

Sentencia T-918/12

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

El objeto del debate circunscrito a la identidad sexual de la persona refiere directamente a lo que ella considera en su fuero interior y a lo que pretende exteriorizar hacia sus semejantes. Entonces, cobra vital importancia la salvaguarda de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y la dignidad humana, por cuanto el Estado no puede interponer barrera alguna para que el individuo decida su desarrollo vital, su modo de ser y su condición sexual.

DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS TRANS

Este Tribunal ha considerado que la salud no se limita al hecho de no estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. Por consiguiente, todas las personas deben estar en condiciones de intentar al restablecimiento de su salud bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad.

DERECHO A LA SALUD Y SU RELACION CON LA IDENTIDAD SEXUAL-Caso de las personas trans

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. Precisamente, diversos estudios han encontrado que estas personas, ante la dificultad de recibir las prestaciones de salud que requieren y la desesperación por lograr su bienestar, deciden no recibir atención médica a sus problemas o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social formal. Esta última opción genera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. Se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad.

MODIFICACION DEL REGISTRO CIVIL POR CAMBIO DE SEXO-En principio el cambio de sexo en el registro civil requiere adelantar un proceso ante la jurisdicción ordinaria

MODIFICACION DEL SEXO EN EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD-Derecho comparado

Se observa una creciente tendencia a proteger el derecho a la identidad de las personas trans por parte de los tribunales internacionales y de diversos

países. Muchos países han optado por proteger de manera especial a las personas trans y su derecho a la identidad sexual, dándole prevalencia al género con el que interactúan socialmente. En algunos casos, la modificación de los registros se ha dado sin que la persona se haya sometido a una cirugía de reasignación de sexo.

SOLICITUD RELATIVA A LA REASIGNACION DE SEXO Y PROCEDIMIENTOS COMPLEMENTARIOS

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.

SOLICITUD RELATIVA A LA REASIGNACION DE SEXO Y PROCEDIMIENTOS COMPLEMENTARIOS-Orden a EPS de programar y fijar fecha para intervención de reasignación de sexo y valorar los procedimientos de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser y liposucción

MODIFICACION DEL REGISTRO CIVIL POR CAMBIO DE SEXO-Orden a la Registraduría Nacional del Estado Civil emitir un nuevo registro civil, en el que conste como sexo femenino luego de la práctica de la cirugía de reasignación de sexo

Referencia: expediente T-3545998

Acción de tutela interpuesta por *Loreta*¹

¹ En el presente caso, la demandante solicitó mantener bajo reserva su identidad debido a que, a su juicio, el conocimiento de su nombre puede dar lugar a tratos discriminatorios. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el asunto bajo estudio pertenece a la órbita personal protegida por el derecho fundamental a la intimidad de la peticionaria, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación y ordenar a los jueces de instancia y a la Secretaría General de esta Corte que guarden estricta reserva respecto de la identidad de esta persona. En esa medida, el expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes relacionadas con la decisión, esto es, por la accionante, el representante de Aliansalud E.P.S. y la Registraduría Nacional del Estado Civil, los cuales se encuentran obligados a mantener y proteger esa confidencialidad.

Es de anotar que en varias oportunidades la Corte ha decidido proteger la identidad de las personas interesadas en una decisión de tutela, cuando considera que están en juego intereses de relevancia constitucional, como el derecho a la intimidad, que justifican mantener la reserva. De forma específica, en la sentencia SU-337 de 1999 expresó que: “(...) no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos (...) Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se

contra Aliansalud E.P.S.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del 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..

I. ANTECEDENTES

Loreta interpuso acción de tutela en contra de Aliansalud E.P.S., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad, a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y a la seguridad social, ante la decisión de negarle la práctica de la cirugía de reasignación de sexo ordenada por su médico tratante y el suministro de los servicios médicos requeridos para que el proceso de transición sea exitoso.

1. Hechos

1.1. La accionante manifiesta que nació el 3 de diciembre de 1968, “*con asignación de sexo masculino*”.

1.2. Señala que el 21 de septiembre de 2010 la E.P.S. accionada le negó el medicamento leuprolida acetato 3.75 mg, formulado por su galeno tratante, argumentando “*negación por Comité Técnico Científico*”².

1.3. Afirma que el 11 de marzo de 2011 presentó ante la entidad demandada solicitud para la realización de la cirugía “*vaginoplastia con intestino y genitoplastia feminizante*”, recomendada por el especialista encargado de su cuidado³.

1.4. Sostiene que en abril de 2011, la empresa Aliansalud dio respuesta al anterior requerimiento de forma negativa, bajo los argumentos de que no

estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional”.

² Folios 31 y 32 del cuaderno 1.

³ Folio 7 a 12 del cuaderno 1.

existía un riesgo inminente para la vida y la salud del paciente, así como que *“la prescripción de medicamentos y/o servicios médicos y prestaciones de salud se realizó sin haber agotado las posibilidades técnicas, tecnológicas y científicas contenidas en los diferentes manuales guías adoptados en el SGSSS”*. En el mismo escrito, la invitó a dirigirse a su galeno tratante para solicitar una nueva evaluación de manejo médico.

1.5. Menciona que el 2 de enero de 2012 radicó petición al ente accionado en la cual reclamó el tratamiento completo y cirugías de reasignación de sexo de *“disforia de género y cirugía de reasignación de sexo”*⁴. En ella explicó que necesitaba el apoyo médico por parte de la E.P.S., debido a que su *“vida en relación se está viendo afectada por las vulneraciones emocionales que [padece], ya que [su] personalidad no da cuenta con [su] realidad externa”*.

1.6. Expone que el 16 de enero del mismo año recibió respuesta en la que la entidad señaló que realizaría una junta interdisciplinaria con respecto a su solicitud⁵. Luego, en comunicación de 23 de enero, le informaron que *“se estudió nuevamente el caso y su cirugía quedó negada ya que no hay riesgo inminente para la salud y la vida”*⁶.

1.7. Refiere que después de varios tratamientos psicológicos y psiquiátricos adelantados por el Comité de Ética Clínica del Hospital San José, esta entidad le diagnosticó, en sesión de 14 de marzo de 2012, *“el trastorno de identidad de género Síndrome de Harry Benjamín”*⁷.

1.8. Con base en dicha determinación, el especialista en urología adscrito a la E.P.S. ordenó la realización de los procedimientos de vaginoplastia, orquidectomía simple y penectomía total, en consulta de 20 de marzo de 2012. En la misma fecha remitió el formulario de solicitud de servicios médicos y de sala de cirugía⁸. La peticionaria aclara que hasta el momento de la presentación de la tutela no había obtenido respuesta alguna.

1.9. Aduce que la intervención quirúrgica ordenada *“más que una cirugía de reasignación de sexo (...) es una reconstrucción de órgano sexual biológico por órgano sexual neurológico en razón de la patología de trastorno de identidad de género que [la] aqueja”*.

1.10. Resalta que dicho trastorno no fue *“el fruto de un deseo, sino una condición neurológica que podía ser tratada por los avances de la ciencia médica, siendo la bioética la mejor coadyuvante del precepto autonomía en la incoación del derecho a autodeterminarse bajo el amparo constitucional del libre desarrollo de la personalidad”*.

1.11. Adicionalmente, considera que la Carta Política obliga al Estado *“a*

⁴ Folio 19 del cuaderno 1.

⁵ Folio 20 del cuaderno 1.

⁶ Folio 21 del cuaderno 1.

⁷ Folio 3 del cuaderno 1.

⁸ Folios 22 a 29 del cuaderno 1.

reconocer que coincida el sexo físico con el sexo neurológico y con ello, superar un cuerpo que [le] resulta ajeno. Es de esta forma, que [puede] gozar del precepto de dignidad humana en el sentido más amplio y subjetivo posible, que guardadas proporciones individuales [le] acarrearán en la dimensión espiritual, la dimensión psicológica, la dimensión intelectual y la dimensión biológica; una armonía interna de [su] existencia y con ello, una calidad de vida digna”.

1.12. Destaca que la demora en la autorización de la cirugía por parte de la E.P.S. demandada implica que deba continuar consumiendo alta dosis de hormonas para contrarrestar la producción de testosterona y que tenga que rasurarse su rostro diariamente, situaciones que le producen “*dolor íntimo*” al ver frustrado su proyecto de vida en condiciones de dignidad.

1.13. Dice que el “*hecho de transitar*” conlleva la realización de diversas intervenciones médicas que no puede ser consideradas como estéticas, debido a que en su caso resultan funcionales o anatómicas.

Por lo anterior, pide la protección de sus derechos fundamentales y solicita al juez de tutela que ordene a la E.P.S. demandada la práctica de la “*penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia*” y la entrega de todos los elementos médicos necesarios para que la cirugía sea exitosa. Así mismo, pide el acompañamiento médico necesario para una adecuada transición y la continuidad del tratamiento integral físico y psicológico necesarios para la reasignación de sexo.

De igual manera, requiere “*todo lo que implique la normalización de [su] proceso de feminización, valga decir las cirugías de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser, liposucción y todas aquellas que el médico tratante y otros, llegaren a considerar como necesarias para una óptima transición y vivir una vida digna libre de discriminaciones por el aspecto físico de [su] apariencia*”.

Reclama que una vez realizado el procedimiento quirúrgico, “*se modifique la inscripción original de sexo biológico MASCULINO en el registro civil de nacimiento, por el sexo asignado mediante cirugía de reasignación FEMENINO sin quedar antecedente alguno de la condición biológica*”. Con el fin de “*garantizar que dicho registro no constituya una vergüenza al tener anotaciones que dejen en evidencia que nació con un sexo físico incongruente con su sexo neurológico*”.

Por último, solicitó que se informara a la Registraduría Nacional del Estado Civil su voluntad de mantener bajo estricta reserva su identidad y el proceso que se adelanta.

