursos financieros para la atención de la población y de los vacíos y zonas grises existentes en la ley que generan dificultades en la interpretación, autorización y prestación de servicios de salud para ciertos usuarios.

Esta situación se vislumbra con las personas transexuales diagnosticadas con disforia de género y que quieren acceder a tratamientos hormonales y procedimientos quirúrgicos que les permitan reafirmarse sexualmente pero que, en la práctica, se les dificulta el disfrute pleno de su derecho fundamental a la salud, en razón de la discriminación que el imaginario colectivo ejerce contra ellos por su identidad de género, la falta de protocolos y el poco conocimiento de los médicos para tratar esta condición del género, la poca regulación existente para asistirlos en

⁴ La equidad se encuentra consagrada como uno de los principios fundantes del derecho a la salud, el cual consiste en que el Estado debe establecer políticas públicas destinadas al mejoramiento de la salud de las personas de escasos recursos, de grupos vulnerables y de sujetos de especial protección. Ahora la inequidad en salud “es un tipo específico de desigualdad que denota una diferencia injusta en salud”, y la igualdad en salud hace referencia a que todos los usuarios accedan a los servicios de salud contenidos en el POS en las mismas condiciones y sin restricciones por razón de raza, religión, género.

su condición igualitaria y la pugna existente entre las EPS y los jueces de tutela por el reconocimiento y prestación de las atenciones en salud para esta población.

Esta última causa de esta problemática parte de dos puntos fundamentales: 1. El alcance que se le da al derecho fundamental a la salud y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad 2. La responsabilidad por los servicios de salud que esas personas requieren para realizar su transición, pues si bien muchos de tales servicios pueden estar incluidos dentro del POS, por no tener la finalidad de curar o paliar una enfermedad comúnmente entendida, se propicia la duda de si ellos (los servicios) deben ser cubiertos por el SGSSS u otro actor y, si se consideraran a cargo del SGSSS, qué entidad, la EPS o el Estado a través de las Secretarías Seccionales de Salud y Protección Social de los Departamentos (SSSPSD), del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), debiera sufragar esos gastos.⁵

Estos dos puntos fundamentales implican que, si bien no se entiende la transexualidad como una enfermedad sino como una condición sexual, su tratamiento es necesario para que dichas personas puedan tener una vida digna y desarrollada según su proyecto de vida, autodeterminarse sexualmente con el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y alcanzar a tener un estado de plena salud debido a que esta no solo se entiende como la ausencia de enfermedad o como un estado de bienestar físico o funcional, sino también incluyente del bienestar psicológico, emocional y social de la persona, atendiendo así al carácter integral del derecho a la salud como así lo ha establecido la Corte Constitucional reiteradamente en las sentencias que sobre el tema ha analizado.

Aun así, se han presentado casos en los cuales las EPS han negado dichos servicios por considerarlos procedimientos estéticos, porque la vida del paciente no se encuentra en peligro o porque el mismo no tiene el carácter funcional para la salud del usuario, con lo cual se ha ocasionado: 1) que las personas transexuales acudan a centros no certificados para cambiar de sexo, poniendo en riesgo su vida

⁵ El FOSYGA de acuerdo al artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la salud y ante las cuales las EPS realizan recobros por servicios no Pos prestados a afiliados del régimen contributivo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 112 de Ley 1737 del 2014 y Las Secretarías Seccionales de Salud y Protección Social de los departamentos, acorde al artículo 43 de la Ley 715 del 2001, son las encargadas de la dirección del sector salud en los Departamentos y entre otras funciones, de prestar servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por el UPC (servicios No Pos), prestaciones que se financian con los recursos propios y si lo considera pertinente con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos. De esta manera son estas entidades las que deben cubrir los gastos por los servicios No pos prestados a las personas trans en su proceso de reafirmación sexual.

y 2) se genere un problema de salud pública o teniendo que ampararse en la acción de tutela como único medio para proteger su derecho fundamental a la salud, al libre desarrollo de su personalidad y a una vida digna.

Estas razones dadas por las EPS se basan: 1) en su sostenibilidad y en la racionalización de los recursos destinados a los servicios de salud para curar, paliar o tratar una enfermedad y 2) en la interpretación de la actual legislación según la cual los procedimientos que no tengan los propósitos anteriormente descritos, constituyen exclusiones o servicios no cubiertos por el POS y que generan una contante pugna entre los usuarios transexuales y las EPS y los jueces de tutela que en últimas ordenan la provisión de estos servicios de salud acorde a los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional respecto a este tema.

Siendo así las cosas, la comunidad trans ha determinado la necesidad de una ley de identidad de género en la cual se les reconozca el cubrimiento y la prestación de dichos servicios de salud por parte de las EPS sin la necesidad de ser diagnosticados con disforia de género y de cumplir con requisitos y exámenes como el test de vida, lo cual no es compartido por ciertos políticos y funcionarios que consideran que en este caso lo que se debe realizar es una política pública incluyente de esta población minoritaria y un mayor control sobre las entidades de salud y centros estéticos. Estas soluciones que se plantean vendrían a determinar, fijar, precisar y complementar las políticas que en este sentido ya han sido expedidas como es la política nacional de sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos del Ministerio de Salud y Protección Social.

Los transexuales, como grupo minoritario por su identidad de género, han sido discriminados por la sociedad en todos los ámbitos, lo cual ha generado la imperativa regulación de ciertos temas como su educación, trabajo, cambio de nombre, entre otros, que permita ponerlos en condiciones de igualdad frente a los demás y que permita el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales⁶.

⁶ Los transexuales, como grupo minoritario por su identidad de género, son el grupo más discriminado de la población LGTBI por la sociedad como así lo demostró un estudio realizado por la Alcaldía de Bogotá en el año 2010 donde se determinó que el 32,62% de los trans son discriminados en razón de su expresión de género, el 52,09% han sufrido algún tipo de violencia en las instituciones educativas, el 82,46% no tuvo acceso a los servicios de salud y el 92,44% han sido discriminados en el ámbito laboral. Esta situación de los trans ha llevado a la protección de sus derechos por medio de la acción de tutela, de la revisión de estas que ha hecho la Corte Constitucional, entre otras, la sentencia T- 152/07 en la que se ampara los derechos de una trans discriminada en el trabajo; la sentencia T- 314/11 en la que se protege los derechos de una trans que no dejaron entrar a un establecimiento público; la sentencia T-478 del 2015 en la cual se establece la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual e identidad de género en instituciones educativas; y, la sentencia T- 099 del 2015 en la que se determina que las mujeres trans no son destinatarias de la ley de servicio militar obligatorio (ley 48 de 1993) y se exhorta al

No obstante lo anterior en materia de salud, la ausencia de una regulación o de una política pública incluyente de esta minoría ha generado que los transexuales no tengan un acceso real a los servicios de salud para realizar la reafirmación sexual pues no es preciso ni determinado para esta situación cómo deben entenderse estos servicios de salud, qué servicios están a cargo de la EPS, de las SSSPSD o del FOSYGA y con qué criterios pueden o deberían llegar a negarse estos servicios o, si estos servicios por no tener la finalidad de paliar o curar una enfermedad, están a cargo de otra entidad.

Existiendo este vacío legal o laguna jurídica es de vital importancia comprender y analizar el manejo actual que las EPS, los jueces de tutela y la Corte Constitucional vienen dando a la atención en salud de las personas transexuales, para aportar precisión al alcance de tales servicios de manera que se pueda esclarecer la pugna existente entre estos operadores jurídicos debido al diferente acercamiento que les han dado a esta realidad.

Lo anterior, bajo el entendido que la salud es un derecho vivencial determinante en la sociedad que no debe otorgarse solamente a personas libres de la contradicción entre su identidad de género y su sexo biológico y que por ello hayan decidido transformarse, sino que, coherentemente con el estado social de derecho predicado en Colombia, se reconozcan los derechos fundamentales de tales personas y se les dé plena y equitativa aplicación y que la efectiva prestación del derecho a la salud para los transexuales y en general para toda la población colombiana, se fundamenta en la necesaria interrelación y sinergia entre todos y cada uno de los actores del sistema de salud que por la obligada optimización y administración de la escasez, que no de la abundancia, de los recursos disponibles, estos deban aplicarse a garantizar los accesos a la salud, de la manera más equitativa y priorizada posible. Es decir, aunque todos tenemos derecho a esos servicios, estamos compitiendo por el recurso escaso de su financiación, por lo cual no deben prestarse de manera indiscriminada y sin la consideración de criterios que promuevan efectividad en el servicio del SGSSS.

Congreso a que promulgue una ley de identidad de género que proteja los derechos fundamentales de las mujeres y hombres trans; y de la promulgación del decreto 1227 del 2015 por medio de la cual se facilita el trámite de cambio de sexo en el registro civil. El estudio referido se puede encontrar en: Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Planeación, Econometría S.A. [online] Bogotá Ciudad de Estadísticas, Boletín No. 25 Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en cifras. Bogotá: 2010. [citado el 23 de noviembre del 2016]. Disponible en http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/SeguimientoPolíticas/políticasLGBTI/Observatorio/Estadísticas_LGBT_2010.pdf

De esta manera, durante el trabajo de grado se hace necesario advertir que en el caso de los transexuales, si bien tienen derecho a acceder a los servicios de salud de manera igualitaria y reconocedora de su condición, también deben cobijarse con una regulación que le dé alcance a sus requerimientos y que no implique una desproporción a su favor, en desmedro de la equidad implicada justamente en las demás necesidades de los otros usuarios del sistema. Porque, aunque la salud no debe entenderse como un negocio y sí como un derecho, no es equilibrado pretender que las EPS autoricen siempre todos los servicios demandados, tal como habitualmente sucede con las órdenes de los jueces en la ejecución del amparo de tutela, por su visión enfocada únicamente en los derechos fundamentales, sin consideración alguna a la integralidad del sistema, ni a su alcance ni a su financiación que en últimas lleva a un problema de sustitucionalismo⁷. (Subrayado extratexto)

Es así como este posicionamiento y estudio en el tema aporta un conocimiento y análisis jurídico relevante desde la jurisprudencia y la ley y desde la psicología y la casuística y vivencias de personas transexuales que ante la inexistencia de estudios de esta envergadura da a conocer en la academia este tipo de realidades relativamente "nuevas" que aún hoy quieren ser negadas por la sociedad y sienta

⁷ Una de las causas de la crisis del sistema de salud es el abuso de la acción de tutela para acceder a los servicios de salud requeridos por los usuarios que si bien la mayoría son por servicios POS, son las que por atenciones No pos, de carácter estético y solicitudes exóticas desestabilizan financieramente al sistema al ser extremadamente onerosas como así lo han hecho saber el periódico El Colombiano y El Espectador en artículos llamados respectivamente La Salud, hipertensa por tutelas onerosas y las tutelas extravagantes que desangran la salud donde se expone que (i) buena parte del dinero desembolsado para pagar tratamientos y medicamentos obtenidos por fallos de tutela o CTC correspondían a estas solicitudes entre las cuales se encuentra pagar depilaciones de glúteos como complemento de tratamientos para el VIH; perroterapia en locales elegidos por el juez; casa para familia de pacientes; terapias en el exterior basados en diagnósticos por Internet, tratamientos con cámara hiperbárica retardante del envejecimiento y medicamentos y servicios de una marca determinada (ii) los jueces de tutela ordenan la autorización y prestación dichos servicios y tratamientos que en el sentir de las EPS son decisiones que desbordan la normatividad del sistema de salud y se originan en casos donde se encuentra involucrados sujetos de especial protección que si bien es loable desde un punto de vida humano es nefasto para el modelo de salud colombiano, que no atienden criterios de efectividad de los tratamientos ordenados y que son desproporcionadas ya que no siempre se evidencia una afectación inminente de un derecho fundamental y (iii) que para cubrir las tutelas onerosas se destinan 2,5 billones de pesos anuales. Esta situación demuestra que los jueces de tutela ordenan servicios y tratamientos altamente costos, estéticos, suntuarios y que en muchas ocasiones no son de salud en aras de proteger el derecho a salud sin un buen conocimiento respecto al modelo del sistema lo cual sustituye y sobrepasa al Congreso en sus funciones y más en el caso de los transexuales, donde se ha determinado la autorización de dichos servicios por las sentencia de la CC. Dichos artículos se pueden encontrar en: ARIAS JIMÉNEZ, Ferney, La salud, hipertensa por tutelas onerosas. En: El Colombiano. [en línea]. (29, octubre, 2011). Disponible en: http://www.elcolombiano.com/historico/la_salud_hipertensa_por_tutelas_onerosas-EYEC_156130 y NULLVALUE, Las tutelas extravagantes que desangran a la salud. En: El Tiempo. (online). (20, septiembre, 2009). Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3633698>

la necesidad de una regulación sea ley o política pública para esta población minoritaria.

1. EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE SALUD EN COLOMBIA

El sistema General de Seguridad Social de Salud (SGSSS) en Colombia se organizó con la finalidad de garantizar la salud como un derecho social⁸, mediante una serie de servicios (medicamentos, procedimientos quirúrgicos, atención de urgencias, citas médicas) a través de un plan obligatorio de salud (POS)⁹, que ante unos riesgos de salud específicos promueve, previene, cura, palea y rehabilita una enfermedad o patología de una persona y/o su grupo familiar¹⁰, creando condiciones para que la población colombiana, independientemente de su capacidad de pago pudiese acceder a todos los servicios, niveles de atención y beneficios del sistema.

Su operatividad se centró en un sistema de aseguramiento¹¹ con un POS que se financia con una prima de seguro llamada unidad de pago por capitación (UPC)¹² que es utilizada por las aseguradoras o Empresas Prestadoras de Servicios (EPS) para contratar los servicios de salud que se encuentren incluidos dentro del POS con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) ya que son estas las que deben garantizar el acceso a los servicios del POS y gestionar los riesgos financieros y de salud de sus afiliados.