2. Contestación de las entidades accionadas

2.1. Contestación de Aliansalud E.P.S.

El Representante Legal de la entidad remitió, el 12 de abril del año en curso, escrito en el que señaló que la accionante se encuentra afiliada como cotizante al Sistema de Salud y, en consecuencia, tiene derecho a recibir todos los servicios contemplados dentro del Plan Obligatorio -POS-.

Indicó que, según la información suministrada por el área médica, se trata de una paciente a quien se le diagnosticó trastorno de identidad de género - Síndrome de *Harry Benjamin*-, razón por la cual le fueron ordenados los procedimientos de penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia, servicios que no se encuentran incluidos dentro del mencionado plan. Lo anterior, debido a que el Síndrome de *Harry Benjamin* no se cataloga como una enfermedad sino como una condición de sexo.

Manifestó que la actora presentó solicitud ante el Comité Técnico Científico, el cual adoptó la decisión de negar, bajo el argumento de no existir un riesgo inminente para la vida del paciente, tal y como le fue informado mediante comunicación de 23 de enero del año en curso y de conformidad con el literal d) del artículo 6 de la Resolución 3099 de 2008⁹.

En lo que respecta a los procedimientos de feminización de la voz, liposucción y depilación, advierte que no existe orden médica que haya sido puesta en conocimiento de la entidad, toda vez que los mismos no son considerados propios del ámbito de la salud.

Por consiguiente, solicitó que se declarara que la entidad no ha vulnerado ningún derecho, toda vez que en la realización de sus funciones ha dado aplicación a la normatividad vigente.

2.2. Contestación del Ministerio de Salud y Protección Social

La Directora Jurídica encargada aclaró que el Plan Obligatorio de Salud no está definido por trastornos o enfermedades sino que está determinado por un listado de servicios, actividades, procedimientos e intervenciones y medicamentos descritos en el Acuerdo 29 de 2011. Por ello, no es posible sostener que en el sistema se presentan preexistencias o enfermedades excluidas en forma expresa, como el trastorno de la identidad de género.

Mencionó que en ningún aparte de la norma citada se incluye o excluye explícitamente la cirugía de reasignación de sexo, aunque algunas de las actividades y procedimientos que lo componen están presentes en el POS; por ejemplo, la orquidectomía y la amputación del pene. En este sentido, resaltó que las E.P.S. están en la obligación de cubrir dichos procedimientos cuando contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de alguna enfermedad

⁹ “Artículo 6°. Criterios para la evaluación, aprobación o desaprobación. El Comité Técnico-Científico deberá tener en cuenta para la evaluación, aprobación o desaprobación de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud, no incluidos tanto en el Manual de Medicamentos, como en el Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, los siguientes criterios: (...)d) Debe existir un riesgo inminente para la vida o salud del paciente, lo cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.”

o resuelvan exclusivamente problemas de salud que pongan en riesgo la vida y/o tengan un objetivo funcional.

En el caso bajo estudio, consideró que la empresa demandada sólo estaría obligada a garantizar la prestación de la atención psicológica y/o psiquiátrica que el paciente pueda requerir para los trastornos emocionales o mentales que presenta.

Con fundamento en lo anterior, pidió que se declarara que el Ministerio no ha vulnerado ningún derecho fundamental, ya que no está encargado de prestar servicios de salud ni de responder por las actuaciones de las E.P.S.. Finalmente, solicitó abstenerse de realizar pronunciamiento alguno respecto de la facultad de recobro ante el Fosyga, debido a que las empresas cuentan con mecanismos legales y administrativos para tal fin.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá, en sentencia de 30 de abril de 2012, negó el amparo solicitado al considerar que la accionante no acreditó la falta de capacidad económica para cubrir el costo del procedimiento quirúrgico ni demostró la amenaza para su vida e integridad que representaría la falta de la cirugía. Por ende, sostuvo que la actora debía asumir los costos de los servicios de salud solicitados debido a que éstos no están contemplados en el POS.

2. Impugnación

Mediante escrito de 4 de mayo de 2012, *Loreta* impugnó la anterior decisión. Por un lado, señaló que no cuenta con los recursos económicos para costear la cirugía de reasignación de sexo y que con mucho esfuerzo debe reunir lo correspondiente al aporte al Sistema de Salud.

En ese sentido, indicó que es tecnóloga en administración agropecuaria pero no ha podido ejercer su profesión debido a su condición de disforia de género, *“toda vez que la sociedad colombiana requiere de normalizaciones estéticas para decidir si se es persona deseable y aceptada”*. Explicó que, aunque ha tratado de encontrar empleo en su área de conocimiento, no ha sido posible que la contraten puesto que su apariencia femenina no se compadece con sus documentos de identificación en los que figura como hombre.

Por lo anterior, menciona que ha tenido que desempeñar actividades de repostería y panadería, valiéndose de terceros que comercializan sus productos, ya que las personas presentan todo tipo de argumentos para evitar comprarle, una vez escuchan su voz o perciben su apariencia.

De otra parte, indicó que la no prestación de los servicios de salud desconoce su ansiedad mental derivada de la disforia de género que padece, ya que *“la*

falta de cirugía desencadena muchos problemas, entre otros, afecta enormemente su estabilidad emocional, sentimental y física [y] le dificulta la consecución de trabajo porque los empleadores prefieren no contratarla porque piensan que puede representar problemas”.

Así, resaltó que *“los doctores no solicitaron la cirugía para que pueda ser una mujer o tener el rol social de una mujer, ya lo soy, la solicitaron porque una persona de mis condiciones, como ocurriría con una mujer sin esta patología, no puede tener calidad de vida ni bienestar físico y emocional con unos genitales del sexo opuesto”.* Además, declaró que las cirugías dentro de un proceso de reasignación sexual no tienen el fin de hacer bonita a una mujer o apuesto a un hombre, sino que permiten *“que una mujer pueda vivir como cualquier mujer y tener los mismos derechos de otras mujeres o que un hombre pueda vivir como cualquier hombre y tener los mismos derechos de otros hombres, para que el individuo tenga bienestar y calidad de vida”.*

Adujo que según la legislación vigente no es posible cambiar el sexo ni el número de su documento de identificación, *“a pesar de [su] apariencia, nombre, forma de asumir[se], el conocimiento que tiene de [sí], a pesar de quien [es]”.* Por ello, su cédula resulta contraria a su realidad y es un motivo de vergüenza y discriminación.

Expuso que su situación actual afecta enormemente su estabilidad emocional, sentimental y física, puesto que le dificulta conseguir trabajo. Explicó que muchas veces, en igualdad de condiciones, los empleadores prefieren no contratarla porque piensan que las personas como ella *“son un problema”*, no saben cómo abordar el manejo de los baños, cómo registrar laboralmente a una persona cuyo documento no corresponde a su aspecto y *“cómo abordar los permisos cuando yo tenga que operarme”.*

3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia de 12 de julio de 2012, decidió confirmar el primer fallo toda vez que no se logró demostrar que los procedimientos solicitados *“constituyen un supuesto para la preservación de la vida, la salud y la integridad personal de Loreta”.* Consideró que la condición de la peticionaria no obedece a quebrantos de salud que amenacen sus derechos fundamentales a la vida o la integridad personal, ya que el objetivo de la demanda de amparo es hacer efectiva su garantía al libre desarrollo de la personalidad mediante la reasignación de sexo. Tampoco encontró probada la falta de capacidad económica para asumir el costo de los procedimientos requeridos.

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. Con el fin de obtener elementos de juicio adicionales para mejor proveer en el presente caso, mediante auto de 9 de octubre de 2012, el Magistrado Sustanciador resolvió:

“PRIMERO.- ORDENAR que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a Loreta para que, en las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, acuda a los consultorios de la Doctora Juana Yolanda Atuesta Fajardo (Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital de San José de Bogotá) y al Doctor Gabriel Ignacio Tóvar Rojas (Coordinador de la Unidad de Endocrinología Ginecológica del Hospital de San José) con el fin de que le realicen una valoración.

SEGUNDO.- Ordenar que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se oficie a la Doctora Juana Yolanda Atuesta Fajardo (Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital de San José de Bogotá) y al Doctor Gabriel Ignacio Tóvar Rojas (Coordinador de la Unidad de Endocrinología Ginecológica del Hospital de San José) para que realicen la valoración de la paciente cuando ésta acuda a sus instalaciones y que, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de dicha evaluación, se sirvan rendir concepto sobre los siguientes asuntos:

- a. Expliquen de manera clara y precisa si Loreta requiere con necesidad la práctica de ‘las cirugías de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser, [y] liposucción’, para que efectivamente su apariencia externa sea la de una mujer.
- b. En caso de que la anterior cuestión sea resuelta afirmativamente, deberán justificar a qué obedece dicha necesidad y la finalidad específica de cada una de ellas.
- c. Expliquen si existen otros procedimientos alternativos con los cuales se pueda llegar al mismo resultado, sin la necesidad de llevar a cabo las anteriores intervenciones quirúrgicas.

SEGUNDO.- ORDENAR que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento de la Registraduría Nacional del Estado Civil la demanda de tutela presentada por Loreta contra Aliansalud E.P.S., para que dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto se pronuncie acerca de la misma y ejerza su derecho a la defensa.

Se advierte a esta autoridad que se encuentra obligada a mantener y proteger la confidencialidad decretada.”

2. Mediante comunicación de 19 de octubre del año en curso, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil manifestó que revisada la base de datos del Sistema de Información de Registro Civil, SIRC, encontró que el registro civil de Loreta se encuentra en estado válido y fue modificado por cambio de nombre realizado a través de escritura pública.

En lo que se refiere a la corrección del sexo en el registro, manifestó que “se debe entender que lo pedido es la alteración de su estado civil, ya que el registro civil contiene el dato del sexo diferente al que se le reasignará a la

accionante, trámite que procede una vez se ordene la corrección del sexo mediante sentencia judicial (...)”.