⁸ La salud fue consagrada en la Constitución Política del 91 como un derecho de carácter prestacional, perteneciente a los derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales, que posteriormente fue reconocido por la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo como se verá más adelante.

⁹ Mediante los Acuerdos 04 del 2009, 011 del 2010, 027 del 2011 y 032 del 2012 de la Comisión de Regulación en Salud (CRES) se unificó el POS para el régimen contributivo y subsidiado con el objetivo de lograr la equidad y la igualdad en los planes y de dar cumplimiento a lo establecido en el literal e) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007; en el ordinal vigésimo segundo de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional; en el artículo 34 de la Ley 1393 de 2010 y en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. El actual POS se encuentra contenido en la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección social quien ante la liquidación del CRES en el 2012 por el Gobierno, asumió esta función.

¹⁰ Esta es la finalidad de los servicios de salud incluidos en el POS, según el párrafo primero del artículo 162 de la Ley 100 de 1993 sobre el plan obligatorio de salud: "El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan". (Subrayado extratexto)

¹¹ Término definido en el artículo 14 de la Ley 1122 del 2007.

¹² El valor de la UPC es establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social y cambia en función al régimen al que pertenece el afiliado, para ello se tiene en cuenta los factores de ajuste por género, edad y zona geográfica, para cubrir los riesgos de ocurrencia de enfermedades que resulten en demanda de servicios de los afiliados a cualquiera de los regímenes vigentes en el país.

La prestación de estos servicios en salud se puede dar mediante dos regímenes de aseguramiento: I) el contributivo, financiado con los aportes de las empresas y personas con capacidad de pago, como los trabajadores formales e independientes, los pensionados y sus familias y, ii) el subsidiado, para las personas más pobres y vulnerables identificados mediante la aplicación de la encuesta del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), financiado con los aportes fiscales de la nación, de los departamentos, distritos y municipios, del fondo de solidaridad y garantía (FOSYGA) y recursos de los afiliados acorde a su capacidad económica¹³. De esta manera, el SGSSS es un sistema basado en los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prelación de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad¹⁴, que busca generar condiciones que protejan la salud de los colombianos con el acceso a los servicios de salud sin ninguna discriminación, siendo entonces el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud.

Lo anterior, involucra una serie de resoluciones, normas, políticas públicas, campañas, acciones de salud pública y programas de salud implementadas dentro del marco de una estrategia de Atención Primaria en Salud (APS) por el Estado, que es el que controla y direcciona al sistema de salud, las entidades territoriales (departamentos y municipios), las entidades promotoras de salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), con ayuda de los recursos públicos y de los aportes de entidades privadas y particulares.

Esta nueva estructura de la salud que se implantó con la Ley 100 de 1993 trajo avances significativos en cuanto a la cobertura, equidad y mejoramiento en diversos indicadores de salud como así lo muestran las cifras de afiliación al SGSSS que ha aumentado unos 30 puntos porcentuales desde el 2002 con un 66% de la población afiliada a un 96% en el 2014, pasando de veintisiete millones de personas cubiertas a cuarenta y cuatro millones¹⁵, "entre 1980 y 1993 el nuevo sistema de salud contribuyó a que el ingreso de la población más pobre se incrementará en promedio

¹³ Acorde a lo establecido en el artículo 205 y 214 de la Ley 100 del 93, este último modificado por el artículo 44 de la Ley 1122 del 2007 respectivamente.

¹⁴ Cada uno de estos principios se encuentran definidos en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

¹⁵ Acemi [online]. Cifras e indicadores del sistema de salud. Bogotá: 2015. [citado el 23 de noviembre del 2016] Disponible en: https://issuu.com/acemi/docs/informe_cifras_e_indicadores_2015_-

en un 45 %"¹⁶, el gasto en salud pasó de 2,4% a 4,7% del PIB. Ha habido un descenso en las tasas de mortalidad de menores de 5 años¹⁷ y más que generan un buen panorama del sistema e indican una buena gestión en estos aspectos.

No obstante dichos avances, en materia de acceso se presentan inconvenientes debido a la mala distribución y uso de los recursos que financian al sistema, los trámites que deben realizar los usuarios para obtener la prestación de un servicio, las deudas que generan las entidades territoriales en el régimen subsidiado al no hacer el aporte económico para financiar el UPC, lo que conlleva a una ausencia de recursos para que las EPS paguen a las IPS, al incremento de las acciones de tutela por servicios NO POS cuyos recobros no son efectivos ya que las entidades encargadas de hacerlo no cancelan dichos servicios, a la prima del interés particular sobre el interés público y a las fallas estructurales y de inspección, vigilancia y control, que es uno de los problemas principales, lo que ha conllevado a que lo largo de los años esté en jaque la sostenibilidad financiera del sistema, se hayan hecho reformas al sistema y puesto en movimiento el aparato judicial con la investigación y cierre de EPS por malversación de recursos para la salud, con la finalidad de solventar la crisis en salud que hoy en día existe.

Esta crisis ha sido exacerbada por nuevos cambios sociales que tienen repercusiones en el área de la salud que, al no estar regulados o al haber pocos estudios y pronunciamientos como los de la Corte Constitucional que apenas resuelven ciertos vacíos o lagunas, se generen pugnas entre usuarios, EPS y jueces de tutela; discriminación y poco acceso al sistema de salud, por la condición de la persona poco comprendida y poco reconocida por la sociedad, el Estado y las entidades que conforman el sistema de salud; incremento de tutela por servicios NO POS; problemas de salud pública, ya que las personas acuden a otros establecimientos no certificados para realizarse los procedimientos negados; y una coalición entre derechos, principios y normas como es el caso bajo estudio, donde la focalización de los recursos y la sostenibilidad financiera del sistema y el cumplimiento de lo que en este momento existe en regulación en esta materia coaliciona con la garantía real y efectiva del derecho fundamental a la salud de los transexuales.

¹⁶ AGUDELO CALDERÓN, Carlos Alberto, CARDONA BOTERO, Jaime, ORRTEGA BOLAÑOS, Jesús, ROBLEDO MARTÍNEZ, Roció, Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y retos. En: Revista Ciênc. saúde coletiva [online], junio 2011, no.6 [citado 14 de junio del 2016]. p. 6. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n6/20.pdf>

¹⁷ El DANE señaló un descenso sostenido de la mortalidad infantil en los últimos siete años. Entre 2002 y 2007 esta disminuyó en 15%.

1.1 EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

La salud como derecho humano y de carácter fundamental ha sido conceptualizada y desarrollada mediante convenios y normas internacionales ratificadas por el Estado Colombiano, haciendo parte del bloque de constitucionalidad y constituyéndose como pauta de interpretación de los derechos constitucionales¹⁸ consagrados en la Constitución Política de 1991. Estas reglamentaciones, entre otras, son:

- 1) El artículo 11 de la declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en la novena conferencia internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

Se destaca de esta forma de consagrar la garantía a la salud dos aspectos que llaman la atención: "1) no reduce el derecho a la salud a la dimensión médica y 2) se establece una relación entre el derecho a la salud y los recursos con los que cuenta un país, por tanto, se reconoce, por un lado, que un Estado no está en el deber de cumplir con una prestación que, materialmente, le sea imposible y, por otro lado, que la protección del derecho a la salud se debe financiar no solo con dineros públicos sino, también, con la riqueza de la sociedad."¹⁹

- 2) El numeral 1 del artículo 25 de la declaración universal de derechos humanos de 1948, según el cual:

"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, as como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
(Subrayado extratexto)

¹⁸ Como así lo establece el artículo 93 de la Carta Magna de Colombia

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 313 del 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

- 3) El Convenio de Ginebra de 1949, que consagra y protege el derecho a la salud en el ámbito de los conflictos armados
- 4) La de la declaración de los derechos del niño de 1959 de la ONU, en virtud del cual se proclaman 10 principios orientados a la protección y cuidados especiales de los niños y las niñas, dentro de los cuales se encuentra proteger el derecho que tiene el niño a gozar de los beneficios de la seguridad social y a desarrollarse con un buen estado de salud (principio iv)
- 5) El inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 de la ONU, en virtud del cual se establece que "los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos", dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud pública, a la asistencia médica, a la seguridad social y a los servicios sociales.
- 6) El artículo 12 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 1976, el cual establece que el derecho a la salud implica *"el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"* y que su garantía implica para los Estados partes la adopción de las siguientes medidas: *"a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"*
- 7) Apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 en los cuales se estipula que, respectivamente, los Estados partes deben adoptar medidas para 1) eliminar las discriminación contra la mujer en el ámbito laboral de manera que se garantiza, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a la salvaguarda de la salud y seguridad en el trabajo

y, 2) eliminar la discriminación contra la mujer en el sistema de salud con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad con el hombre, el acceso a las atenciones médicas, incluso las de planificación familiar.

- 8) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" de 1988: en este protocolo los Estados partes, como reconocimiento del carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, se comprometieron a cumplir 5 tipos de obligaciones con relación a los derechos de segunda generación, contempladas en los primeros 5 artículos, a saber, " (i) 'adoptar medidas' necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad; (artículo 1), (ii) 'adoptar disposiciones' legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer[los] efectivos'; (artículo 2), (iii) garantizar su ejercicio sin discriminación; (artículo 3), (iv) 'no restringir' derechos específicamente reconocidos nacional o internacionalmente (artículo 4) y, (v) solo restringir y limitar los derechos reconocidos en el Protocolo mediante leyes que tengan por fin proteger el bienestar general en una 'sociedad democrática' (artículo 5)".

En particular, en su artículo 10 se determina que el derecho a la salud de las personas implica "el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social".

- 9) Los artículos 25 y 26 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobada mediante Ley 1346 de julio 31 de 2009 y, avalada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia C- 293 de 2010 cuyo tenor literal contempla lo siguiente:

"Artículo 25 Salud

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. (Subrayado extratexto) *En particular, los Estados Partes:*

- a) Proporcionar a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad*

que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionar los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionar esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigir a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas técnicas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibir la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velar por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedir que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad."

"Artículo 26 Habilitación y rehabilitación

1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. (Subrayado extratexto) A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas:

a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona;

b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes promover n el desarrollo de formaci n inicial y continúa para los profesionales y el personal que trabajen en los servicios de habilitaci n y rehabilitaci n.

3. Los Estados Partes promover n la disponibilidad, el conocimiento y el uso de tecnolog as de apoyo y dispositivos destinados a las personas con discapacidad, a efectos de habilitaci n y rehabilitaci n."

10) La observación general No. 14 del 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Naciones Unidas en la cual se hace referencia al derecho a la salud acorde a lo estipulado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

En esta observación estableció entre otras cosas, lo siguiente: 1) el derecho a la salud se estima como fundamental y indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos 2) el derecho a la salud comprende el disfrute del nivel más alto de salud que permita a la persona vivir dignamente 3) el derecho a la salud es un derecho inclusivo que no solo abarca la atención en salud si no también abarca todos los factores determinantes de la salud 4) el derecho a la salud deben sujetarse a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad 5) el derecho a la salud abarca la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y la calidad como elementos esenciales de la atención en salud

Ahora en Colombia, la Constitución Política (CP) de 1991 positivizó el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social como servicios públicos, cuyo fundamento jurídico comprende el artículo 49, el cual señala que la atención en salud y el saneamiento ambiental se encuentran a cargo del Estado y el artículo 48, que consagra que la Seguridad Social es de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, ambos desarrollados por la ley 100 de 1993 que, entre otros, estructuró el Sistema de Seguridad Social en Salud.

De esta manera, el sistema de sanidad se estructura como parte de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social (SSS) dentro de un estado social de derecho y como obligación del Estado en tanto este tiene el deber de prestar de manera eficiente y continúa los servicios públicos, de priorizar el gasto social, de solucionar las necesidades insatisfechas en salud en desarrollo de la finalidad del Estado de garantizar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de toda la población

y de intervenir con reglas para que las entidades puedan garantizar la prestación de los servicios de salud requeridos dentro del sistema de salud.²⁰.

El derecho a la salud tiene una doble connotación ya que no solamente se consagró como un servicio público sino también como un derecho asistencial.

Como servicio público o en su faceta de servicio público esencial, se colige lo siguiente:

1. Que su prestación es garantizada por el Estado al cual le corresponde: 1) organizar, dirigir y reglamentar los servicios de salud 2) determinar la manera como se distribuye la competencia entre la nación, las entidades territoriales y los particulares en la prestación de servicios de salud 3) establecer las políticas públicas para la prestación de servicios de salud por las entidades privadas y 4) ejercer vigilancia y control sobre las entidades privadas que prestan servicios de salud. Esto denota que en la atención en salud el interés general o colectivo prima sobre el interés particular y cómo el papel del Estado debe ser preponderante para regular, orientar, dirigir y responder por el servicio a su cargo.
2. Que este servicio público se presta en cumplimiento de los fines estatales y orientado bajo los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad²¹ a los cuales la Ley 100 de 1993 agregó los de integralidad, unidad y participación²²

²⁰ Colombia, Constitución Política del 93, artículo 365 y 366

²¹ La Corte Constitucional en la Sentencia T- 463 del 2008 estableció en cuanto al principio de universalidad como “la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.”. En referencia al principio de solidaridad estableció que “esta máxima constitucional exige la ayuda mutua entre las personas afiliadas, vinculadas y beneficiarias, independientemente del sector económico al cual pertenezcan, y sin importar el estricto orden generacional en el cual se encuentren”. Y respecto al principio de eficiencia en materia de salud hace “relación al arte de la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para lograr y asegurar la mejor prestación de los servicios de salud a toda la población a que da derecho la seguridad social en salud

²² "a) integralidad: implica la cobertura de todas las contingencias que afectan a la salud; b) unidad: implica la articulación de las partes del sistema de salud que incluyen tanto el sector público como el privado; c) participación: implica la participación de la comunidad en el sector salud" (De CÁRDENAS RAMÍREZ, Elena, *alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte [online], mayo-agosto 2013, No. 40 [citado 20 de agosto del 2016]. p. 203. Disponible en:

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/4855/3589>)

3. Que su prestación puede estar a cargo de una entidad pública o privada, debidamente autorizadas por la Supersalud en el caso de las EPS o por el Ministerio de Salud y Protección Social en el caso de las IPS.
4. Que sitúa a la salud en “la esfera pública de acceso universal siendo este lineamiento, al menos teóricamente, un componente de justicia social, para el cual deben aplicarse parámetros de justicia distributiva”²³
5. Que debe responder a los mandatos establecido en los artículos 365 y 366 de la CP del 91.