Así las cosas, mencionó que existiendo un registro civil plenamente válido, la interesada debe adelantar un proceso de jurisdicción voluntaria con el fin de que un juez, de conformidad con las pruebas aportadas, determine cuál es el verdadero sexo de la accionante y disponga la corrección y/o cancelación del registro civil, con el objeto de ajustarlo a la realidad. Una vez realizado el cambio, la accionante deberá acudir a la Registraduría más cercana y solicitar la rectificación de su cédula de ciudadanía.

Teniendo en cuenta que la accionante no había presentado petición ante la entidad, pidió declarar que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

3. El 29 de octubre del año en curso, el Abogado Asesor de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José allegó los conceptos médicos derivados de la junta que se llevó a cabo en las instalaciones de dicha institución el 22 de los corrientes.

3.1. El especialista en Ginecología y Endocrinología señaló que *Loreta “es una paciente con Síndrome de Harry Benjamin o trastorno de la identidad de género, cerebro femenino y cuerpo masculino, por lo que se le han realizado una serie de procedimientos con el fin de ajustar el cuerpo al cerebro, entre ellos, la terapia hormonal cruzada que yo le administro, con el fin de resaltar los caracteres sexuales secundarios del sexo femenino. El Síndrome de Harry Benjamin en esta paciente no tiene otro tratamiento diferente al de realizar tratamiento hormonal con el fin de inducir y mantener los caracteres sexuales femeninos y los procedimientos quirúrgicos necesarios para producir una apariencia femenina real, que incluyen la depilación laser cuando el manejo hormonal no es suficiente para eliminar el vello, como en este caso; la cirugía de feminización facial y la feminización de la voz son procedimientos que se realizan cuando el proceso de la paciente inicia después de la pubertad, porque el esqueleto se masculiniza y adquiere rasgos característicos del sexo masculino, que no cambian con la terapia hormonal; igualmente, los depósitos grasos femeninos que son diferentes a los masculinos, no tienen gran cambio con la terapia hormonal por lo que la liposucción y la lipoescultura son procedimientos utilizados en estos pacientes con el fin de completar la apariencia femenina y que el paciente se integre sin dificultades en la sociedad”*.

“Los pacientes con trastorno de identidad de género requieren una aproximación al sexo deseado, en este caso, el femenino, por lo que los procedimientos efectuados entre ellos la terapia hormonal, van en el sentido de propender por una vida digna de la paciente, que se logra, cuando hay consonancia entre el cerebro y el cuerpo”.

Además, afirmó que el plan de manejo de los pacientes con trastorno de identidad de género busca generar condiciones de vida dignas para los

pacientes, logrando la “consonancia entre el cerebro y el cuerpo”. Por ello, no existen procedimientos alternativos para llegar al mismo resultado, sin administrar terapia hormonal y realizar las intervenciones quirúrgicas que se le han indicado a la paciente.

3.2. Por su parte, la Jefe del Servicio de Psiquiatría indicó: *“La paciente siempre se ha identificado como mujer y desde hace dos años ejerce el rol femenino, razón por la cual oculta sus genitales masculinos y se hace llamar con nombre femenino y ya realizó los trámites para cambiarlo. Hace dos años recibe terapia hormonal para aparición de caracteres sexuales femeninos (senos, ausencia de vello corporal), lo cual favorece que socialmente pueda funcionar como mujer, aunque tiene serias restricciones por temor a que se descubra su verdadera condición física. Requiere continuar intervención por el equipo médico (endocrinología, psiquiatría, urología, cirugía plástica) de Reasignación de Sexo del Hospital de San José”.*

3.3. De otro lado, el especialista en otorrinolaringología señaló la necesidad de *“iniciar estudio prequirúrgicos con estroboscopia, nasofibrolaringoscopia, terapia de voz, tac de cuello y valoración con resultados (...) para determinar manejo quirúrgico requerido por la paciente como única opción para cambio de voz”.*

3.4. Adicionalmente, el Departamento de Cirugía Plástica concluyó que la paciente presenta *“signos de masculinidad dado por el exceso de barra supraorbitaria con exceso de tejido en mejillas y cuello”,* así como *“se evidencia a nivel abdominal acumulos (sic) grasos con exceso de piel y laxitud de la misma”.* Por ello, señala que requiere la práctica de ritidoplastia completa para manejo de contorno de mejillas y cuello con el objetivo de definir adecuadamente ángulos faciales y cervicales, disminución de la barra supraorbitaria con fresado u osteotomía, cuya finalidad es reducir el borde supraorbitario para conseguir feminizar el tercio superior y suavizar la mirada. Para la feminización corporal, prescribe la liposucción con sistema vaser, para definir la cintura y el contorno de la región lumbar. Finalmente, afirmó que no existen procedimientos alternativos para lograr la feminización facial y corporal.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento de los problemas jurídicos

2.3. La accionante, quien manifiesta *“con asignación de sexo masculino”* y declara su identidad transgenerista, señala que su identidad sexual no coincide con su realidad externa, razón por la cual recibe terapia hormonal desde hace

más de 3 años. Indica que su médico tratante le ordenó cirugía de reasignación de sexo, que comprende los procedimientos de penectomía total, orquidectomía bilateral simple y vaginoplastia; sin embargo, sostiene que dicha entidad negó su petición al considerar que no se encontraban en riesgo su salud ni su vida.

Adicionalmente, afirma que el proceso de transición de género conlleva la realización de diversas intervenciones médicas como la de feminización de la voz y facial, así como procedimientos de depilación láser y liposucción, con el fin de llevar una vida digna libre de discriminaciones por su aspecto físico.

De igual manera, sostiene que es necesario modificar la inscripción de sexo masculino en su documento de identidad, sin que quede anotación original, para garantizar que su registro civil sea una fuente de discriminación debido a que en algún momento su sexo físico era incongruente con su identidad sexual.

Por su parte, Aliansalud E.P.S. expone que los procedimientos de penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia, que componen la cirugía de reasignación de sexo, no se encuentran incluidos en el POS debido a que el Síndrome de *Harry Benjamin* no se cataloga como una enfermedad sino como una condición de sexo. Añade que el Comité Técnico Científico de la entidad consideró que no existía un riesgo inminente para la vida del paciente que justificara su autorización. En relación con los servicios de feminización de la voz, liposucción y depilación, aduce que no existe orden médica que haya sido puesta en conocimiento de la entidad, toda vez que los mismos no son considerados propios del ámbito de la salud.

Los jueces de instancia negaron el amparo solicitado bajo el argumento que la accionante no había acreditado la falta de capacidad económica para cubrir el costo del procedimiento quirúrgico ni la amenaza para su vida e integridad que representaría la falta de la cirugía.

Con base en los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala determinar si una Empresa Promotora de Salud 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. Lo anterior, debido a que considera que no se encuentra incluida en el POS y que su vida e integridad física no se halla en riesgo.

Así mismo, se establecerá si la acción de tutela resulta procedente para ordenar el cambio de sexo en el registro civil después de que una persona ha sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo.

Con el fin de resolver los anteriores cuestionamientos, la Sala se pronunciará sobre (i) el derecho a la identidad sexual y (ii) su relación con el derecho a la salud en el caso de las personas trans. Además, se estudiará la modificación del estado civil de las personas por cambio de sexo. Con base en ello, (iv) se

analizará el caso concreto.

3. El derecho a la identidad sexual. Reiteración de jurisprudencia

3.1. La Constitución fundamenta, en su artículo 1º, la propia concepción del Estado, en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Este Tribunal ha señalado que la dignidad humana *“es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”*¹⁰.

Tal relevancia otorgada a la dignidad humana implica el reconocimiento de la persona como un fin en sí mismo, lo que implica *“un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, este principio impone una carga de acción positiva frente a los derechos, más aún en relación con la vida, como desarrollo esencial de los valores, derechos y libertades individuales”*¹¹.

Así, el derecho a la dignidad, en su núcleo esencial, supone que la persona sea tratada acorde con su naturaleza humana, lo cual adquiere mayor fortaleza en razón a que es un valor superior y principio fundante del Estado Social y Democrático de Derecho. La jurisprudencia constitucional lo ha catalogado como la *“expresión de la autonomía individual y capacidad de autodeterminación, expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral”*¹². Por ende, el Estado dentro de sus fines esenciales debe salvaguardar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral, la exclusión de tratos degradantes, la intimidad personal y familiar.¹³

El respeto por la dignidad humana implica aceptar a la persona tal y como es, como ha decidido proyectarse a la sociedad, sin que con ello se incurran en tratos desiguales o degradantes. El Estado, sin distinción de condición social, raza, etnia o género, debe velar por la protección de la persona en su esencia¹⁴.

3.2. De otra parte, el artículo 16 de la Carta Política señala que toda persona

¹⁰ Sentencia T-401 de 1992.

¹¹ Sentencia T-645 de 1996.

¹² Sentencia T-881 de 2002, reiterada entre muchas otras, por la sentencia C-075 de 2007. En este último caso se dijo en torno a la unión marital de hecho, que *“la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídicos patrimoniales”*.

¹³ Artículo 2 Constitución Política.

¹⁴ En la sentencia C-098 de 2006, este Tribunal expuso: *“Admitir que el Estado pueda interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada identidad sexual, conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente.”* Posición reiterada en la sentencia T-435 de 2002.

tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, siempre que se observen los límites determinados en los derechos de los demás y en el orden jurídico existente. Este canon conlleva, para la Corte, *“el reconocimiento del Estado de la facultad natural de toda persona de realizar autónomamente su proyecto vital, sin coacción, ni controles injustificados y sin más límites que los que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*¹⁵.

En este sentido, esta Corporación ha indicado que una de las características de la Carta Política de 1991 consiste en haber reservado un amplio margen a la defensa y protección del fuero interno de las personas. Precisamente, ha mencionado, en torno al reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad y el buen nombre, que *“[e]l Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social”*¹⁶.

El fin de la protección, entonces, es que cada persona pueda fijar y realizar sus propias metas, de acuerdo con su carácter y temperamento, con el límite impuesto por los derechos de sus semejantes y por el orden público¹⁷. En este contexto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, consiste en la facultad que tiene toda persona de autodeterminarse, así como de escoger sus opciones vitales sin ningún tipo de intromisión o interferencia, de desplegar su propio plan de vida y darse sus propias normas con respeto de los parámetros constitucionales. En ejercicio de esta garantía cada individuo es autónomo para adoptar un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses.

En este sentido, la Corte la ha contemplado como la fórmula que *“condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”*¹⁸. Debido a que es *“la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana”*¹⁹.

¹⁵ Sentencia T-1033 de 2008. En esta oportunidad, la Corte se pronunció frente al caso de una persona que creía tener plenamente identificada su condición sexual, por lo que decidió cambiar su nombre original (*nombre masculino*) por uno nuevo (*nombre femenino*), practicándose diferentes tratamientos a nivel hormonal para obtener una apariencia más femenina. Sin embargo, con motivo de su reorientación sexual, se vio abocado a una vida de prostitución y degradación personal que lo hizo reflexionar sobre su futuro, incluyendo la posibilidad de conformar una familia y obtener trabajo digno. Estas circunstancias lo llevaron a solicitar a la Registraduría Nacional del Estado Civil que le autorizara retornar a su nombre original, solicitud que fue despachada desfavorablemente.

¹⁶ Sentencia T-097 de 1994.

¹⁷ Sentencia C-221 de 1994: *“reconoce la autonomía de la persona [como forma de constatar], ni más ni menos [que] el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia”*.

¹⁸ Sentencia T-067 de 1997.

¹⁹ Idem.

3.3. Con base en lo anterior, la Corte ha indicado que el derecho a la dignidad se constituye en fuente del derecho a la identidad y, concretamente, a la identidad sexual. Sobre el tema, la sentencia T-477 de 1995 sostuvo que *“en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser”*²⁰.

Adicionalmente, ha señalado que del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad *“se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, esta Corporación tiene bien establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo”*²¹.

De conformidad con lo expuesto, la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad implican la autodeterminación sexual, esto es, *“el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, ‘que no causa daño a terceros’”* y *que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia*²².

En efecto, habida cuenta que la orientación sexual es reconocida como parte esencial e indisoluble a la personalidad²³, debe ser reconocida como inherente a la persona, quien no puede ser perseguida, señalada o discriminada en razón de esta²⁴. Sobre el particular, la Corte ha manifestado que *“conforme lo*

²⁰ En esta providencia, la Corte estudió el caso de un menor de edad que, cuando tenía 6 meses fue emasculado por el perro que cuidaba la casa donde habitaba. Por ello, sus padres autorizaron que los médicos tratantes los sometieran a una operación de readecuación de sexo femenino en 1987 y en el mismo año, hincaron proceso de jurisdicción voluntaria con el fin de modificar el nombre y sexo de su hijo por aquellos acorde a su nueva identidad. El niño, que no se adaptó a la identidad sexual femenina que le fue otorgada, solicitó la protección de sus derechos a la identidad personal y a la dignidad humana, solicitando la suspensión del tratamiento para su readecuación total femenina y que se reinvierta a un completo acoplamiento de su definición psicológica y física masculina con la que se siente plenamente identificado.

²¹ Idem.

²² Sentencia C-577 de 2011.

²³ Sentencia T-909 de 2011: *“La ‘orientación sexual’ ha sido definida como la atracción exteriorizada por un individuo, sea un comportamiento, habitual o puntual, afectivo o sexual, con una persona del sexo opuesto (orientación sexual heterosexual), del mismo sexo (orientación sexual homosexual), o con personas de los dos sexos (orientación sexual bisexual). Vid. Robert WINTEMUTE, Sexual Orientation and Human Rights. The United State Constitution, the European Convention and the Canadian Charter, Clarendon Press, 1997. Pág 6-10.”*

²⁴ Esta posición fue sostenida en el fallo T-301 de 2004, al analizar el caso de un grupo de personas de orientación sexual diversa que afirmaba que agentes y auxiliares del departamento de policía del Magdalena no les permitían permanecer en un sitio de la bahía de Santa Marta. Precisamente, estableció que *“la opción*

establecido en la Constitución y en el propio Derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado, en diversos pronunciamientos la Corte Constitucional ha garantizado el derecho individual a la libre opción sexual. En todos ellos, implícitamente, se ha venido a destacar el muy valioso y cada vez más escaso componente de la individualidad pura, pues de él, sin duda, hacen parte las opciones y decisiones sobre la sexualidad, como ámbitos definitivamente protegidos de libertad, igualdad, desigualdad y no discriminación”²⁵.

3.4. En suma, el objeto del debate circunscrito a la identidad sexual de la persona refiere directamente a lo que ella considera en su fuero interior y a lo que pretende exteriorizar hacia sus semejantes. Entonces, cobra vital importancia la salvaguarda de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y la dignidad humana, por cuanto el Estado no puede interponer barrera alguna para que el individuo decida su desarrollo vital, su modo de ser y su condición sexual.

4. El derecho a la salud de las personas trans

4.1. El artículo 49 de la Carta Política consagra la salud como un valor con doble connotación: por un lado se constituye en un derecho constitucional y, por otro, en un servicio público de carácter esencial. De esta forma, establece la obligación a cargo del Estado de garantizar a todas las personas la atención que requieran, así como la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación²⁶.

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, dispone:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así 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 (...).”

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 12, consagra la obligación de los Estados Partes de reconocer *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*. Para asegurar la plena efectividad de este derecho, deberán adoptar, entre otras, 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,*

sexual de una persona constituye un elemento definitorio de su identidad y un componente fundamental de la autonomía individual que le permite planear y desplegar el propio plan de vida sin compulsiones externas”.

²⁵ Sentencia T-909 de 2011.

²⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-358 de 2003, T-671 de 2009 y T-104 de 2010.

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.”*

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000²⁷, expuso que el concepto de salud no se limita al derecho a estar sano sino que debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona y los recursos con los que cuenta el Estado. Así, *“debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”*.

4.2. La Corte Constitucional reconoce actualmente que la protección del derecho a la salud puede lograrse en sede de tutela y que tiene el carácter de fundamental de forma autónoma. Asignarle dicha calidad, ha expresado esta Corporación²⁸, ha sido el resultado de una evolución jurisprudencial²⁹ y la observancia de la doctrina y los instrumentos internacionales sobre la materia.

Fruto de esa evolución, este Tribunal ha considerado que la salud no se limita al hecho de no estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. Por ejemplo, en la sentencia T-307 de 2006 afirmó que: *“[l]a 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”*.

Por consiguiente, todas las personas deben estar en condiciones de intentar el restablecimiento de su salud bajo criterios de calidad, eficacia y oportunidad. Así, la Corte ha expresado que el derecho a la salud se considerará vulnerado cuando el servicio médico haya sido autorizado pero no haya sido garantizado oportunamente. Lo mismo sucederá si se entrega un medicamento o procedimiento de mala calidad³⁰, o si se niega o demora su suministro por surtir trámites burocráticos y administrativos que al paciente no le corresponde asumir³¹.

Al referirse al tema de accesibilidad, la Corporación ha establecido que la

²⁷ En esta Observación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analizó algunas cuestiones sustantivas referentes a la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

²⁸ Sentencia T-760 de 2008.

²⁹ Inicialmente, este Tribunal sostuvo que las afectaciones al derecho a la salud podían ser resueltas en sede de tutela siempre que se demostrara su conexidad con derechos como la vida, la dignidad o el mínimo vital. No obstante, para el caso de sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad y los niños, la jurisprudencia había señalado que este derecho adquiriría el carácter de fundamental autónomo.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Sentencia T-195 de 2010.

acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos *“indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad”*³². De forma que se *“garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona”*³³.

Específicamente, en relación con el principio de integralidad, este Tribunal ha afirmado que la atención de los usuarios, cuyo estado de salud afecte su integridad o su vida en condiciones dignas, debe comprender *“todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente”*³⁴ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones³⁵.

Por su parte, la Corte ha expresado que el derecho de la persona a que se le garantice la continuidad en la prestación del servicio implica que, una vez ésta haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización³⁶.

5. Derecho a la salud y su relación con la identidad sexual en el caso de las personas trans

Ante el anterior contexto se hace necesario analizar la protección del derecho a la salud de las personas trans, porque si bien es cierto que sufren las mismas preocupaciones médicas que el resto de la población, también lo es que deben enfrentar asuntos de salud propios, como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas, que debe velar porque la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades³⁷.

5.1. Para iniciar, se recordará la sentencia T-314 de 2011, en la que se revisó el caso de un transgenerista que afirmaba que se le había negado el acceso a un establecimiento público debido a su orientación sexual. En ella la Corte asumió la noción de persona trans³⁸ como la relativa a aquella *“que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la*

³² Sentencia T-760 de 2008.

³³ *Ibíd.*

³⁴ Sentencia T-133 de 2001. A su vez reiterada en las sentencias T-136 de 2004 y T-760 de 2008.

³⁵ Sentencia T-1059 de 2006.

³⁶ Sentencia T-195 de 2010.

³⁷ LAWRENCE, Anne. Transgender Health Concerns. En: *The Health of Sexual Minorities: Public Health Perspectives on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Populations*. Ed.: Meyer, Ilan H., Northridge, Mary E. Springer, 2007.