Como derecho fundamental fue consagrado en nuestra constitución como un derecho de carácter prestacional, es decir, un derecho económico, social y cultural o de segunda generación²⁴ pero si se encuentra constituido como derecho fundamental, en el caso de los menores, en el artículo 44 de la CP del 91. Este carácter del derecho a la salud, en principio, no permitía que fuese exigida su protección por vía tutela pero posteriormente por desarrollo jurisprudencial y en adopción de ciertos tratados internacionales en el orden jurídico colombiano se reconoció a la salud como un derecho fundamental, autónomo y justiciable.

Este proceso que ha tenido el derecho a la salud de considerarse como un derecho asistencial a un derecho fundamental y autónomo fue de la siguiente manera:

- 1) Doble connotación del derecho a la salud como derecho fundamental y como derecho asistencial: En las primeras sentencias de revisión de tutela de la Corte Constitucional se reconoció a la salud estos dos elementos que se relacionan con su naturaleza sin que necesariamente se excluyan o se opongan como se puede ver en el siguiente aparte de la Sentencia T- 484 de 1992.²⁵

²³ VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía, Nuevas dimensiones del concepto de salud: El derecho a la salud en el Estado Social de Derecho. En: Revista hacia la promoción de la salud [online], enero-diciembre 2007, vol. 12. [citado el 25 de abril del 2016]. p. 68. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/hpsal/v12n1/v12n1a05.pdf>

²⁴ Son aquellos que tratan de fomentar la igualdad entre las personas. Su función consiste en promover la acción del Estado para garantizar el acceso de todos a unas condiciones de vida dignas lo que implica obligaciones positivas para este. Algunos derechos de segunda generación son: el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna.

²⁵ GAÑAN RUIZ, Jaime León, De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. En: revista Monitor estratégico [online], enero - junio 2013, no. 3. [citado 20 de junio de 2016]. p. 17. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/naturaleza-juridica-derecho-salud-colombia.pdf>

“El derecho a la salud, conforma en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atender contra la salud de las personas equivale a atender contra su propia vida, de allí que, conductas que atenten contra el ambiente sano (Constitución nacional artículo 49), se tratan de manera concurrente con los problemas de la salud; fuera de que el reconocimiento a la salud prohíbe las conductas que las personas desarrollen con dolo o culpa, que causen daño a otro, imponiendo a los infractores las responsabilidades penales y civiles de acuerdo con las circunstancias. Por estos aspectos el derecho a la salud, resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud, con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no solo de los servicios de asistencia médica, sino los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos.”

- 2) El derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad²⁶: El alto tribunal consideraba el derecho a la salud como fundamental cuando hubiese sido vulnerado de manera conexa con derechos que si estuviesen consagrados como tales. En el caso del derecho a la salud, se estableció su fundamentalidad en conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana.²⁷
- 3) Derecho a la salud como derecho fundamental autónomo frente a sujetos de especial protección: La Constitución Política de 1991 estableció una protección especial para aquellas personas con cierto grado de vulnerabilidad como son los niños y las niñas, los adultos mayores y las personas discapacitadas. Esta protección especial hace que frente a ellos el

²⁶ Un derecho fundamental por conexidad es aquel que no siendo denominado como tal en la Carta Política, le es reconocida esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación que tiene con otros derechos fundamentales, de manera que si no fuesen protegidos de manera inmediata, los primeros ocasionarían la vulneración o amenaza de los segundos como así lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia T- 491 de 1992. Esta sentencia retoma el criterio estipulado en la Sentencia T- 406 de 1992 según el cual: “(a) algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su protección”.

²⁷ CÁRDENAS RAMÍREZ, Elena, *alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte [online], mayo-agosto 2013, No. 40 [citado 20 de agosto del 2016]. P. 216. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/4855/3589>

derecho a la salud sea reforzada y que, por lo tanto, la Corte Constitucional haya señalado, para estos casos, que el derecho a salud es un derecho fundamental autónomo.²⁸

En el caso de las niñas y los niños, la C.P consagró expresamente el derecho a la salud como un derecho fundamental (artículo 44), lo que implica que el juez constitucional tenga la facultad de aplicar directamente el núcleo esencial²⁹ de los derechos prestacionales que estipula el artículo 44 de la carta, no obstante, la Corte Constitucional estableció unos requisitos bajo los que dicho núcleo esencial puede ser tutelable, los cuales son: i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se critica no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.³⁰

Respecto a las personas con discapacidad, la Corte tomó en cuenta el contexto individual y social que determinan la salud para establecer cuándo el derecho adquiere el carácter de derecho fundamental. En ese sentido, la corporación consideró que no había una vulneración o amenaza del derecho a la salud cuando ante la existencia de una afectación leve o moderada a la salud o la amenaza de este derecho, la persona se encontraba en una situación individual y social normal en la que podía enfrentarla de manera autónoma. No obstante dicha situación sí podría generar una vulneración o amenaza a la salud cuando la persona no pueda afrontarla por encontrarse en un estado de total impotencia e incapacidad. Dice la Corte: *“la pobreza, la condición física y mental, o la irregularidad de la situación familiar, entre otros, son factores que resultan determinantes al momento de establecer si una prestación de salud tiene un carácter fundamental en el caso concreto”*³¹.

Finalmente, la Corte Constitucional determinó que en el caso de los adultos mayores, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo debido

²⁸ Mesa de trabajo de Bogotá sobre desplazamiento interno (2005, noviembre: Bogotá), *La salud: derecho fundamental*, Bogotá: Códice LTDA, 2005. p. 10

²⁹ El núcleo esencial, según la Corte Constitucional (Sentencias T-406 de 1992, T-002 de 1992, entre otras) es el “ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”

³⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

³¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-850 del 2002. MP: Rodrigo Escobar Gil

a la gran vulnerabilidad de este grupo poblacional y su conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana³²

- 4) El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo: A partir del 2003, la Corte Constitucional fue variando su posición hasta llegar a la conclusión de que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo constitucional que 1) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana y 2) es traducible en un derecho subjetivo³³. De esta manera, el alto tribunal estableció que el derecho a la salud, es un derecho fundamental de manera autónoma cuando este se puede concretar en una garantía subjetiva al establecerse internamente un sistema que determine las enfermedades, los procedimientos, medicamentos, factores de riesgo para la recuperación y disfrute máximo de la salud ya que se supera la situación de indeterminación que no permite que el propósito funcional de la salud se traduzca en un derecho subjetivo.

Así las cosas, tiene naturaleza de derecho fundamental autónomo, el derecho a recibir las atenciones en salud definidas en el POS y aquellas que no se encuentran en el POS pero que se requiere con necesidad y compromete en forma grave la integridad personal y la dignidad de la persona, lo cual implica que en caso de negarse el acceso a un servicio de salud que se requiera contemplado o no en el POS habría una vulneración al derecho fundamental a la salud que podría ser justiciable vía tutela.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁴ ha reconocido que el derecho a la salud como un derecho fundamental no es absoluto ya que: 1) el reconocimiento de su fundamentalidad no implica que todos los aspectos cobijables por este sean tutelables pues puede ser limitado conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por esta alta Corte, de manera que se garantice el goce efectivo de este derecho con asignación eficiente de los recursos materiales e institucionales disponibles y 2) "La posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones

³² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-535 de 1999. MP: Carlos Gaviria Díaz, Sentencia T-108 del 2001. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-004 del 2002. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-111 del 2003. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-261 del 2007. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-527 del 2006. MP: Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-638 del 2007. MP: Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-1097 del 2007. MP: Mauricio González Cuervo, Sentencia T-015 del 2008. MP: Mauricio González Cuervo, Sentencia T-073 del 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras sentencias.

³³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-227 del 2003 y Sentencia T-853 del 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett

³⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 2007. MP: Humberto Antonio Sierra Porto y Sentencia T-760 del 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras

derivadas de un derecho fundamental y el hecho de poderlo hacer por medio de la acción de tutela, son cuestiones diferentes y separables"

Todo este desarrollo jurisprudencial sentó las bases para su reconocimiento legal como tal en el ordenamiento jurídico colombiano, como así sucedió con el proferimiento de la Ley estatutaria 1751 del 2015 que reglamentó el derecho fundamental a la salud de la siguiente manera:

- 1) Determina el alcance de este derecho, estableciendo que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.
- 2) Establece unos elementos esenciales y principios que rigen el derecho fundamental a la salud.³⁵
- 3) Establece la integralidad de los servicios de salud bajo el entendido de que no basta la atención en salud de los afiliados y pacientes si no que se debe garantizar el acceso a todos los servicios de salud de manera completa para prevención, diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y la paliación de una enfermedad.
- 4) Establece los derechos y deberes de los pacientes.
- 5) Prioriza la atención de sujetos de especial protección.
- 6) Convierte en obligatorio la prestación de los servicios de urgencia que ya no requiere ningún tipo de autorización (artículo 14), lo que pone fin al llamado carrusel de la muerte.
- 7) En razón del principio de progresividad, se incorporarán nuevas tecnologías en salud lo cual ampliaría el cubrimiento del POS³⁶. De esta

³⁵ Son: 1) elementos esenciales: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad e idoneidad profesional y 2) principios: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia, interculturalidad, protección a los pueblos indígenas y comunidades indígenas. Estos Principios y elementos contenidos en la ley estatutaria y en demás leyes que regulan el SGSSS tienen puntos normativos en común con lo establecido en la Observación General No. 14 del CDESC y en la Observación General No. 3, de los cuales se resaltan, la no discriminación, la equidad, la progresividad, la irreversibilidad, la gratuidad y la participación.

³⁶ El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá hasta 2 años para implementar el mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, que permita ampliar progresivamente los beneficios.

manera, los pacientes tendrán derecho a todas las tecnologías, excepto aquellas que estén expresamente excluidas del POS.

- 8) Establece la autonomía médica persiguiendo la seguridad del paciente, bajo esquemas de autorregulación, la ética, la racionalidad y la evidencia científica.

Así pues, con esta regulación se pretende, sin duda, garantizar y dar cumplimiento pleno y efectivo a este derecho. Su consagración es expresa y conceptualmente clara.

Ahora bien, el alcance del derecho de salud para su protección, garantía y realización efectiva no solamente depende de su fundamentalidad y de los mecanismos, sistemas y servicios implementados para este fin sino también del concepto de salud que se adopte para determinar el acceso a las atenciones en salud del SGSSS. Por consiguiente se analizará y determinará el contenido de esta noción.

1.2 EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE SALUD

El concepto de salud no es único ni universal y ha variado a lo largo del devenir histórico de la humanidad acorde a las condiciones históricas de los pueblos y de múltiples factores sociales, culturales, políticos y científicos altamente relacionados que influyen en la biología del cuerpo y en la salubridad individual y colectiva del ser humano.

La evolución que ha tenido este concepto ha sido de la siguiente manera³⁷:

- 1) La salud entendida como ausencia de enfermedad (concepto negativo de la salud).
- 2) La salud como un estado normal de las funciones psíquicas y orgánicas.
- 3) La salud como estado de equilibrio y sanidad del cuerpo.

³⁷ LEÓN GAÑAN, Jaime Echavarría, Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Tesis de doctorado en derecho. Medellín: de Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013. Pág. 5 -7

- 4) La salud como un estado completo de bienestar³⁸.
- 5) La salud como la posibilidad del individuo de alcanzar el nivel más alto de desarrollo de su personalidad y de su capacidad funcional³⁹.
- 6) La salud como visión integral e integradora, en la cual la persona debe tener la posibilidad de desarrollar al máximo su personalidad y capacidad, no sólo bajo aspectos biológicos sino también bajo determinantes adecuados de tipo ambiental, de excelentes atenciones en salud y de adecuadas condiciones sociales y culturales.

De todas estas concepciones de la salud, la Corte Constitucional en su desarrollo jurisprudencial ha adoptado la noción integradora de la salud⁴⁰ como así lo estableció en la Sentencia T - 307 del 2006 en donde se señala que *"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"*.

Con todo esto, se puede concluir que las personas podrán solicitar el amparo de su derecho fundamental a la salud vía tutela, bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad y bajo el concepto de salud en su sentido más amplio.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El artículo 16 de la Constitución política de 1991 consagra que toda persona tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad entendiéndose como la facultad

³⁸ Concepto que coincide con la definición de salud dado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946. "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades".

³⁹ Concepción que corresponde a la definición establecida en el Protocolo de San Salvador de 1988: "el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental". También denominada como concepto dinámico.

⁴⁰ No obstante, a pesar de la adopción de dicha concepción, la Corte Constitucional ha reconocido que la noción de salud no es unívoca ni absoluta y que en un Estado Social de Derecho como el nuestro pluriétnico y multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias sociales y ambientales de los grupos poblacionales de Colombia.

que tiene toda persona de definir el sentido de su existencia, de autodeterminarse, de escoger y desplegar su propio plan de vida sin ningún tipo de intromisión o interferencia ajena, y de darse sus propias normas con respeto de los límites que impone el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás en razón de la libertad que le ha sido reconocida y en la dignidad humana como valor y principio fundante del Estado Social de Derecho y presupuesto esencial de la garantía y protección de todos los derechos.

En este sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta 4 elementos:

1. La libertad general de actuar, por la cual se entiende la facultad que tiene toda persona de hacer o no hacer, de actuar o no actuar según lo que considere conveniente para lograr su plena realización humana, es decir, para adoptar el desarrollo y forma de vida que más se ajuste a sus ideales, sentimientos, tendencias y aspiración sin más restricciones que las que impone la ley y los derechos ajenos. En fin, establece una libertad general de acción que abarca cualquier tipo de libertad dentro de las cuales se encuentra la libre apariencia personal, la libre identidad personal y la libre opción sexual.⁴¹
2. La libertad para desarrollar la personalidad: individualidad: Este derecho permite que las personas expresen su individualidad, es decir, aquello que los hace únicos, que los diferencia de los demás como las características singulares y temperamento propio con respeto al derecho de los demás.

Su expresión implica el derecho a que sea reconocida su particularidad y la exigencia de fijar su propia identidad ante sí y ante los demás.⁴²

3. Autonomía y autodeterminación: el fundamento de ejercer el libre desarrollo de la personalidad es la autonomía entendida como la posesión y el autogobierno que tiene el ser humano de sí mismo pudiendo decidir única y solamente sobre sus actos y existencia, pero de una manera responsable que implica que la libertad tiene un carácter íntimo y que el Estado debe reconocer dicha autonomía personal respetando las decisiones del individuo

⁴¹ DEL MORAL FERRER, Anabella. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Uribe Uribe [online], Julio – Diciembre 2012, Vol. VI, N° 2, pp. 63-96. [citado 25 julio de 2016]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>

⁴² Ibid., p. 70

así no las comparta y solo interviniendo cuando estas pueden interferir con la autonomía de los demás.⁴³

4. La libertad de elección u opción: el libre desarrollo de la personalidad ha sido vinculado con la libertad de opción mediante desarrollo jurisprudencial, entendiendo opción como la libertad de tomar decisiones (Sentencias T-176 y T- 493 de 1993) o como la libre elección consciente y responsable que una persona hace de una determinada opción de vida y el deber que las demás personas tienen de respetar el querer de dicho individuo (Sentencia T-1086 del 2001).⁴⁴

Es así pues, que se puede colegir que el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana implican el derecho a la identidad de género y la autodeterminación sexual, toda vez que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de la individualización de una persona singular es el sentimiento a pertenecer a un determinado sexo como opción no sometida a interferencia y direccionamiento del Estado, por tratarse de un campo que hace parte de la esfera íntima de la persona, que no hace daño a tercero, que se encuentra amparado según lo que establece el artículo 2 de la Constitución Política del 91 y que en razón de su ejercicio no puede discriminarse, perseguirse o señalarse a la persona.

Ahora, cabe preguntarse ¿el cambio de sexo implica una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad? La respuesta es afirmativa ya que la forma como cada individuo expresa y siente su sexualidad e identidad de género frente a sí mismo y los demás comporta un espacio de importante nivel de autonomía y dignidad humana que no atenta contra derechos de terceros ni desconoce el ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, es importante establecer que se vulnera este derecho, según la Corte Constitucional, cuando se le impide a una persona de manera irrazonable alcanzar o perseguir aspiraciones en su vida o escoger libremente las opciones de vida que permitan su realización como ser humano. De esta manera las restricciones que imponga una autoridad a este derecho, para ser legítimas, deben ser sustentadas constitucionalmente, proporcionadas y no debe anular la posibilidad que tiene el individuo de construir de forma autónoma un proyecto que lo realice a nivel personal.

⁴³ Ibid., p. 72

⁴⁴ Ibid., p. 78

3. EL DERECHO A LA SALUD Y SU RELACIÓN CON LA IDENTIDAD SEXUAL DE LAS PERSONAS TRANS

El ejercicio del derecho a la identidad sexual de los transgeneristas implica una serie de transiciones de índole emocional, físico y mental al momento de auto identificarse, lo cual genera que deban enfrentar preocupaciones y asuntos de salud médicos propios diferentes al resto de la población pues "*como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas, debe velar porque la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades*"⁴⁵, pero al momento de acceder a los servicios de salud se convierte para estos en una lucha, ya que la falta de información y conocimiento respecto a esta condición y la visión tradicional de la sociedad colombiana respecto a la sexualidad, genera que sean discriminados y por tanto, en muchas ocasiones, terminen no accediendo a los servicios de salud requeridos o si bien acceden no obtienen de manera oportuna los cuidados que necesitan o reciben diagnósticos errados.

Dichas barreras de acceso a la atención médica necesaria para las personas trans vulnera su derecho al nivel más alto de salud de manera integral que incluya todos los aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida de la persona, el derecho al libre desarrollo de personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por el médico tratante le son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no se encuentra en peligro toda vez que "*la falta de correspondencia entre la identidad mental del accionante y su fisionomía podría conllevar a una vulneración de su dignidad en el entendido de que no le es posible bajo esa circunstancia vivir de una manera acorde a su proyecto de vida*"⁴⁶ y así alcanzar un estado de bienestar psíquico y social.

Así pues las EPS, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el galeno tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización "de forma científica y técnica"

Siendo esto así, los transexuales tendrían derecho a acceder a todos los servicios de salud necesarios para la reafirmación sexual que se encuentre incluidos dentro del POS, sin embargo esta premeditada conclusión a la que se llega, es desde un punto de vista meramente garantista y proteccionista de los derechos

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 918 del 2012. MP: Jorge Ivan Palacio Palacio.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 876 del 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla

fundamentales perdiéndose de vista que la finalidad y propósito del SGSSS con el plan obligatorio de salud es, como así lo establece el artículo 162 de la Ley 100 del 93, "la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan" y como se puede ver no hace alusión a una condición del género.

4. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS TRANSEXUALES EN EL PROCESO DE REAFIRMACIÓN SEXUAL

Las personas transexuales que si bien como cualquier otra persona tienen derecho a acceder a los servicios de salud en el camino se les presentan dificultades por la particularidad de su condición poco comprendida y poco reconocida por la sociedad, el Estado, y en el ámbito de la salud por los médicos poco capacitados para tratar esta condición, la falta de protocolos de atención para tratarlos, y por las EPS que en atención en salud discrimina y limita su acceso para este grupo minoritario⁴⁷. Tal problemática ha generado que las personas trans recurran a procedimientos riesgosos como inyección de polímeros o aceite para resaltar el busto y nalgas, con personas no certificadas⁴⁸ o recurren a la acción de tutela para que se les autorice y presten los servicios que requieren, obteniendo en la mayoría de los casos el amparo de sus derechos ya que los jueces de tutela al regirse según lo establecido por la Corte Constitucional respecto al derecho a la salud, a la identidad sexual y a lo que incluye el POS, ordenan dichos servicios.

⁴⁷ Según investigación de la Secretaría de Planeación de la Alcaldía de Bogotá, los transexuales presentan estigma y discriminación por su identidad de género asociándolos al VIH-sida; barreras de tipo personal, como bajos niveles de educación; menores recursos económicos, que se traducen en menores posibilidades de trabajo que garanticen una seguridad social, migración y desconocimiento de las rutas de acceso a los servicios de salud; barreras de tipo administrativo como exigencia de un mayor tiempo disponible para la solicitud de citas, la tramitología y papeleo y barreras para acceder a los procedimientos y medicamentos necesarios para su transformación, ya que el sistema de salud no los incluye dentro del POS, acorde a lo cual se observó que los transexuales del grupo LGTBI son los que presentan una menor afiliación con un 65,5%, una mayor afiliación al régimen subsidiado con un 71,4%, un mayor número de no afiliados con un 9,5%, una menor asistencia a consulta médica dentro de los últimos 6 meses con un 50%, y quienes presentaron una mayor discriminación en los servicios de salud con un 39,3%.

⁴⁸ Así lo afirman diferentes estudios e investigaciones en las que se realizan entrevistas a hombres y mujeres trans, quienes denominan este procedimiento "hacerse el cuerpo". Estos documentos son: Tacones, Siliconas y Hormonas: Teoría feminista y experiencia trans en Bogotá, de Andrea García Becerra; Uso de modelantes estéticos, como proceso de la transformación corporal de las mujeres Transgeneristas, de Karen Johana Peralta Cruz y Natalia Espitia Pachon; y la salud para los transgénero en la capital, de Sabina Alejandra Triana Duarte

Esta negación de servicios para hacer la transición hacía el otro género por parte de las EPS se debe a que en cumplimiento de lo que establece la ley y en apoyo de la hermenéutica jurídica han determinado que 1. No hacen parte del POS debido a que la disforia de género, al no ser una enfermedad o una patología sino una condición del género, los medicamentos o cirugías necesarios para tratarla no tiene como finalidad curar, paliar o rehabilitar una enfermedad 2. No hay una afectación real al derecho a la salud, pues la vida de la persona no se encuentra en peligro y, 3. Los procedimientos quirúrgicos son de carácter estético y no funcional.⁴⁹ Esto pese a que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que dichos medicamentos y cirugías deben ser autorizados y efectivamente prestados por la EPS.

No obstante dicha situación negativa que denota claramente una falla estatal como Estado Social de Derecho, pues la salud es una necesidad básica de todo ser humano, ha habido avances en esta materia como lo es la política nacional de sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos, con un enfoque de derecho, diferencial, de género e incluyente de estas personas⁵⁰; la promulgación de una política Nacional pública para esta comunidad que está en proceso de formulación; la inclusión de esta población en el plan de desarrollo de diferentes ciudades⁵¹; la creación de una unidad de atención especializada para esta comunidad bajo el proyecto “transitemos juntos” en el hospital San Blas de Bogotá, el cual cuenta con un grupo interdisciplinario de médicos, psicólogos y trabajadores sociales altamente capacitados: y un programa de tres ciclos que busca la atención en salud integral, inclusión social de los trans y educar a la población sobre esta realidad⁵² y la prestación de dichos servicios por parte de la EPS bajo el estudio del

⁴⁹ Así lo han establecido las EPS en sus respuestas a las acciones de tutela incoadas contra estas y que han llegado a sede de revisión por la Corte Constitucional.

⁵⁰ Estos enfoques implican que las atenciones en salud respecto a los derechos sexuales, reproductivos y de género deben ser prestados sin discriminación alguna a toda la población y de manera igualitaria; que se reconoce la construcción sociocultural de lo femenino y masculino que afectan las relaciones sociales e implica la atención en salud de necesidades específicas como es el caso de la comunidad LGTBI y, por último, que hay un reconocimiento de la equidad e inclusión de los ciudadanos excluidos con condiciones y posiciones diferentes respecto a la identidad de género, identidad, sexual, pertenencia étnica, discapacidad, situaciones de vulnerabilidad (pobreza) y vulneración de derechos (violencia y desplazados) de manera que pueden comprender, ejercer y exigir sus derechos desde la dignidad, la libertad, la igualdad, la mala vida, la autonomía, la confidencialidad y la intimidad.

⁵¹ Estas políticas públicas (PP) tiene la finalidad de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de esta población y su acceso a todos los servicios del Estado sin discriminación alguna como parte de la producción, gestión social y bienestar de toda la comunidad. Estas PP ya han sido formuladas e implementadas, entre otras ciudades, en Bogotá mediante el Decreto No. 062 del 2014, en Medellín mediante el Acuerdo 08 del 2011, en Santa Marta mediante el Acuerdo No. 009 del 2015

⁵² Esta unidad es la primera de este tipo que tiene Colombia en el sector público y que se ha convertido en referente para toda América Latina. Esta noticia se puede encontrar en: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/nace-unidad-atencion-salud-transgeneros-articulo-602007>

caso que haga el Comité Técnico Científico siguiendo las reglas establecidas por la Corte Constitucional para la prestación de servicios No Pos

5. EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA EN SALUD

La sostenibilidad financiera es una carga que la Constitución Política le atribuye al Estado en el artículo 366 ya que establece como objetivo fundamental de su actividad, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, entre otros, para lo cual deberá adoptar los planes, regulaciones y políticas indispensables de presupuesto para financiar los servicios en salud, así mismo, este principio se encuentra consagrado en el numeral 3.13 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993⁵³ y en el numeral i del artículo 5 de la Ley estatutaria 1751 del 2015⁵⁴ bajo el cual se estipula que dicho financiamiento en salud debe ser de manera sostenible.

Este financiamiento sostenible de la salud, según la Corte Constitucional, implica que haya un flujo constante de recursos que permita el mantenimiento, la viabilidad y permanencia en el tiempo del sistema de salud, de manera que exista una cobertura de las necesidades sociales de la población y una oportuna y adecuada prestación de atenciones en salud.

Esta consideración pone de presente las implicaciones de la fase positiva del derecho fundamental a la salud y es el costo que llega a afectar la cobertura de los afiliados toda vez que una dificultad en la disponibilidad de recursos reduce o quita la posibilidad de extender los servicios y mejorar la prestación de estos a más personas o al no permitir que el sistema atienda a quien requiera el servicio, las personas tendrán que hacer uso de sus propios recursos por otras vías para la recuperación de la salud, de ahí la importancia del cumplimiento de este deber por parte del Estado, de la constante revisión y cambio de regulaciones deficientes que afectan el financiamiento y del cumplimiento de las obligaciones por parte de los afiliados y empleadores para que así se garantice un goce efectivo del derecho fundamental a la salud.⁵⁵

⁵³ “**Sostenibilidad.** Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo”

⁵⁴ “Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población”

⁵⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C - 313 del 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

No obstante, el cumplimiento de dicho deber social no puede lesionar los derechos de los usuarios en el sistema (prestación oportuna y eficiente de los servicios de salud debidos al usuario, sin necesidad de acudir a la acción de tutela), ya que más que ser un principio orientador del sistema es un criterio de carácter instrumental respecto a los fines y principios del Estado Social de Derecho, en particular, es una herramienta útil para que de manera progresiva se realicen los contenidos prestacionales de las garantías constitucionales.⁵⁶, lo cual va acorde al Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana, a lo mandado por el artículo 2 de la Carta Magna cuando señala como fin esencial del Estado el de garantizar los derechos y, a lo establecido en el inciso 2 del párrafo 47 de la Observación General No. 14 del CDESC.