³⁸ En este punto, se hace necesario presentar la aclaración que este Tribunal realizó en la misma providencia, a saber: *“La Corte reconoce que en materia de definición de personas transgeneristas el debate está abierto de manera que no se propone un intento de cierre o clasificación en una categoría única. Por ello, atendiendo a los procesos de organización política y de auto reconocimiento, se enfatizará en la denominación personas trans teniendo en cuenta los debates identitarios y la multiplicidad de denominaciones empleadas para hacer alusión a la diversidad de género”*.

*persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino ”*³⁹.

Adicionalmente, sostuvo que la categoría de transgeneristas, de forma global, agrupa diversas identidades, tales como transexuales, travestis, *transformistas* y *drag queens o kings*⁴⁰ y constituye el grupo sometido a mayor discriminación y exclusión por la sociedad, e incluso por la propia población homosexual y bisexual. En ese sentido, con base en los elementos probatorios recaudados reconoció que *“la crítica situación de marginación de las transgeneristas sigue siendo muy severa, lo que las convierte en las víctimas más representativas de la violencia por prejuicio en la sociedad que se manifiesta de múltiples formas, tales como (i) amenazas escritas o verbales; (ii) agresiones físicas; (iii) intentos de homicidio y homicidios, tanto en el hogar como en espacios públicos o abiertos al público; (iv) ejercidos por ciudadanos comunes, individualmente o en grupo; o (v) por la fuerza pública y funcionarios públicos”*.

5.2. Bajo las anteriores circunstancias, es preciso reconocer que dicha comunidad debe atravesar por transiciones de índole emocional, mental y física al momento de auto-identificarse, lo cual exige un cuidado en salud apropiado y oportuno⁴¹. Sin embargo, 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.

Precisamente, diversos estudios han encontrado que estas personas, ante la dificultad de recibir las prestaciones de salud que requieren y la desesperación por lograr su bienestar, deciden no recibir atención médica a sus problemas o buscar alternativas al Sistema de Seguridad Social formal. Esta última opción genera consecuencias perversas puesto que lleva a que los pacientes consuman altos niveles de hormonas sin supervisión o se practiquen cirugías en clínicas informales. De modo que a pesar de conocer los riesgos que implican para su vida, prefieren las vías alternativas que resultan menos discriminatorias, menos costosas y con menos barreras de acceso⁴².

³⁹ CANTOR, Erik Werner. “Los rostros de la homofobia en Bogotá. Des-cifrando la situación de Derechos Humanos de homosexuales, lesbianas y transgeneristas”. Editorial Universidad Pedagógica Nacional y Corporación Promover Ciudadanía. Bogotá, 2007. Pág. 24.

⁴⁰ En el citado fallo se precisó que: *“(i) transexuales o personas que transforman sus características sexuales y corporales por medio de intervenciones endocrinológicas y quirúrgicas, noción que proviene especialmente de la medicina; (ii) travestis o personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías, pero no desean transformar quirúrgicamente sus genitales, advirtiendo que con alguna frecuencia este término adquiere connotación negativa asociada al prejuicio y el insulto; (iii) transformistas, que suelen ser generalmente hombres que adoptan identidades femeninas en contextos de noche, festivos o de espectáculo; y (iv) drag queens o kings quienes asumen una identidad transgresora de los géneros en contextos festivos, en ocasiones exagerando rasgos de masculinidad”*.

⁴¹ DECLLEENE, Anne C. The Reality of Gender Ambiguity: A Road Toward Transgender Health Care Inclusion. En: Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Legal Issues. 2007.

⁴² LOMBARDI, Emilia. Public Health and Trans-People: Barriers to Care and Strategies to Improve Treatment. En: The Health of Sexual Minorities: Public Health Perspectives on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Populations. Ed.: Meyer, Ilan H., Northridge, Mary E. Springer, 2007.

En esta línea, en sentencia reciente, el Tribunal Superior de Delhi resolvió que la criminalización de la homosexualidad contenida en el Código Penal de India era inconstitucional en cuanto vulneraba los derechos a la intimidad y privacidad de las personas. Igualmente, encontró que afectaba el derecho de todos los ciudadanos de acceder al nivel más alto de salud posible. En ese sentido, encontró que dicha norma promovía el aislamiento de quienes proclaman una orientación sexual diversa y les impedía acceder a la información adecuada con el fin de prevenir el VIH/SIDA y otras condiciones médicas⁴³.

5.3. En este punto, es pertinente traer a colación el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 Constitucional según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y disfrutarán de los mismos derechos, oportunidades y libertades, sin ningún tipo de discriminación por razones de origen, lengua, opinión, raza, religión o sexo. También establece la Carta que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva y real, por lo que se deben adoptar políticas a favor de grupos discriminados o marginados.

Con base en dicho precepto, este Tribunal ha indicado que “[l]a discriminación puede ser entendida jurídicamente como aquella conducta o actitud dirigida de forma directa o indirecta a segregar, excluir o ignorar a un individuo o a una colectividad. Principalmente está enfocada en el trato de inferioridad fundamentado en prejuicios sociales o personales, lo cual trae como consecuencia el irrespeto y por ende la vulneración de los derechos humanos conexos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad”⁴⁴. Así mismo, en el fallo T-098 de 1994 sostuvo:

“El trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

⁴³ Naz Foundation v. Government of NCT of New Delhi and Others, WP(C) No. 7455/2001. Dicho Tribunal sostuvo: “El segundo propósito de la norma según el cual la criminalización de la conducta homosexual favorece a la salud pública, está en abierta contradicción con las aseveraciones de la Organización Nacional en contra del SIDA (NACO, por sus siglas en inglés). NACO ha declarado que la aplicación de la Sección 377 del Código Penal lleva a que el sufrimiento se vuelva clandestino y que algunas prácticas sexuales riesgosas pasen desapercibidas y no sean objeto de debate. Por tanto, dicha disposición dificulta los esfuerzos de prevención del VIH / SIDA. Por último, como se sostuvo anteriormente, no es de la competencia constitucional del Estado de invadir la privacidad de la vida de los ciudadanos o regular la conducta de este sobre la base de la moral pública. La criminalización de las relaciones sexuales entre adultos que consienten no implica un daño grave, razón por la cual resulta arbitraria e irrazonable. El interés del Estado “debe ser legítimo y relevante” con el objeto de que la legislación no sea arbitraria y proporcionada. Si el objetivo es irracional, injusto y desleal, la disposición será declarada como irrazonable. La discriminación vulnera gravemente los derechos de las personas homosexuales y afecta profundamente su dignidad” (traducción libre).

⁴⁴ Sentencia T-314 de 2011.

La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.”

Aunque la cláusula constitucional contempla la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, la Corte ha indicado que no se trata de una enunciación taxativa, ya que su fin es la protección de los grupos discriminados o marginados y las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta⁴⁵.

En este orden de ideas, el trato desigual de grupos que han sido históricamente discriminados implica la afectación de otros derechos fundamentales *“que van desde la seguridad social integral, pasando a situaciones básicas como el acceso y la permanencia en el trabajo, la educación o en el aspecto recreativo el ingreso a eventos o establecimientos abiertos al público como discotecas, bares, restaurantes, centros comerciales, ferias y similares”*⁴⁶.

Por ello, el hecho de que los miembros de una minoría sexual sean objeto de discriminación social impide que acudan oportunamente al Sistema de Salud con el fin de obtener la información y los cuidados que requieren, o que reciban diagnósticos errados, ya que la visión tradicional acerca de la sexualidad impone una enorme barrera de acceso.

5.4. Ahora bien, en relación con la intervención de reasignación de sexo, que comprende la realización de *“penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia”*, se advierte, después de examinar el Acuerdo 029 de 2012, mediante el cual se actualizó el Plan Obligatorio de Salud, la inclusión explícita de los siguientes servicios, sin que se restrinja su práctica al tratamiento de alguna enfermedad específica:

CUPS	DESCRIPCIÓN
643200	AMPUTACION TOTAL DEL PENE O PENECTOMIA TOTAL SOD
623000	ORQUIECTOMIA (TESTICULO) SOD
623001	ORQUIECTOMIA CON EPIDIDIDECTOMIA (RADICAL)
706101	VAGINOPLASTIA, VIA ABDOMINAL
706102	VAGINOPLASTIA, VIA PERINEAL
706103	VAGINOPLASTIA, VIA ABDOMINOPERINEAL

De esta manera, las entidades promotoras de salud se encuentran en la

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

obligación legal de brindar dichos servicios cuando hayan sido ordenados por el médico tratante, puesto que ya están financiados en la unidad de pago por capitación del régimen contributivo (UPC) entregada por el Estado para la atención de la población asegurada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

Artículo 156, literal f): *“Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud”.*

Artículo 182: *“De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud. Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.”*

En ese sentido, en el fallo C-655 de 2003 la Corte precisó que *“la UPC es la cuota de valor anual que reciben las EPS por cada una de las personas afiliadas, cotizantes o beneficiarias, para garantizar la adecuada prestación de los servicios que ofrece el POS durante ese período de tiempo”*. Por tanto, los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios médicos incluidos en el POS, sin que deba mediar demanda de tutela alguna.

5.5. Con base en lo anterior, se considera que las autoridades no le han dado importancia a la protección del derecho a la salud de las personas trans, que requieren prestaciones específicas. Esta circunstancia ha llevado a que su salud física y mental pasen desapercibidas por las entidades encargadas de velar por su cuidado, en detrimento del bienestar general de dicha comunidad.

No es admisible que el Sistema de Salud sólo haga presencia en el momento en el que la existencia misma del usuario se encuentre en peligro, ya que es deber de las autoridades brindar los cuidados necesarios para que las personas vivan en condiciones de dignidad. Ante la prescripción de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, es deber de la E.P.S. autorizar su prestación o controvertir su fundamento de forma científica y técnica.