Esta percepción del carácter instrumental de la sostenibilidad financiera frente al derecho de salud se estableció de manera clara en la Sentencia C-459 del 2008, y en la Sentencia C-227 del 2004, en la cual se determina lo siguiente:

“(...) el argumento acerca de que la escasez de recursos y la necesidad de avanzar progresivamente en la concesión de algunos beneficios, de acuerdo con la disponibilidad económica, pueden obligar a delimitar el ámbito de aplicación de un beneficio o el espectro de beneficiarios. Sin embargo, considera importante aclarar que en los casos en los que se aduzca la escasez de medios para negar el acceso a un derecho a grupos vulnerables es necesario que la argumentación no se reduzca a afirmaciones genéricas acerca de la limitación de los recursos económicos. Cuando se trata de establecer diferenciaciones que comprometen los derechos de los grupos específicos más débiles de la sociedad, el Estado corre con la carga de la argumentación para demostrar específica y realmente que era efectivamente conducente establecer una determinada diferenciación. En otra palabras, en un caso como el presente, en el que se excluye a los inválidos que superen la edad de 18 años del goce del beneficio, las afirmaciones genéricas acerca de la sostenibilidad del sistema pensional, carentes de argumentos y soportes específicos, son absolutamente insuficientes para justificar un trato desigual a la luz de la finalidad que orienta a la norma acusada. (...)” (Subrayado extratexto)

Es así como se puede establecer que las prestaciones necesarias para los transexuales para realizar su reafirmación sexual deben ser prestadas y cubiertas por las EPS en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de estos y a la identidad sexual ligado al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin

⁵⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-258 del 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chalijub.

embargo, dicha asistencia tiene implicaciones en la sostenibilidad financiera del sistema de salud toda vez que 1) son procedimientos altamente costosos que no se encuentran incluidos en el Pos, cómo se explica más adelante lo que hace que recursos que se destinan a operar esta población para alcanzar el ideal de lo femenino o masculino podrían llegar a ser destinados a otros afiliados que si poseen una enfermedad. Ya que priorizar el bienestar social de un grupo delimitado de personas sobre el derecho a la salud de una gran cantidad de colombianos no sería para nada racional, obviamente sin caer en las discriminaciones contra las transexuales. Es por ello que se hace necesaria una reforma al sistema de salud en la que los servicios de salud, a los cuales puedan acceder los usuarios, sean los que de acuerdo a la UPC se cubran con las respectivas excepciones y lineamientos planteados por la Corte Constitucional, como así lo propuso el representante legal de Savia Salud, el doctor Carlos Mario Ramírez ante un medio de comunicación⁵⁷, 2) si bien los gastos que se generan por los procedimientos y tratamientos que no se encuentran cubiertos mediante la UPC son recobrados ante la SSSYPS, cuando se está bajo el régimen subsidiado, o ante el FOSYGA, cuando se está bajo el régimen contributivo, en orden de mantener el equilibrio financiero, este recobro no siempre se cumple a cabalidad por la reducción y no devolución de los recursos por parte del Sistema General de Participaciones por los servicios No Pos y exclusiones, lo que hace que las EPS tengan grandes deudas con los hospitales, clínicas y proveedores que se traduce en una situación de iliquidez y, 3) porque hay una falla estructural del sistema de salud colombiano ya que tiene un modelo de aseguramiento, único en el mundo, que cubre todo de manera ilimitada gracias a la acción de tutela mediante la cual se cubre cualquier procedimiento y medicamento al 100%, sin ningún tipo de focalización y racionalidad económica o criterio científico por parte de los jueces de tutela que solo fallan desde el punto de vista fundamental del derecho.

Este punto de vista económico contrasta con el punto de vista legal y de derechos fundamentales de la Corte Constitucional.

6. EL TRANSGENERISMO

El término transgénero⁵⁸ constituye una denominación general con el que se ha designado a aquellas cuya identidad de género o sexual no se identifica con los

⁵⁷ Gómez, Octavia, Savia Salud no aguanta el modelo en salud vigente en Colombia. Sin una reforma a fondo del sistema no tiene futuro. La EPS Mixta es la que más debe a clínicas y hospitales. 2014. [citado el 23 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://www.octavioprensa.com/2014/10/savia-salud-no-aguanta-el-modelo-en.html>

⁵⁸ Este término, según el profesor Salvador Vidal Ortiz, abarca tres formas de tránsito, los cuales son: 1) los trans que cambian de un género hacia el otro,

aspectos convencionales de las características físicas sexuales o el sexo con el que nació, transgrediendo la división impuesta entre lo estrictamente masculino y femenino⁵⁹ por lo que abarca y describe una serie de identidades, prácticas y experiencias tales como transexuales, transgénero, intersexuales, travestis, transformistas, drag-queens, drag-kings entre otros⁶⁰, y que según la organización Colombia Diversa *"este término se ha difundido como un término sombrilla para todas aquellas identidades que implican experiencias de tránsito de género"*⁶¹

Ahora, las personas transexuales son aquellas que no se identifican con el rol y el papel asignado por la sociedad según sus características fenotípicas de modo que a lo largo de su ciclo vital estas personas rechazan su rol femenino o masculino y buscan trascender y asumir los roles del sexo opuesto.

Dicho proceso lo realizan mediante la búsqueda de atención médica especializada para adelantar un proceso quirúrgico y de tratamiento hormonal que les permita modificar sus cuerpos y así vivir según el género con el cual se identifican, lo cual se denomina reafirmación sexual.

Todo este sentir de las personas transexuales de haber nacido en el cuerpo equivocado es lo que en términos médicos se denomina disforia de género o síndrome de Harry Benjamín, que hace necesario su diagnóstico para poder acceder a los servicios de salud adecuados, pues esta es la condición que precede

entendido como una experiencia líneal por ejemplo una mujer que se identifica como hombre en el transcurso de su vida y modifica su cuerpo y expresión para pertenecer al sexo y género que desea. 2) los trans como una categoría de identificación de las personas, como un tercer género: hombres, mujeres y trans y, 3) los trans como una experiencia por fuera del concepto de lo femenino y masculino, que trasciende la noción de género como aquellas personas cuya identidad tiene expresiones de género que no son específicas de lo que se caracteriza a un hombre o mujer, como una persona andrógina. Es la primera forma la que se analiza y estudia.

⁵⁹ El sistema de identificación de personas del Estado Colombiano es un sistema binario-heteronormativo en el cual se es hombre o mujer a partir de la apreciación de los genitales de la persona al momento de su nacimiento, lo cual, en muchos casos, se torna inmodificable haciendo que el tema de identidad sexual sea de desarrollo jurisprudencial.

⁶⁰ (i) Los travestis o personas que expresan una identidad atribuida al sexo opuesto de manera transitoria o permanente mediante la utilización de prendas de vestir, gestos y actitudes características del otro género o, en algunos casos, de cirugías y hormonas que no implican la transformación quirúrgica de sus genitales, "(ii) Los transformistas, que suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo; y (iii) drag queens o kings quienes asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones exagerando rasgos de masculinidad", y (iv) Los intersexuales son aquellas personas que no tiene un sexo definido ya que existe una discrepancia entre los órganos sexuales internos y los externos". Términos establecidos y diferenciados por la Corte Constitucional en la sentencia T-314 del 2011

⁶¹ Colombia Diversa [online]. 'Provisi n de servicios afirmativos de salud para las personas LGBT', Bogotá, 2010 Pg. 12. [citado el 23 de noviembre de 2016] Disponible en: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/otros-documentos/provision-de-servicios-salud.pdf>

la prescripción de procedimientos para la reafirmación sexual sin que ello quiera decir que el transgenerismo sea una patología. Por el contrario es una condición de género⁶².

No obstante lo anterior, dicho entendimiento respecto al transexualismo no fue siempre así, pues antes se consideraba como una enfermedad psiquiátrica⁶³ debido a que hacía parte de los llamados trastornos de la identidad sexual del Manual de Clasificación Diagnóstica y Estadística de Trastornos Mentales 4 (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders 4, DMS IV) de la Asociación de Psiquiatría de los Estados Unidos (APA, American Psychiatric Association) pero con la reforma realizada en DMS V se modificó la categorización de desorden de identidad de género a disforia de género lo cual hizo que ya esta no se encontrará clasificada como trastorno mental, dicho cambio se basó en dos razones:

"Primero, la clasificación de personas transgeneristas y transexuales bajo la rúbrica de un diagnóstico de enfermedad mental, a saber el "desorden de identidad de género", creaba y mantenía un estigma social y un prejuicio cultural contra estas personas y sus familias, al tiempo que desconocía que la variedad de géneros y sus dinámicas son expresiones válidas de identidad.

Segundo, la garantía de acceso a tratamiento médico apropiado para personas que buscan su reafirmación sexual o de género mediante cirugías de reasignación sexual, requiere de un diagnóstico médico que sin estigmatizar una opción de identidad como un desorden o anormalidad, asegure el tratamiento adecuado para los efectos nocivos que la falta de correspondencia entre las características físicas sexuales y la identidad de género o de sexo puedan tener para la salud de una

⁶² Es considerada una condición y no una psicopatología debido a que el estrés o sufrimiento que padecen estas personas es consecuencia de la violencia y rechazo social que deben enfrentar y no a su identidad como así lo comprobó un estudio del Instituto Nacional de Psiquiatría (INP) de México, cuya investigación apareció en la edición de julio de la revista The Lancet Psychiatry: además, que La Asociación Psiquiátrica de América Latina (APA) establece que el transgenerismo es una condición en la cual una persona transforma su cuerpo al sexo con el que se siente más a gusto, por lo que consecuentemente este organismo tampoco la considera como una enfermedad al no tener todas las características de un cuadro patológico. Esta información se encuentra en: SUÁREZ CELEMÍN, Romy, El transgenerismo lucha por salir de los estereotipos mentales. (online). En: El tiempo. (21, agosto, 2016). Disponible en. <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/salud/el-transgenerismo-lucha-por-salir-del-estereotipo-de-enfermos-mentales/16678943>.

⁶³ Si bien con el cambio que se hizo en el nuevo DMS V se realizó una despatologización de la transexualidad hay algunos sectores y entidades que luchan por los derechos de la población LGTBI como Colombia Diversa y el grupo de acción y apoyo trans (GAAT) que no están de acuerdo con ello, ya que consideran que es solo una modificación del nombre. Además de que esta condición se encuentra en el CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad mental, por lo que luchan para que se logre una despatologización total y no tengan que ser diagnosticadas con disforia de género para acceder a los servicios de salud.

*persona transgenerista. En este punto, las recomendaciones resaltan que la atención en salud es fundamental para garantizar el acceso a los tratamientos apropiados. Al respecto, también señalaron que si bien el diagnóstico es psiquiátrico el tratamiento es médico. En consecuencia, si bien no se trata de un desorden, su condición necesita de cuidado médico apropiado para hacer efectivos sus derechos a la identidad y a la salud de manera integral."*⁶⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos ver que lo que se busca con este cambio fue que las personas transexuales en los diferentes países fuesen reconocidas de una manera no discriminatoria y sin estigmatizaciones respecto a sus opciones sexuales, y que pudieran ejercer libremente su derecho a la identidad sexual relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, para poder acceder a los servicios de salud necesarios para su condición cumpliendo con los requisitos establecidos para ello, que es haber sido diagnosticado con disforia de género por un psiquiatra⁶⁵ y pasar el test de vida.⁶⁶

Este ejercicio del derechos por los transgeneristas implica una serie de transiciones de índole emocional, físico y mental al momento de auto identificarse, lo cual genera que deban enfrentar preocupaciones y asuntos de salud médicos propios diferentes al resto de la población pues "como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas, debe velar porque la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades", lo cual se convierte en una lucha al momento de acceder a los servicios de salud pues la falta de normatividad especial para estas personas, la falta de información, conocimiento respecto a esta condición generan que sean discriminadas y, por tanto, en muchas ocasiones terminen no accediendo a los servicios de salud requeridos.

Es por esto que no solo basta un reconocimiento al ejercicio de este derecho sino que es necesario que se presente una materialización del mismo, pues esto garantiza la real protección y ejercicio del derecho a la salud para estas personas, teniendo en cuenta el concepto de salud en su sentido más amplio, es decir,

⁶⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T - 771 del 2013. MP: María Victoria Calle Correa

⁶⁵ Este diagnóstico se basa en la discordancia entre el género que se expresa o siente y el asignado durante un tiempo mínimo de 6 meses que se caracteriza por la manifestación de dos o más de las siguientes expresiones: 1) discordancia entre el género expresado y el manifestado debido a las características sexuales primarias y/o secundarias en la pubertad 2) el deseo de deshacerse de las características sexuales primarias y/o secundarias del sexo biológico en la pubertad 3) deseo fuerte de poseer las características sexuales primarias y/o secundarias del otro género 4) deseo de pertenecer al otro género y 5) deseo de ser tratado como el otro género.

⁶⁶ Aprobar este test este necesario para acceder a la cirugía de resignación de sexo y consiste en vivir como hombre o mujer durante mínimo un año antes de la operación.

entendiendo este no solamente como la ausencia de enfermedad sino todos aquellos aspectos sociales, culturales y psicológicos de la persona.

Siendo esto así, los transexuales tendrían derecho a acceder a todos los servicios de salud necesarios para la reafirmación sexual que se encuentren incluidos dentro del POS; sin embargo, esta premeditada conclusión a la que se llega es desde un punto de vista meramente garantista y proteccionista de los derechos fundamentales perdiéndose de vista que la finalidad y propósito del SGSSS con el plan obligatorio de salud es, como así lo establece el artículo 162 de la Ley 100 del 93, "la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan" y, como se puede ver, no hace alusión a una condición del género.