Al respecto, es pertinente traer a colación la sentencia SU-337 de 1999, que revisó el caso de una menor de 7 años que presentaba una forma de ambigüedad sexual y cuya progenitora pretendía que se ordenara al I.S.S. la realización de una intervención quirúrgica destinada a remodelar los genitales

de su hija, puesto que la accionante consideraba que como única titular de la patria potestad era ella la encargada de autorizar tal cirugía. En dicha providencia la Corte advirtió que: *“los tratamientos médicos a los intersexuales no pueden ser asimilados a otras cirugías estéticas, como la corrección de un paladar, o la supresión de un dedo supernumerario, por cuanto tienen que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afectan uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana. Estas terapias afectan entonces profundamente la autonomía del paciente”*.

Adicionalmente, en providencia T-876 de 2012 se examinó el asunto de una persona a quien, después de un proceso extenso con médicos y psicólogos, le fue diagnosticado trastorno de identidad sexual y, con el fin de garantizar su existencia en condiciones de dignidad, le fue prescrita la cirugía de cambio de sexo. En esa oportunidad la Corte consideró que con dicho procedimiento se lograría un estado de bienestar psíquico y social por el que propende la Carta Política, 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”*.

Por ende, se advierte que las empresas promotoras de salud vulneran el derecho a gozar el nivel más alto de salud de las personas trans cuando se niegan a brindarles atención médica, a pesar de que existe una prescripción por parte del galeno tratante, bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo.

6. La modificación del registro civil por cambio de sexo

Con el fin de ilustrar los elementos centrales en el debate que se ha dado alrededor del cambio de sexo en los documentos de identidad de las personas trans, se comenzará por describir la legislación y las decisiones judiciales que se han dado en otros países. Posteriormente, se reiterará la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la personalidad jurídica y el tratamiento legal de la alteración del registro civil.

6.1. La cuestión de la modificación del sexo en el documento de identidad en el derecho comparado

A continuación se realizará una breve descripción de la legislación y jurisprudencia de algunos países que han reconocido el derecho a cambiar la inscripción del sexo en el registro, con el objeto de dilucidar cuál es la tendencia actual en la protección de los derechos de las personas trans.

6.1.1. En cuanto a la legislación extranjera, Suecia promulgó la primera reglamentación sobre el estado civil de las personas trans en el mundo, mediante la Ley 21 de abril de 1972. En ella se previó el cambio jurídico de sexo siempre que la persona (i) sintiera pertenencia a otro género desde su juventud; (ii) hubiere vivido de acuerdo a dicho género durante un tiempo;

(iii) fuere mayor de 18 años y nacional de Suecia; (iv) fuere infértil debido a causas naturales o a una intervención quirúrgica; (iii) no estuviere casado⁴⁷. A pesar de que esta norma ha sido modificada en varias ocasiones⁴⁸, la mayoría de los anteriores requisitos persisten⁴⁹.

En Alemania la Ley de 10 de septiembre de 1980 siguió el anterior ejemplo al regular el tema; sin embargo, estableció condiciones más restrictivas para la modificación del estado civil. Específicamente, exigió que la persona (i) fuera de nacionalidad alemana; (ii) tuviera 25 años; (iii) hubiera vivido durante 3 años bajo el género con el cual se identificaba; (iv) no estuviere casado; (v) no tuviere la habilidad física de procrear; y (vi) se hubiere sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo⁵⁰.

La Ley Italiana 164 de 14 de abril de 1982 consagró la posibilidad de rectificar el sexo en los registros, siempre que a la persona le hubiere sido practicada la cirugía de reasignación de sexo, con base en una autorización judicial.

La Ley Holandesa de 24 de abril de 1985 modificó el artículo 29 del Código Civil con el fin de permitir la rectificación del registro civil de nacimiento de quien tiene la convicción de pertenecer a otro género. El peticionario debe probar ante el tribunal de su domicilio que ha vivido bajo el género deseado, desde el punto de vista psicológico o médico, y no tuviere la habilidad física de procrear⁵¹.

En el Reino Unido, se promulgó la Ley de Reconocimiento de Género en 2004. En ella se señaló que un panel compuesto por expertos en leyes y medicina decidiría sobre la modificación de género de una persona, teniendo en cuenta como factor determinante la identidad sexual, por lo que no exigió el cambio quirúrgico de sexo. Como requisitos estableció que la persona (i) fuera mayor de 18 años; (ii) padezca o haya padecido de disforia de género; (iii) haya vivido por lo menos dos años en el género adquirido; y (iv) pretenda vivir bajo el nuevo género el resto de su vida⁵². Adicionalmente, prohibió la divulgación de la información relacionada con el anterior proceso por parte de los funcionarios públicos, los empleadores o posibles empleadores del

⁴⁷ SCHERPE, Jens M. The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law. En: Scandinavian Studies in Law Volume 50 - What is Scandinavian Law? - Social Private Law, 2007. Págs. 265-287.

⁴⁸ Esta norma fue modificada en 1975, 1980, 1991, 1993 y 1995.

⁴⁹ En la actualidad se encuentra en trámite una iniciativa legislativa para eliminar la esterilización quirúrgica como requisito para acceder al cambio de sexo.

⁵⁰ Ibíd, SCHERPE, Jens M.. Se advierte que el Tribunal Constitucional Alemán ha considerado que el requisito étareo y de nacionalidad vulnera las garantías constitucionales a la igualdad, la dignidad humana y la libertad individual, consagradas en la Constitución Alemana. "*Bundesverfassungsgericht 16.3.1982 (1 BvR 938/81), BVerfGE 60, 123 ff. And Bundesverfassungsgericht 26.1.1993 (1 BvL 38, 40, 43/92), BVerfGE 88, 87 ff. =Bundesgesetzblatt 1993 I, p. 326.(...) Bundesverfassungsgericht 18.7.2006 (1 BvL 1/04 – 1 BvL 12/04), FamRZ 2006, 1818*".

⁵¹ Se debe aclarar que a mediados del presente año, el Gobierno de Holanda presentó una propuesta legislativa en el sentido de eliminar el requisito de adaptación al género deseado a través de terapias hormonales o de cirugías de reasignación de sexo y la necesidad de probar que el peticionario no tuviera la habilidad de procrear.

⁵² Ley de Reconocimiento de Género, artículos 1 y 2.

solicitante y cualquier otra persona que tuviera tratos comerciales con este⁵³.

En España reguló la “*Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas*” mediante la Ley 3 de 2007. En ella se exige que el solicitante sea “*de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello*”⁵⁴. Adicionalmente, exigió que hubiere sido diagnosticada con disforia de género y tratada médicamente durante al menos dos años para “*acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado*”⁵⁵. Con el fin de garantizar su derecho a la intimidad, la persona puede reclamar el traslado total del folio registral, para lo cual se cancelaría el primer asiento y se elaboraría uno nuevo⁵⁶.

Por último, en Argentina, la Ley 26.743 de 2012 sobre identidad de género consagró la posibilidad de rectificar los datos registrales, siempre que la persona fuera mayor de edad o que lo hiciera a través de sus representantes legales en caso de no serlo. No exigió la realización de intervención quirúrgica de reasignación total o parcial de sexo, ni la acreditación de terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico⁵⁷.

6.1.2. De otra parte también se observa una creciente tendencia a proteger el derecho a la identidad de las personas trans por parte de los tribunales internacionales y de diversos países.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 6 de noviembre de 1980 en la sentencia de Van Oosterwijk contra Bélgica conoció el primer caso relacionado con la rectificación de los datos registrales de una persona trans. En esa oportunidad, el peticionario, que nació con las características físicas y biológicas de una mujer y posteriormente se practicó una intervención de cambio de sexo, solicitó el cambio de su partida de nacimiento. Lo anterior, debido a que las autoridades Belgas se negaron a realizar el cambio, bajo el argumento que el registro inicial no contenía error alguno ya que el sexo inscrito era aquel con el que había nacido.

Para la Comisión Europea de Derechos Humanos, la anterior decisión afectaba el derecho a la identidad de género del solicitante, con fundamento en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵⁸. No obstante, el Tribunal decidió desestimar el caso al considerar que no se habían agotado los recursos del derecho interno antes de acudir a dicha instancia.

⁵³ *Ibíd.*, artículo 22.

⁵⁴ Ley 3 de 2007, artículo 1.

⁵⁵ Ley 3 de 2007, artículo 4.

⁵⁶ Ley 3 de 2007, artículo 1.

⁵⁷ Ley 26.743 de 2012, artículos 3 a 5.

⁵⁸ “*Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”

Posteriormente, en la providencia Rees contra Reino Unido de 17 de octubre de 1986, el mismo tribunal estudió una situación similar. El demandante solicitó la modificación de su registro de nacimiento, puesto que la discrepancia entre el sexo legal y su apariencia le causaba vergüenza y humillación. En esta ocasión, el Tribunal negó que el gobierno hubiera vulnerado los derechos invocados, ya que este cuenta con un margen de discrecionalidad para adoptar mecanismos que protejan los derechos de esta población, atendiendo siempre a un equilibrio entre el interés general y el particular. Así, aunque no estableció deberes específicos en cabeza de los estados parte, sí reconoció la necesidad de implantar medidas que tenga en cuenta a las personas trans.

En el caso de B contra Francia de 24 de enero de 1992, la mencionada corporación analizó el caso de una persona que nació con características biológicas masculinas y se practicó una cirugía de reasignación de sexo, a quien las autoridades francesas le negaron la rectificación de su registro civil en cuanto a su nombre y sexo inscrito. Al respecto, el Tribunal encontró que se había vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar al negarle la modificación.

El citado tribunal adoptó la decisión más importante sobre el tema en la sentencia Christine Goodwin contra Reino Unido, de 11 de julio de 2002. En ella se estudió el caso de una persona que se sometió a una cirugía de cambio de sexo y desarrolla su vida bajo el género femenino, quien expresó que ha sido víctima de acoso laboral y ha enfrentado problemas con las contribuciones a la seguridad social. Específicamente, sostuvo que debía realizar aportes al sistema hasta los 65 años, puesto que en sus documentos figura como hombre. Explicó que las mujeres tienen la obligación de cotizar hasta los 60 años, situación que ha llevado a tener que explicar su situación y a que su nuevo empleador conociera sobre la reasignación de sexo.