7. LOS PROCEDIMIENTOS O MEDICAMENTOS NECESARIOS PARA TRATAR ESTA CONDICIÓN Y COMO SE ENCUENTRA ESTABLECIDO EN EL SISTEMA DE SALUD, ES DECIR, SI SE ENCUENTRAN INCLUIDOS O NO EN EL POS.

Los transexuales para realizar su reafirmación sexual necesitan de las siguientes atenciones en salud⁶⁷:

Transición de hombre a mujer : mujer transexual	Transición de mujer a hombre: hombre transexual
Terapia hormonal (estrógeno)	Terapia hormonal (testosterona)
Bloqueadores andrógenos	
Mamoplastia	Masculinización del pecho
Vaginoplastia y labioplastia	Histerectomía, salpingo - ooforectomía
Amputación total del pene o penectomía	Faloplastia
Orquiectomía	Metoidioplastia
Afeitado de la tráquea	Vaginoectomía
Reducción de huesos faciales	Escrotoplastia
Rinoplastia	Uretroplastia

⁶⁷ Cuadro sacado del documento: Opcit, Colombia Diversa. Pg. 39

Alguna de ellas como la testosterona, los estrógenos orales (estradiol) e inyectables, la vaginoplastia, la orquiectomía, la penectomía, la vaginectomía, la histerectomía y las prótesis testiculares se encuentran dentro de la Resolución 5592 del 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social por lo que hacen parte del POS y, en un sentido estricto, cuando estos son ordenados por el médico tratante deberían ser autorizados por la EPS ya que se encuentran financiadas en la unidad de pago por capitación sea del régimen contributivo o subsidiado; sin embargo, dichos servicios, como ya se ha reiterado en varias ocasiones, no tienen la finalidad de curar, paliar o rehabilitar una enfermedad, lo cual ha llevado a que se plantee que estas atenciones en salud, aunque sean POS, se tornan en NO POS generando que deban ser puestos bajo estudio por el Comité Técnico Científico de la EPS para que determine su pertinencia, pudiendo por lo general no autorizarlo por las razones ya expuestas o si autorizarlo para el caso particular. Pero si es por vía de tutela que se solicita la autorización de dichos procedimientos, el juez constitucional deberá constatar los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para ordenar por esta vía la práctica de los servicios requeridos No pos, los cuales son:

“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.

iii) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud –EPS- a la que se encuentre afiliado el accionante.

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.”⁶⁸

⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T – 760 del 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa

Por lo que una vez cumplan estos requisitos los jueces de tutela deben ordénalos y las EPS autorizarlos y prestarlos. Tales gastos que no se encuentran cubiertos mediante la UPC son recobrados ante la SSSYPS cuando se está bajo el régimen subsidiado o ante el FOSYGA cuando se está bajo el régimen contributivo.

Ahora, si bien para la prestación de dichos servicios debe cumplirse con el agotamiento de los procedimientos ya descritos, este debe ser concordante con el establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 del 2015 frente a las exclusiones del POS, principalmente con el literal a) que establece que no podrán financiarse servicios cuyo principal propósito sea cosmético, suntuario o no tenga como finalidad la recuperación de la capacidad final o vital de las personas.

8. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS TRANSEXUALES EN SU PROCESO DE REAFIRMACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La satisfacción del derecho constitucional fundamental a la salud, a la identidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas trans en su proceso de reafirmación sexual, han sido objeto de protección por parte de la Corte Constitucional, superando en esta tarea la normatividad existente en el Sistema de Salud. Esto ha sido posible principalmente a la acción de tutela y a la función otorgada a esta entidad por el artículo 241 superior, numeral 9 para “revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela”, tanto así que la doctrina constitucional asociada con la salud de los transexuales, ha sido construida a partir de la competencia referida.

Con todo, si bien este mecanismo judicial ha adquirido un papel importante en la defensa del derecho fundamental a la salud de esta comunidad, es claro que no es la solución real frente a la problemática de no acceso a los servicios de salud requeridos para la reafirmación sexual o cambio de sexo, fundada en las restricciones que las EPS hacen.

No obstante lo anterior, el objeto de este texto no es otro que exponer la situación actual de los transgénero al acceder a los servicios de salud requeridos para hacer su transición hacia el otro género y a poner de presente, el papel que ha tenido las EPS y este alto tribunal en el asunto, a través de la lectura y análisis de las pocas sentencias de revisión de fallos de tutela, expedidas a partir del 2012.

Estas sentencias tienen en común principalmente los supuestos de hecho relacionados con la no prestación de servicios de salud para la reafirmación sexual de los trans.

De ese estudio se detallará a continuación las 4 sentencias de revisión sobre la materia de estudio, en virtud de 1) los argumentos de la Corte que fundamentan la decisión de tutelar o no; así como de 2) las órdenes impartidas en el caso en particular y, 3) de los aportes de cada una de las sentencias a la doctrina sobre el derecho a la salud de los transexuales.

Sentencia T-876 del 2012. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

Accionante	El Defensor Regional del Pueblo de Cundinamarca en nombre de Julián Sneider Clavijo Hernández
Accionado	La Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA

<p>Hechos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Julián Sneider Clavijo fue identificado como mujer en el momento de su nacimiento debido a sus condiciones físicas pero al presentar anomalías en su desarrollo desde los primeros años de vida, siempre se identificó con el género masculino. 2. Desde el 2008, fue valorado médicamente diagnosticándosele trastorno de identidad sexual o género. 3. En razón a dicho diagnóstico fue remitido a valoración por psiquiatra y fue sometido a tratamiento hormonal de testosterona 4. El 25 de enero del 2012, el médico gineco-obstetra del Hospital Universitario de la Santamaría, ordenó consulta especializada CX plástica, al que Julián Sneider asistió y donde le propusieron “reconstrucción micro quirúrgica, con colgado antebraquial radial, más injerto de costilla... y manejo mamario con liposucción”. 5. La EPSS COMPARTA, el 26 de enero del 2012, no autorizó dicha cirugía por no encontrarse en el POSS, recomendando al joven acudir a la Secretaría de Salud Departamental para que pudiese acceder al medicamento o servicio solicitado e hiciese valer sus derechos constitucionales y legales, no obstante, dicho servicio también fue negado por esta última entidad el 2 de febrero del 2012, fundamentando su decisión en argumentos similares a los de la EPSS.
<p>Problema jurídico</p>	<p>La Corte Constitucional tenía que determinar si los derechos a la identidad, la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y la salud de Julián Sneider Clavijo Hernández habían sido vulnerados por la Secretaría de Salud de Cundinamarca y la EPSS COMPARTA al haberle negado la cirugía de cambio de sexo bajo el argumento que dicho procedimiento no se encontraba dentro del Plan Obligatorio de Salud.</p>

<p>Decisión de la Corporación</p>	<p>La Corte concedió el amparo de los derechos invocados, para esto la Corporación:</p> <ul style="list-style-type: none"> □ REVOCÓ "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" y en su lugar, tuteló los derechos a la salud y a la vida digna de Julián Sneider Clavijo Hernández. □ ORDENÓ a la EPSS COMPARTA autorizar, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, la cirugía de cambio de sexo a Julián Sneider Clavijo Hernández estableciendo que debía continuar facilitándole los demás procedimientos médicos necesarios para atender integralmente lo que se le prescriba al joven, a causa de tal intervención. <p>La Sala NO profirió órdenes contra la Secretaría de Salud de Cundinamarca ni ordenó el recobro ante esta entidad por los servicios no POSS que se efectúen.</p>
--	--

Aportes a la doctrina constitucional sobre el derecho a la salud de los transexuales:

1. La Corte Constitucional en esta providencia reitera su posicionamiento frente a la doble connotación de servicio público esencial y de derecho fundamental de la salud además del alcance de este concepto y de la prestación de los servicios médicos de manera integral y sujeto a los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad que permita el alcance del nivel más alto de salud.
2. Establece que con el procedimiento de “cambio de sexo” se lograría un estado de bienestar psíquico y social para el actor 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”.

3. En esta sentencia la protección otorgada al accionante se fundamentó en la garantía efectiva de los derechos fundamentales a la salud y a una vida digna, bajo el entendido de que otorgar los servicios solicitados al peticionario era la forma de garantizarle el nivel más alto de bienestar físico y mental y en el cumplimiento de cada uno de los criterios que estableció en la Sentencia T-760 del 2008 para la autorización de exclusiones y servicios no incluidos en el plan obligatorio de salud ya mencionados.

Sentencia T- 918 del 2012. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

Accionante	Loreta
Accionado	EPS ALIANSALUD

<p>Hechos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. El 11 de marzo del 2011, Loreto presentó ante la entidad accionada solicitud de realización de cirugía "vaginoplastia con intestino y genitoplastia feminizante" recomendada por el médico especialista tratante 2. La EPS ALIANSALUD negó dicha solicitud bajo los argumentos de que no existía un riesgo inminente para la vida y la salud de Lorena y que la prescripción de las atenciones en salud solicitadas se realizó sin haber agotado todas las posibilidades técnicas, tecnológicas y científicas contenidas en los diferentes guías adoptados en el sistema de salud, invitándola por lo tanto, a dirigirse a su galeno tirante para que le hiciera nuevamente una valoración de manejo médico. 3. Loreta, el 2 de enero del 2012, radicó nuevamente petición ante la accionada, en la cual reclamó el tratamiento completo y cirugía de reasignación de sexo para la disforia de género. 4. La accionada dio respuesta a la solicitud señalando que iban a hacer una junta interdisciplinaria para estudiar la solicitud. Posteriormente, se le informó que su caso habido sido estudiado nuevamente y que no se autorizaba la cirugía por la primera razón ya dada en la otra respuesta. 5. El Comité de Ética del Hospital San José le diagnosticó, en sesión del 14 de marzo del 2012, trastorno de identidad de género Síndrome de Harry Benjamín. 6. Con base en dicho diagnóstico, el especialista en urología adscrito a la E.P.S. ordenó la realización de los procedimientos de vaginoplastia, orquidectomía simple y penectomía total. 7. El mismo día que el galeno tratante ordenó dichos procedimientos, se remitió a la EPS ALIASALUD el formulario de solicitud de servicios médicos y de sala de cirugía, frente al cual Loreta no había obtenido respuesta hasta el momento de la presentación de la tutela.
<p>Problema jurídico</p>	<p>La Corte Constitucional tenía que determinar si una EPS vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud de una persona transgenerista, ante la decisión de negarle la práctica de la cirugía de reasignación de sexo prescrita por su médico tratante por considerar que está no se encuentra incluida en el POS y que su vida e integridad física no está en peligro.</p>

<p>Decisión de la Corporación</p>	<p>La Corte concedió el amparo de los derechos invocados, para esto la Corporación:</p> <ul style="list-style-type: none"> □ REVOCÓ “el fallo dictado por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, que confirmó el proferido por el Juzgado 27 Civil Municipal de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Loreta contra Aliansalud E.P.S. En su lugar, CONCEDIÓ el amparo invocado.” □ ORDENÓ a E.P.S. ALIANSALUD que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, programara y fijará la fecha para la realización de la cirugía de reasignación de sexo requerida por Loreta y prestará a esta una atención en salud integral, oportuna, eficaz y de calidad en todo lo que le prescribiese el médico tratante de manera que el procedimiento quirúrgico puede ser exitoso. Advirtiéndole que, salvo prescripción médica, este proceso no podría ser mayor a 30 días calendario. □ ORDENÓ a Aliansalud E.P.S. que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, convocará una junta médica que debería valorar los procedimientos de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser y liposucción para que esta determinase su idoneidad, con fundamento en razones sólidas de salud y no meramente estéticas. <p>La Sala NO ordenó el recobro ante esta entidad por los servicios no POSS que se efectúen</p>
<p>Salvamento de voto</p>	<p><u>SI</u></p> <p>NO</p>
<p>Magistrado</p>	<p>Jorge Ignacio Pretelt Chaljub</p>

Fundamento del salvamento	El magistrado Pretelt expresó que en el expediente no se encontraba demostrado que la reafirmación sexual de la accionante es indispensable para garantizar su vida toda vez que esta no es una enfermedad y los procedimientos que han sido ordenados por su médico tratante son de carácter estético y no funcional. Además de ello, estableció que el derecho a la salud de los transgeneristas es igual al de otras personas por lo que ordenar la autorización de los servicios en salud para estos cuando no está en riesgo la vida de el/la paciente no solamente quebranta el principio de igualdad y equidad al no aplicarse los criterios con los cuales se niegan otras cirugías a personas con otra orientación sexual por no existir una afectación del derecho si no que es abusar del sistema de salud
----------------------------------	---

Aportes a la doctrina constitucional sobre el derecho a la salud de los transexuales:

1. En esta sentencia la Corte hace importantes consideraciones sobre el derecho de las personas trans para acceder a los servicios de salud que requieren, para garantizar derechos fundamentales, no exclusivamente la salud, como la identidad y el libre desarrollo de la personalidad.
- Frente al derecho a la salud, la sala reiteró que el derecho a la salud no solo se limita a la ausencia de enfermedad, si no a un concepto más amplio, el de acceder el mejor nivel de salud posible, que incluye tanto el bienestar físico y mental (salud mental sexual), como una adecuada interacción social y cualquier otro elemento que influya en la calidad de vida de la persona y que se encuentre a cargo del sistema de salud. De acuerdo a esto explicó que para proteger el mejor nivel de salud posible, las entidades responsables deben garantizar el acceso a los servicios de salud de manera integral, es decir, que abarque 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 o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”
 - Respecto al derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad, la sala estableció que “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica necesariamente el reconocimiento al derecho a la

identidad sexual y a la identidad de género, ya que, precisamente, a partir de estos, es que el individuo se proyecta respecto a sí mismo y dentro de una sociedad. De este modo, la “reasignación sexual” a la que una persona decide someterse, con el objeto de adecuar su estado psicosocial al físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, constituye, de forma innegable, una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales.”