El Tribunal Europeo determinó que se habían violado los artículos 8 y 12⁵⁹ de la Convención Europea de Derechos Humanos, al estimar que no se reconocía el cambio de género de la peticionaria, por lo que su situación legal entraba en conflicto con su realidad social. Además, no advirtió que el reconocimiento jurídico de la nueva identidad afectara el interés público, en lo relacionado con la función registral, el derecho de familia y de sucesiones, las relaciones laborales, la seguridad social y la justicia penal. De igual manera, no encontró ninguna justificación a la exclusión de las personas trans del derecho a contraer matrimonio conforme a su nuevo género en todas las circunstancias.

Ahora bien, en lo que se refiere a la jurisprudencia interna, se resalta que hace aproximadamente 50 años, un juez de primera instancia en Suiza⁶⁰ declaró

⁵⁹ “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio. Afirma que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse a partir de la edad núbil.”

⁶⁰ “Neuchâtel, 2.7.1945, *Schweizerische Juristenseitung* 194. 23 = *Journal des Tribunaux* 1946.1.122”. WILL, Michael R. Legal Conditions of Sex Reassignment by Medical Intervention – Situation in Comparative Law. En: *Transsexualism, Medicine and Law: Proceedings of XXIIIrd Colloquy on European Law*, Vrije Universiteit Amsterdam (Netherlands) 14-16 April 1993. Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia, 1995. Págs. 75-101.

que: *“No es sólo el cuerpo el que determina el sexo de una persona, también es su alma”*⁶¹. A partir de dicha providencia, los casos de personas trans han sido resueltos por los jueces municipales, sin que ningún caso haya sido objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales federales⁶².

La Sala Primera del Tribunal Supremo Español profirió sentencia el 2 de julio de 1987 en la que resolvió el recurso de casación interpuesto por *Don A. C. G* dentro del proceso declarativo sobre rectificación de sexo. El demandante manifestó que en su registro civil había sido inscrito bajo el sexo masculino, pero después de intervención de cambio de sexo asumió la identidad femenina, por lo que solicitaba la rectificación de su información. En esa ocasión, sostuvo que la falta de reconocimiento de la nueva identidad del recurrente infringía el artículo 14 de la Constitución⁶³ por cuanto implicaba una discriminación basada en el sexo.

En México, la Suprema Corte de Justicia, en Ejecutoria num. P. LXVIII/2009, resolvió la demanda de amparo de un ciudadano en contra de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quien consideró vulnerados sus derechos con la decisión de rectificar su nombre y sexo en su documento de identidad, manteniendo la anotación de que su sexo original era masculino. Consideró que *“si los documentos de identidad de la persona transexual, entre ellos, el acta de nacimiento, mantienen los datos con los que originalmente fue registrada al nacer, a partir de la asignación del sexo biológico y solamente se realiza una nota marginal de la sentencia que otorgó la rectificación concedida, con la consiguiente publicidad de aquellos datos, es innegable que, como se ha explicado, se vulneran los mencionados derechos fundamentales del quejoso, sin que se advierta razonabilidad alguna para limitarlos de esa manera”*.

Por ello, decidió ordenar la reserva del acta de registro primigenia y añadió que *“no se publicará, ni expedirá, constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial; que el Juez del Registro Civil remitirá oficio a la oficina central y al lugar donde se encuentra la base de datos y que enviará dicha información, en calidad de reservada, a las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, al Instituto Federal Electoral, a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y a la Procuraduría General de la República, para los efectos legales procedentes”*.

De los anteriores casos se desprende que muchos países han optado por proteger de manera especial a las personas trans y su derecho a la identidad sexual, dándole prevalencia al género con el que interactúan socialmente. En algunos casos, la modificación de los registros se ha dado sin que la persona se haya sometido a una cirugía de reasignación de sexo.

⁶¹ *“It is not the body alone which determines a person’s sex, it is also his soul”* (Traducción libre).

⁶² *Ibíd*, WILL, Michael R.

⁶³ *“Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

6.2. El artículo 14 Constitucional consagra que *“toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, mandato que se refiere, para esta Corporación, *“al respeto que el Estado y la sociedad deben guardar en relación con las notas distintivas del carácter de cada persona”*⁶⁴.

La Corte ha sostenido que el derecho a la personalidad jurídica no se circunscribe únicamente a la capacidad de la persona de ser titular de derechos y obligaciones, sino que también contempla la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho.

En la sentencia T-909 de 2001, la Corte señaló que *“(…) dentro del desarrollo del derecho a la personalidad jurídica se reconoce el estado civil de las personas, mediante la expresión de una determinada situación o calidad como la nacionalidad, el sexo, la edad, estado mental, si son hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos, casados o solteros etc. También se relaciona con el reconocimiento de derechos subjetivos tanto públicos como privados, situándose dentro de los primeros los propios de quien es reconocido por la Constitución y la ley como ciudadano, esto es, el derecho político al voto, el ejercicio del derecho de protección jurídica y las correlativas obligaciones concretas para las personas como la de pagar impuestos, cumplir el servicio militar obligatorio etc.”*⁶⁵.

6.3. Por ello, ha entendido que el derecho de cada persona natural a ser reconocida como persona jurídica lleva implícita la garantía de todos los atributos de la personalidad⁶⁶. Dentro de dichos atributos se encuentra el estado civil, definido por el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970 en los siguientes términos: *“El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la Ley”*.

En relación con la anterior norma, la Corte Constitucional, en sentencia T-504 de 1994, sostuvo que *“[t]al texto legal delimita el concepto del estado civil considerándolo como la situación jurídica de la persona en la sociedad, determinada por su identidad objetiva, sus relaciones de familia y por su interrelación con la sociedad. En efecto, el estado civil es la posición jurídica de la persona vista en su doble condición: individuo y elemento social, comportando tanto hechos jurídicos como actos jurídicos”*⁶⁷.

⁶⁴ Sentencia T-1033 de 2008.

⁶⁵ En esa ocasión, este Tribunal estudió el caso de un ciudadano de 31 años que sufría de incapacidad física y mental, y a quien la Registraduría Nacional del Estado Civil le negó la expedición de la cédula de ciudadanía por cuanto era obligatorio que sus fotografías fueran con los ojos abiertos. Como consecuencia de lo anterior, su progenitor adujo la imposibilidad de afiliar a su hijo como beneficiario en el Sistema de Salud, teniendo que costear la totalidad de los gastos médicos.

⁶⁶ Sentencia T-109 de 1995.

⁶⁷ Adicionalmente, en sentencia T-963 de 2001, manifestó que *“el estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad”*.

Ahora bien, el estado civil está conformado, en otros elementos, por el sexo, definido por esta Corporación como *“un componente objetivo del estado civil que individualiza a la persona, pues como hecho jurídico no depende de la apreciación subjetiva de quien lo detenta, sino del carácter objetivo que tiene por ser un hecho de la naturaleza física”*⁶⁸.

En este orden, resulta pertinente considerar los requisitos que la ley establece para efectuar la corrección del registro civil por cambio de sexo. El Decreto 1260 de 1970 consagra en su artículo 90 que *“Sólo podrán solicitar la rectificación o corrección de un registro o suscribir la respectiva escritura pública, las personas a las cuales se refiere éste, por sí o por medio de sus representantes legales o sus herederos”*. En relación con dicha norma, la sentencia T-066 de 2004 indicó:

*“Para esta Corte es claro que la corrección del registro civil de las personas puede realizarse por dos vías, pues puede el responsable del registro proceder a corregirlo él mismo o bien puede ser necesaria la intervención de un juez. Esa distinta competencia obedece a que la corrección del estado civil puede ser realizada a partir de una comprobación declarativa o exigir una comprobación constitutiva; esta última es la excepción, toda vez que corresponde a una valoración de lo indeterminado. Así, cuando el artículo 89 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el artículo 2º del Decreto 999 de 1988, establece que ‘las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados’, debe entenderse que la competencia del juez está restringida a aquellos casos en los cuales sea necesaria una comprobación valorativa, mientras que la competencia del responsable del registro se expande, correlativamente, a todos aquellos casos en los cuales deba determinarse si el registro responde a la realidad; o, en otras palabras, que la competencia del responsable del registro se extiende a aquellos casos en los cuales sea necesario confrontar lo empírico con la inscripción en aras de que la situación jurídica del interesado se ajuste a la realidad fáctica”*⁶⁹.

6.3. Así las cosas, el cambio del registro civil debe darse mediante decisión judicial cuando este altere el estado civil, es decir, cuando la corrección no tenga como objeto ajustar la inscripción a la realidad. En el último caso, la modificación se realizará mediante apertura de uno nuevo folio en el registro o el otorgamiento de escritura pública⁷⁰.

⁶⁸ Sentencia T-504 de 1994.

⁶⁹ En dicha providencia se examinó de una persona a quien la Registraduría Nacional del Estado Civil le canceló la cédula de ciudadanía después de que la Inspección de Policía de San José del Guaviare reportara su muerte, allegando un registro civil de defunción que supuestamente no respondía a la realidad. El actor elevó petición ante dicha entidad, respecto a la cual le comunicaron que era necesario un pronunciamiento judicial en firme que ordenara la alteración del registro civil, por lo que consideró que era insensato exigirle que se desplazara a dicha región y le correspondía al juez de tutela revocar el acto administrativo de cancelación de su documento de identidad.