Es por ello que es contrario a las garantías constitucionales mantener a una persona con un sexo que no lo siente como propio, pues este solo a partir de adecuar su realidad externa con su identidad sexual, sea a través de su vestimenta, hábitos y procedimientos quirúrgicos u hormonales, puede ejercer su derecho a la identidad sexual. Es así como podrá autodeterminarse y realizar su proyecto de vida, de acuerdo con el sexo con el cual psicológica y emocionalmente la persona se identifica.

2. La sala reiteró el carácter integral del derecho fundamental a la salud.
3. La Corte reconoció la relación entre el derecho fundamental a la salud y a la identidad sexual de las personas trans toda vez que el acceso a un servicio de salud apropiado resulta fundamental para su reafirmación sexual, bajo el entendido que estas personas deben enfrentar asuntos de salud propios cuya atención necesitan ser garantizados por el sistema de salud.
4. Determinó que el acceso apropiado y sin obstáculos a los servicios de salud es fundamental en el proceso de reafirmación de género ya que “no es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas trans con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría”, lo cual hace que estas personas decidan no recibir atención médica o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social en Salud que sean menos discriminatorias, costosas y con menos barreras de acceso, alternativas que son nefastas para la salud de las personas trans.
5. La Corte al considerar que los servicios solicitados estaban incluidos en el POS “sin que se restrinja su práctica al tratamiento de una enfermedad específica”, los ordenó y fijó como regla aplicable a casos similares que las EPS “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”, ya que imponen una barrera administrativa para acceder a una atención médica que requieren con necesidad.

6. En consideración al numeral anterior, la Corte indicó que las EPS tienen la obligación legal de prestar los servicios de salud a los transgénero cuando hayan sido prescritos por el galeno tratante, a no ser que controviertan el fundamento de la autorización de manera científica y técnica.

7. Consideró que el transgenerismo no constituye una enfermedad o trastorno mental ni que se requiera de su diagnóstico para que la persona acceda a las atenciones en salud relacionados con su identidad, pues la no realización de la reafirmación sexual puede generar que el/la paciente no viva en un estado de bienestar general.

Sentencia T-552 del 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle correa

Accionante	Yésica Paola Serna Gómez	Doris Amanda Peña Guerrero en representación de su hijo Charlie Santiago Noriega Peña
Accionado	Comfama EPS-S	Asmet Salud EPS-S

<p>Hechos</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. La señora Serna mediante derecho de petición del 02 de agosto del 2012 solicitó a Comfama EPS-S la autorización de la cirugía de resignación de sexo 2. Comfama EPS-S dio respuesta al derecho de petición estableciendo que el procedimiento solicitado se encuentra excluido en el plan de beneficios (Acuerdo 029 de la Comisión de Regulación en Salud) 3. El juzgado Promiscuo Municipal de DonMatías, le tomó a la accionante una declaración juramentada para que dijera si se había sometido a exámenes, estudios y procediéndose por parte de los especialistas de la entidad accionada para apoyar en criterios médicos la solicitud realizada a la EPS ante lo cual respondió que no y que no había ninguna orden médica prescribiendo y le solicitó que describiera su situación económica 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los médicos tratantes del joven Noriega le prescribieron los procedimientos de mastectomía, histerectomía y ooferectomía y suplemento hormonal masculino y reconstrucción de pene, uretra y escroto. 2. La madre del joven Noriega solicitó a Asmet Salud EPS-S autorizar los procedimientos ordenados por los especialistas 3. La entidad accionada respondió que “mientras el doctor Sergio David Arroyo Berrío no justifique el procedimiento de reconstrucción de pene, uretra y escroto, queda congelada la autorización de la cirugía y órdenes de apoyo”. Por tanto, esta se dirigió al consultorio del especialista, quien afirmó que las intervenciones de reconstrucción de pene, uretra y escroto son necesarios para que se pueda continuar con la reconstrucción del órgano genital masculino 4. Con esta información la señora Peña se dirigió a la EPS quien le respondió que la cirugía no era viable porque el joven Noriega era menor de edad, no se podía mutilar y quién era competente para autorizar el proceso es el ICBF de la ciudad a pesar de que esta entidad informara que ella no era la competente
----------------------	---	---

		<p>para tomar la decisión si no la madre del joven quien decidía si lo apoyaba o no en el proceso de reasignación de sexo.</p>
--	--	--

<p>Problema jurídico</p>	<p>La Corte Constitucional tenía que determinar si una EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género y al libre desarrollo de la personalidad de la afiliada al no valorarla y suministrarle la información necesaria y suficiente de carácter psicológico y médico sobre el proceso de reafirmación de sexo y por no brindarle el seguimiento apropiado que permita afirmar que existe un consentimiento informado en relación a las atenciones en salud requeridos</p>	<p>La Corte Constitucional tenía que determinar si una EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad de un afiliado por "(i) no ofrecerle acompañamiento apropiado para que pueda afirmarse que existe consentimiento informado en relación con los servicios médicos requeridos para su reasignación de sexo, y (ii) previa una evaluación apropiada de su salud física, autorizarle los servicio de salud que componen el procedimiento reasignación de sexo"</p>
---------------------------------	---	--

<p>Decisión de la Corporación</p>	<p>La Corte concedió el amparo de los derechos invocados, para esto la Corporación:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> REVOCÓ el fallo dictado por el Juzgado promiscuo municipal de DonMatías que negó la protección solicitada por Yésica Paola Serna en el proceso de tutela contra Comfama EPS-S. En su lugar, CONCEDIÓ el amparo invocado. <input type="checkbox"/> ORDENÓ a Comfama EPS-S que dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir de la notificación de la providencia, conformara un grupo interdisciplinario con profesionales de por lo menos en las siguientes especialidades: psicología, endocrinología, ginecología, medicina interna y urología, para que (i) evalúe y apoye a la accionante en el procedimiento que corresponda y se le informe sobre los servicios que componen el procedimiento de reasignación de sexo (ii) indique cuales servicios serán autorizados para garantizar los derechos invocados y (iii) determine la pertinencia de suministrar hormonas femeninas a la señora Yésica Paola, solicitadas por ella en el escrito de tutela. <input type="checkbox"/> AUTORIZAR los tratamientos y 	<p>La Corte concedió el amparo de los derechos invocados, para esto la Corporación:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> CONFIRMÓ PARCIALMENTE el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Popayán, que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, el 12 de diciembre de 2012, en el proceso de acción de tutela de Charlie Santiago Noriega Peña, en el cual actúa a través de su madre, Doris Amanda Peña Guerrero, contra Asmet Salud EPS-S. <input type="checkbox"/> ORDENÓ a Asmet Salud EPS-S que en el término de quince (15) días siguientes contados a partir de la notificación de la sentencia, conformara un grupo interdisciplinario con profesionales de por lo menos las siguientes especialidades: psicología, urología, medicina interna, endocrinología y ginecología, para que (i) evalúen a Charlie Santiago, (iii) estudie la forma en la que serán autorizados los servicios de salud que componen el procedimiento de reasignación de sexo, y (ii) emitan una justificación médica del procedimiento de masectomía, histerectomía y ooforectomía, así como el
--	--	--

	<p>procedimientos prescritos por los especialistas después de la valoración en un término no superior a 30 días calendario.</p> <p>La Sala ordenó el recobro ante esta entidad por los servicios no POSS que se efectúen</p>	<p>procedimiento de reconstrucción de pene, uretra y escroto, la cual fue solicitada por la entidad para continuar con la autorización de los servicios pedidos.</p> <p><input type="checkbox"/> AUTORIZAR los servicios prescritos por los especialistas después de la valoración y justificación de estos en un término no superior a 40 días calendario.</p> <p>La Sala ordenó el recobro ante esta entidad por los servicios no POSS que se efectúen</p>
--	--	--

Aportes a la doctrina constitucional sobre el derecho a la salud de los transexuales

1. Menciona “reafirmación sexual quirúrgica” como el término adecuado para hacer alusión al procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o sexo en el cual los transgénero construyen

y viven su identidad, de un lado y su cuerpo, del otro. Proceso que puede variar e incluir diferentes cirugías y tratamientos hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción que realice el médico tratante para el caso concreto

2. Hace una revisión de las sentencias en las cuales la Corte ha abordado casos en los que los accionantes solicitan, mediante tutela, la práctica de procedimiento relacionados con la reafirmación sexual quirúrgica determinando que para estos casos se ha concedido la protección de los derechos fundamentales de los trans con base en los siguientes fundamentos: “(i) el derecho fundamental a la salud comporta la protección de todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida de las personas, como las dimensiones física, mental y social;(ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstaculice la construcción de un proyecto de vida y la realización del mismo;(iii) cuando una entidad de salud impone barreras de acceso a la atención médica apropiada a que tienen derecho las personas trans (por ejemplo, cuando niega la autorización de procedimientos prescritos por su médico bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo), vulnera sus derechos fundamentales a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual; y (iv) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse, sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan como barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social.”
3. Determina que esta regla jurisprudencial debe ser armonizada con el hecho de que la adecuada asistencia en salud para los trans está determinada por el concepto del médico especialista y lo que tal profesional decida o no ordenar, con base en la experiencia médica y en la historia clínica del interesado, ya que son estos quienes tienen los elementos de juicio pertinentes para decidir que un usuario reúne todas las condiciones para acceder al servicio que solicita, lo cual permite que no se ponga en riesgo la integridad del paciente, que haya una mayor probabilidad de que el procedimiento sea exitoso y que los recursos del sistema sean destinados adecuadamente.

4. Establece que es deber de las EPS, acorde con lo establecido en el artículo 119 de la Ley 100 de 1993, informar a las personas transgénero sobre lo que implica la resignación de sexo, sus beneficios y riesgos; de lo que debe hacer antes de someterse a los procedimientos, de los cuidados posteriores y por lo tanto, remitirlos a una valoración médica con especialistas idóneos, entre ellos un psicólogo y demás expertos, para que estos determinen qué servicios requiere la persona, a cuales puede acceder, la pertinencia de ordenarlos y bajo qué condiciones puede acceder a los servicios solicitados a través de una acción de tutela, para así garantizarles el mejor nivel de salud posible y el goce efectivo de los derechos fundamentales.

Sentencia T- 771 del 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa

Accionante	Ana Sofía Arango Berrío
Accionado	Comfenalco Antioquia EPS, Caja de Compensación Familiar-Compensar, y el Ministerio de Salud y Protección Social.

Hechos	<ol style="list-style-type: none">1. La accionante estaba afiliada a la EPS Comfenalco Antioquia, entidad ante la cual inició los trámites para hacer su proceso de reafirmación sexual.2. Dado que esta entidad no tenía los recursos técnicos ni científicos para atender la disforia de género, según la gerente de la EPS, aquella se trasladó a Bogotá asumiendo su atención médica la EPS Compensar en virtud de un convenio suscrito con la EPS Comfenalco Antioquia.3. En el año 2012 le notificaron a la señora Arango que el convenio entre su EPS Comfenalco Antioquia y Compensar EPS había finalizado por lo que se afilió a esta última entidad.4. Varios médicos especializados en urología, endocrinología, cirugía plástica y psiquiatría del Hospital San Ignacio, adscrito a la EPS, valoraron a la peticionaria con el objeto de decidir sobre la realización de la reasignación sexual que incluye cirugía de reconstrucción genital y mamoplastia de aumento con prótesis. Como resultado de las valoraciones, los médicos especialistas del Hospital San Ignacio prescribieron la práctica de: Penectomía total, orquiectomía, colgajo neurovascular (en isla), vaginoplastia por vía perineal y mamoplastia de aumento.5. La accionante solicitó ante la EPS la realización de dichas cirugías siendo aprobadas por el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestación de Salud NO POS de la EPS los servicios de “colgajo neurovascular (en isla)” y “vaginoplastia vía perineal” pero negada la cirugía de mamoplastia de aumento por considerar que dicho procediendo no se encuentra incluido en el POS y que la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 6º literal d) de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual quiere dedicar, que no se verificó la existencia de un riesgo inminente para la vida o la salud de la paciente, así como la prueba y constancia del mismo en la historia clínica respectiva.
---------------	---

Problema jurídico	La Corte Constitucional tenía que determinar si una EPS vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la vida en condiciones dignas, a la integridad física y a la salud de una mujer transgénero, al negarle la prestación integral de los servicios necesarios para reafirmar su identidad de género, específicamente la práctica de mamoplastia de aumento ordenada por sus médicos tratantes como parte de su proceso de reafirmación sexual, bajo el argumento de que dicho procedimiento no está incluido en el POS y que su vida o salud no está frente a un peligro inminente.
Decisión de la Corporación	<p>La corte concedió el amparo de los derechos invocados, para esto la Corporación:</p> <ul style="list-style-type: none"> □ REVOCÓ “el fallo del diez (10) de abril de dos mil trece (2013), proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó el fallo del treinta y uno (31) de enero del Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por Ana Sofía Arango Berrío contra Compensar EPS, Comfenalco Antioquia y el Ministerio de Protección Social. En su lugar, TUTELAR los derechos a la salud, a la vida digna, a la identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad de la peticionaria vulnerados por la EPS Compensar.” □ ORDENÓ a la EPS Compensar, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, autorizara la señora Arango el procedimiento de mamoplastia de aumento con prótesis ordenado por los médicos tratantes, conforme a lo señalado en la parte motiva de la providencia. □ ADVIERTE “que las entidades accionadas en este proceso podrán repetir ante el FOSYGA, exclusivamente, por los servicios de salud que sean suministrados a la peticionaria, y que de conformidad con la legislación y la regulación vigente, no estén obligadas a asumir directamente.”

Aportes a la doctrina constitucional sobre el derecho a la salud de los transexuales

1. La Corte Constitucional en esta sentencia recogió todos los argumentos jurisprudenciales con base en los cuales se han tutelado los derechos de las

personas trans que solicitan la realización del procedimiento de reafirmación sexual, los cuales se anuncian así:

“(i) el derecho a la salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar

(ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital

(iii) las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans vulneran sus derecho a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo

(iv) las entidades promotoras de salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controvertan el fundamento de la autorización “de forma científica y técnica”

(iv) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas trans demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último

(v) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan, la cual constituye una barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social.”

2. Señala que es necesario un diagnóstico de disforia de género para que las personas trans puedan acceder a una atención médica que resulte en la realización de procedimientos de resignación sexual, sin que como tal se categorice al transexualismo con un trastorno mental o una enfermedad.

3. Hace alusión a los cambios que trajo consigo el DMS-5 frente al transgenerismo, determinando que dichas modificaciones constituyen una razón para asegurar el derecho a la salud y a la identidad de los trans en condiciones de discriminación, lo cual implica que en la demanda en salud y en acceso en salud de manera integral, las opciones sexuales y de género no sean consideradas anormalidades, trastornos o enfermedades.
4. Estableció que la mamoplastia de aumento y los procedimientos quirúrgicos modificatorios de órganos sexuales como parte del proceso de reafirmación sexual no tienen un carácter meramente estético cuando son necesarios para garantizar la salud y el derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad:
 - A. La Corte primero hace un análisis de diferentes sentencias en la cuales se determina o no el carácter estético de un procedimiento, llegando a la conclusión de que los procedimientos quirúrgicos modificatorios de las regiones mamarias u órganos sexuales no siempre son estéticos por ejemplo cuando son para tratar una enfermedad o buscan garantizar el derecho fundamental a una vida sexual sana. En ese sentido y en consonancia con el concepto más amplio de derecho a la salud, en cada caso se debe determinar cuál es la finalidad del procedimiento solicitado mediante acción de tutela.
 - B. La sala hace un análisis con cada uno de los criterios que ha establecido la Corte para que, en caso de que se cumplan, se autoricen servicios de salud que no están incluidos dentro del POS, determinando cómo se cumplen cada uno de los requisitos, la EPS debe autorizar los servicios requeridos por la accionante.
 - C. Establece que la mamoplastia, para este caso en concreto, no es un procedimiento estético sino funcional, ya que este permite reafirmar la feminidad de la mujer transexual, elemento esencial para su identidad y condición para garantizar su derecho a la salud en su sentido integral, es decir, esta cirugía se erige como medio indispensable para garantizar a este grupo de mujeres su sentido emocional y sexual.

En definitiva, la Corte Constitucional ha protegido el derecho fundamental a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana ordenando la prestación de los servicios necesarios para la reafirmación sexual convirtiendo sus decisiones en precedente jurisprudencial para los jueces de tutela.

CONCLUSIONES

1. La lucha constante de las personas con diversidad de género para que se les reconozcan todos sus derechos da cuenta de la marginalidad a la que ellas se han visto sometidas por el sistema heteronormativo imperante en el Estado Colombiano, y también evidencia la necesidad de que ese Estado cuente con un desarrollo jurídico para que esta población minoritaria pueda ejercer su derecho a la salud, de manera igualitaria con los demás públicos. Se trata de precisar los protocolos de atención para estas personas con los criterios y requisitos bajo los cuales puedan ser practicados los tratamientos y procedimientos para hacer la transición hacia el otro género, de manera que haya un equilibrio entre la efectiva garantía de los derechos invocados por ellas en sus demandas, las acciones de tutela y la equidad y la sostenibilidad financiera del sistema.
2. En la práctica actual, las EPS sólo pueden autorizar y cubrir los servicios que son de su competencia, es decir, únicamente los incluidos en el POS y, como los procedimientos y tratamientos requeridos y demandados por los transexuales no lo son, por no cumplir con la finalidad establecida en la Ley 100, no deben ser sufragados por la entidad EPS sino por la respectiva Seccional de salud y el FOSYGA, proceso que paulatinamente va llevando al desequilibrio e inoperancia del sistema. Es decir, por más que se considere holísticamente la normatividad ya existente para el Sistema de salud (Ley 100 de 1993, Decreto 5521 del 2013 y Ley 1751 del 2015), no basta la práctica jurisprudencial progresiva que se ha venido dando en este asunto, pues ella responde sólo a una unidireccionalidad legal que desconoce la necesaria armonía de los criterios jurídicos con los criterios médicos, tecnológicos, económicos y, por supuesto, sociales que, ordinariamente, no pueden ser determinados o presupuestos por un Juez.
3. La salud, como un derecho fundamental, debe ser protegida y garantizada a todos los colombianos, de forma igualitaria, sin hacer diferenciaciones y sin darle alcances distintos cuando se trate de minorías por lo que, para el caso bajo estudio, si bien los transexuales pueden acceder a todos los servicios de salud contemplados en el sistema, su prestación no se hace ilimitada por su condición de minoría, como parte del grupo de LGTBI, por mucho que la salud implique también el bienestar emocional y psicológico de las personas. Cuando la Corte constitucional ordena la prestación de las cirugías y medicamentos necesarios para la transición de género, está legislando de hecho para las minorías, con lo que traspasa los límites objetivos del sistema de salud como la escasez de

recursos y los instituidos en el POS y en la Ley 100 del 1993, necesarios para un sistema equitativo y sostenible.

En esta realidad, no basta la referencia que hace la Corte al alcance del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad pues, sin demeritar su importancia, si para otorgar estas atenciones en salud no se tiene en cuenta lo regulado en la ley, en los decretos, acuerdos y demás contenidos en esta materia, se pone en riesgo la sostenibilidad del sistema y, a la hora de revisar y fallar, se desnaturaliza el sentido y la equidad propia de la norma con un nocivo “sustitucionalismo” de facto.

BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Constitución política de 1991

Colombia, Congresos de la República. Ley 1751 (16 de febrero de 2015). Por la cual se regula el derecho fundamental de la salud y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, 2015. No. 49427.

Colombia, Congreso de la República. Ley 100 (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario oficial. Bogotá, 1993. No. 41148.

Colombia, Congreso de la República. Ley 74 (26 de diciembre de 1968). Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". Diario oficial. Bogotá, 1968. No. 32682

Colombia, Ministerio de salud y protección social. Decreto 5521 (27 de diciembre de 2013). Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el plan obligatorio de salud (POS). Diario oficial. Bogotá. No. 49019

Colombia, Comisión de Regulación en Salud. acuerdo 032 (17 de mayo de 2012). Por el cual se unifican los planes obligatorios de salud de los regímenes contributivo y subsidiado a nivel nacional, para las personas de dieciocho (18) a cincuenta y nueve (59) años de edad y se define la unidad de pago por capitación

Colombia, Ministerio de Salud y Protección Social. Política Nacional de sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos (2014)

Comité de derechos económicos, sociales y Culturales. Observación general No. 14 (11 de agosto del 2000). Por la cual se establecen cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 760 del 2008. MP: Manuel José Cepeda Espinosa

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 314 del 2001. MP: Jorge Iván Palacio Palacio

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 812 del 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 876 del 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 918 del 2012. MP: Jorge Ivan Palacio Palacio

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 552 del 2013. MP: María Victoria Calle Correa

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T - 771 del 2013. MP: María Victoria Calle Correa

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C - 313 del 2014. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

AGUDELO CALDERÓN, Carlos Alberto, CARRDONA BOTERO, Jaime, ORRTEGA BOLAÑOS, Jesus, ROBLEDO MARTÍNEZ, Rocio, Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y retos. En: Revista Ciênc. saúde coletiva [online], junio 2011, no.6 [citado 14 de junio del 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n6/20.pdf>

American Psychiatric Association [online], DSM-V: Gender Dysphoria Fact Sheet. Estados Unidos: 2013. Disponible en: <http://www.dsm5.org/documents/gender%20dysphoria%20fact%20sheet.pdf>

BECERRA GARCÍA, Andrés, Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo género. Feminismos y experiencias de transexuales y travestis. En: Revista Colombiana de Antropología [online], enero - junio 2009, n. m. 1. [citado 20 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1050/105012398005.pdf>

BERNAL, Óscar, GUTIÉRREZ, Catalina [online]. La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones. Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno Alberto Lleras Camargo, 2012. Disponible en: http://www.boletinesp-univalle.info/files/esss/la_salud_en_colombia_Uniandes.pdf

BERNAL, Marina [online], Provisión de servicios afirmativos de salud para personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas). Bogotá: Colombia diversa, 2010. Disponible en: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/otros-documentos/provision-de-servicios-salud.pdf>

CÁRDENAS RAMÍREZ, Elena, *alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial*. En: Revista de derecho, Universidad del Norte [online], mayo-agosto 2013, No. 40 [citado 20 de agosto del 2016]. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/4855/3589>

Clínica Jurídica en Género y Derechos Humanos, Caso clínico: el derecho a la identidad se cual en Colombia. Una mirada a su desarrollo jurisprudencial y a los avances en su protección. En: revista de la Universidad de Medellín [online], 2015. [citado 22 de agosto del 2016]. Disponible en: <http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/Caso%20cl%C3%ADnico%20el%20der echo%20a%20la%20identidad%20sexual.pdf>

DEL MORAL FERRER, Anabella, El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. En: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta [online], julio - diciembre 2012, No. 2. [citado 23 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>

GAÑAN RUIZ, Jaime León, De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. En: revista Monitor estratégico [online], enero - junio 2013, no. 3. [citado 20 de junio de 2016]. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/naturaleza-juridica-derecho-salud-colombia.pdf>

E. Gomez Gil, I. Esteva de Antonio, T. Bergero Miguel, La transexualidad, transexualismo o trastorno de la identidad de género en el adulto: Concepto y características básicas. En: Cuadernos de Medicina psicosomática y psiquiatría de enlace [online], 2006, No. 78 [citado 25 de marzo de 2016]. Disponible en : http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Medico_transexualidadadulto.pdf

La Asociación Profesional Mundial Para Salud Transgénero [online], Las Normas de Cuidado Para Trastornos de Identidad de Género. Estados Unidos: 2001. Disponible en: http://transexualia.org/wp-content/uploads/2015/03/Medico_harrybenjamingenero.pdf

LASSO BÁEZ, Roberto Andrés, ¿Para quién es la disforia de género?: Experiencias trans en Bogotá y servicios de salud utilizados para transitar por los sexos-géneros. Trabajo de grado en psicología. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014. 240 p.

LEÓN GAÑAN, Jaime Echavarría, Los muertos de Ley 100. Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud: una razón de su ineficacia. Caso del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo. Tesis de doctorado en derecho. Medellín: de Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013. 332 p.

LIZARRALDE, Gloria, Transexualismo y bioética. En: revista Ciencia y Salud [online], 2012, no. 1 [citado 6 de julio de 2016]. Disponible en: <http://revistas.usc.edu.co/index.php/CienciaySalud/article/download/8/8>

LOZANO VILLEGAS, Germán, El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: el transexualismo. Disponible en: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/24.pdf>

MAHECHA SILVA, Helga Johana, Cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano. Los transexuales y sus anteriores relaciones de familia. Monografía de grado en derecho. Bucaramanga: universidad industrial de Santander, facultad de ciencias humanas, 2012. 113 p.

MEJIA, Alfredo, BENAVIDES, Luisa Fernanda [online], Barreras de acceso a servicios de salud de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero de Bogotá D.C. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, 2008. Disponible en: http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/SeguimientoPoliticasyPoliticasLGBTI/Observatorio/Barreras_acceso_servicios_salud_personas_LGBT_2008.pdf

Mesa de trabajo de Bogotá sobre desplazamiento interno (2005, noviembre: Bogotá), *La salud: derecho fundamental*, Bogotá: Códice LTDA, 2005.

Organización Mundial de la Salud [online], Clasificación Internacional de enfermedades, décima versión. Disponible en: http://www.sssalud.gov.ar/hospitales/archivos/cie_10_revi.pdf

PABÓN, Diana Carolina (2014), Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans. En: revista virtual Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá [online], enero - diciembre 2014, no. 11. [citado 13 de abril de 2016]. Disponible en: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/6+PERSONAS+E+IDENTIDAD+SEXUAL.pdf/43beee27-6cb9-4efa-be5b-7c3c1cf202e1>

PALACIO TAMAYO, Luis Fernando, Manual de legislación en salud y seguridad social. 14ª ed. Medellín: imprenta departamental de Antioquia, 2013. 742 p.

PERALTA CRUZ, Karen Johanna, ESPITIA PACHÓN, Natalia, Uso de modelantes estéticos, como proceso de la transformación corporal de mujeres transgeneristas. En: Revista virtual Tabula [online], julio - diciembre 2013. No.19. [citado 7 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.revistatabularasa.org/numero-19/13peralta-espitia.pdf>

RAMIREZ, Elena, alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. En: revista de derecho, Universidad del Norte

[online], julio - diciembre 2013, núm. 40 [citado 15 de mayo del 2016]. Disponible en:

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/4855/3589>

TRIANA DUARTE, Sabina Alejandra, La salud para los transgénero en la capital. Trabajo de grado en periodismo y opinión pública. Bogotá: Universidad del Rosario, facultad de ciencias humanas, 2013. 63 p.

VÉLEZ ARANGO, Alba Lucia, Nuevas dimensiones del concepto de salud: El derecho a la salud en el Estado Social de Derecho. En: Revista hacia la promoción de la salud [online], enero-diciembre 2007, vol. 12. [citado el 25 de abril del 2016]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/hpsal/v12n1/v12n1a05.pdf>

VERÁSTEGUI MEJIA , Daniel Andrés, Implicaciones Psicosociales de la Despatologización de la Disforia de Género para la Inclusión o Exclusión Social de las Personas trans en el Contexto Colombiano. Tesis de maestría en psicología. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas – Departamento de Psicología, 2013. 379 p.