⁷⁰ Decreto 1260 de 1970. Artículo 91. Modificado por el Decreto 999 de 1988, artículo 4º: *“Una vez realizada la inscripción del estado civil, el funcionario encargado del registro, a solicitud escrita del interesado, corregirá*

Sobre el particular en sentencia T-504 de 1994 se estudió el caso de una persona cuyo registro inicial era de sexo masculino y, posteriormente, se sometió a una cirugía de reasignación de sexo. Por tal motivo solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil la corrección de su documento de identidad, quien se negó a realizar el cambio a través de escritura pública, debido a que era necesario un pronunciamiento judicial que lo ordenara. En esa oportunidad, la Corte Constitucional señaló que una modificación del sexo en el registro civil debe ordenarse por vía judicial en un proceso de jurisdicción voluntaria, por cuanto se requiere hacer una valoración de las pruebas con las cuales sea posible verificar el cambio fisiológico y/o psicológico⁷¹, en los siguientes términos:

“La corrección del registro civil de las personas tiene dos caminos, ya sea a través del funcionario responsable del registro o acudiendo a la justicia ordinaria, como se verá a continuación.

La función registral, en relación con la corrección del estado civil, se encuentra dividida en comprobaciones declarativas como fórmula general y comprobaciones constitutivas excepcionalmente, tomando en cuenta que siempre se presenta una comprobación, mas no una valoración, pues esta última implica la indeterminación de lo examinado.

Así el artículo 89 del Decreto No. 1260 de 1970, modificado por el artículo 2° del Decreto No. 999 de 1988, establece que ‘las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados’. Esta disposición autoriza la alteración de la inscripción, ya sea por sentencia judicial o por disposición de los interesados, sin brindar elementos que distingan claramente la competencia del juez y del funcionario responsable del registro civil respecto de la corrección del estado civil.

La interpretación de la norma anterior, de acuerdo a lo expuesto, llevaría a pensar que el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad..

Es de mérito anotar que el simple cambio de nombre, no significa el

los errores mecanográficos, ortográficos y aquellos que se establezcan con la comparación del documento antecedente o con la sola lectura del folio, mediante la apertura de uno nuevo donde se consignarán los datos correctos. Los folios llevarán notas de recíproca referencia.

Los errores en la inscripción, diferentes a los señalados en el inciso anterior, se corregirán por escritura pública en la que se expresará el otorgante las razones de la corrección y protocolizará los documentos que la fundamenten. Una vez autorizada la escritura, se procederá a la sustitución del folio correspondiente. En el nuevo se consignarán los datos correctos y en los dos se colocarán notas de referencia recíproca.

Las correcciones a que se refiere el presente artículo se efectuarán con el fin de ajustar la inscripción a la realidad y no para alterar el estado civil.”

⁷¹ Especialmente la sentencia T-504 de 1994.

cambio de sexo⁷², debido a que el nombre a pesar de ser un elemento indicativo del sexo, no tiene poder definitivo respecto a este último.

En ese orden de ideas, la competencia de corregir o modificar el estado civil de las personas que requiera una valoración de la situación planteada dada su indeterminación le corresponde al juez.”

Con base en ello, decidió que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para ordenar la modificación del registro pedida, debido a que *“el juez de familia es el funcionario competente para conocer, en primera instancia, de los procesos adelantados para la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, lo que, para el caso en estudio, sería la consecuencia de la demostración plena del cambio del sexo.”*

No obstante, la Sala considera que la corrección del sexo en el registro civil amerita la intervención del juez de tutela cuando las circunstancias específicas de la persona comprometen su derecho fundamental a la identidad. De forma que, le correspondería al funcionario judicial valorar las pruebas que sobre las condiciones médicas presente el accionante con el objeto de determinar si resulta procedente la modificación.

7. Análisis del caso concreto

7.1. En el presente caso *Loreta* manifiesta que la Aliansalud E.P.S. violó sus garantías constitucionales a la dignidad, a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y a la seguridad social, al negar la autorización de la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, requerida para el tratamiento del Síndrome de *Harry Benjamin* que le fue diagnosticado.

Sostiene que requiere la intervención quirúrgica debido a que su vida en relación se ha visto gravemente afectada puesto que su realidad externa no coincide con su personalidad e identidad personal. Por ello, a través de la petición de amparo, solicita que se le ordene a dicha entidad la práctica del procedimiento, así como de *“todo lo que implique la normalización de [su] proceso de feminización, valga decir las cirugías de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser, liposucción y todas aquellas que el médico tratante y otros, llegaren a considerar como necesarias para una óptima transición y vivir una vida digna libre de discriminaciones por el aspecto físico de [su] apariencia”*.

Adicionalmente, pidió que, una vez realizada la cirugía, se modificara la inscripción original de sexo masculino consignado en su registro civil por el femenino, sin quedar antecedente alguno. Lo anterior, con el fin de evitar que la anotación constituya una vergüenza y se convierta en motivo de

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-594 del 15 de diciembre de 1993.

discriminación.

Por su parte, la E.P.S. accionada indicó que no era posible la autorización del mencionado servicio médico debido a que éste no se encontraba en el POS y la integridad personal ni la vida de la paciente se encontraban en riesgo. Adicionalmente, adujo que le había brindado a *Loreta* la atención médica contemplada en el plan de beneficios.

El Ministerio de Salud y Protección Social manifestó que el POS no excluye de forma explícita el tratamiento del Síndrome de *Harry Benjamin* y que, por el contrario, contempla algunas de las actividades o procedimientos que componen la cirugía de reasignación de sexo, como la orquidectomía y la amputación del pene. No obstante, consideró que en el caso bajo estudio, la empresa demandada sólo estaría obligada a garantizar la prestación de la atención psicológica y/o psiquiátrica que la paciente pueda requerir para los trastornos emocionales o mentales que presenta.

De otro lado, la Registraduría Nacional del Estado Civil sostuvo que el registro civil de la accionante era válido y en él constaba la anotación de cambio de nombre realizada por ella. Respecto al cambio de sexo en el registro, expuso que *Loreta* debía adelantar un proceso de jurisdicción voluntaria con ese fin, teniendo en cuenta que resulta necesaria una declaración judicial con el fin de comprobar el hecho que alteró el estado civil de la persona.

Dentro del trámite de la demanda de tutela, los jueces de primera y segunda instancia negaron el amparo solicitado, bajo el argumento de que la accionante no había acreditado la falta de capacidad económica para cubrir el costo del procedimiento quirúrgico y tampoco logró demostrar que existiera una amenaza para su vida e integridad personal si no se practicaba la cirugía.

A continuación se dará respuesta a los interrogantes planteados en el acápite 2 de esta providencia.

7.2. Solicitud relativa a la cirugía de reasignación de sexo y procedimientos complementarios

7.2.1. En primer lugar, la Sala reitera 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.

Por ello, resulta contrario a tales garantías constitucionales mantener a una persona en un sexo que no siente como propio, lo que la ha llevado a adecuar su realidad externa a su identidad, ya sea en sus hábitos, vestimenta e, incluso, recurriendo a tratamientos hormonales que le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que sí vive como propio, en los distintos ámbitos de su vida social y privada. Lo anterior, debido a que, sólo a partir del respeto a su identidad sexual es que podrá realizar su propio proyecto vital que, en forma autónoma, tiene derecho de decidir.

En este punto, resulta necesario resaltar que el derecho a la salud no se limita a la salud física de la persona, es decir, a que no padezca una enfermedad física, sino que va más allá, a fin de comprender también su salud mental sexual, porque sólo de esta forma la persona obtiene un estado de bienestar general.

A continuación, la Sala determinará la naturaleza de los servicios médicos negados por la E.P.S. accionada, con el fin de establecer si la entidad se encontraba en la obligación de suministrarlos.

7.2.2. En relación con la intervención de reasignación de sexo, que comprende la realización de *“penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia”*, como se señaló, se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Precisamente, en los formularios de solicitud de servicios que el médico tratante remitió a la empresa accionada, éste indicó que los procedimientos anteriores se encontraban bajos los códigos CUPS 706102, 623000 y 643200⁷³.

Se debe hacer especial énfasis en el hecho de que el galeno que conoce su historia clínica, su evolución médica y el tratamiento al que debe ser sometido, fue quien recomendó la realización de los procedimientos, al observar que existía una incompatibilidad entre su cuerpo y su identidad. El criterio médico resulta determinante al momento de establecer la necesidad de la cirugía, así como la posibilidad de enfrentar los riesgos y cambios que ella conlleva.

En ese sentido, se observa que el especialista en Ginecología y Endocrinología tratante sostuvo que *Loreta “es una paciente con Síndrome de Harry Benjamin o trastorno de la identidad de género, cerebro femenino y cuerpo masculino, por lo que se le han realizado una serie de procedimientos con el fin de ajustar el cuerpo al cerebro, entre ellos, la terapia hormonal cruzada que yo le administro, con el fin de resaltar los caracteres sexuales secundarios del sexo femenino. El Síndrome de Harry Benjamin en esta paciente no tiene otro tratamiento diferente al de realizar tratamiento hormonal con el fin de inducir y mantener los caracteres sexuales femeninos y los procedimientos quirúrgicos necesarios para producir una apariencia femenina real (...)”*. Además, estableció que *“Los pacientes con trastorno de identidad de género requieren una aproximación al sexo deseado, en este caso, el femenino, por lo que los procedimientos efectuados entre ellos la*

⁷³ Folios 22 a 29 del cuaderno 1.

terapia hormonal, van en el sentido de propender por una vida digna de la paciente, que se logra, cuando hay consonancia entre el cerebro y el cuerpo”⁷⁴.

También es necesario aclarar que de ninguna manera la Corte considera que el transgenerismo constituye una enfermedad o una categoría psiquiátrica, o que se requiera el diagnóstico de disforia de género para acceder a los servicios de salud relacionados con su identidad. Por el contrario, se reitera que el tránsito del género asignado socialmente a otro género puede impedirle vivir en un estado de bienestar general. Adicionalmente, el impacto social que le puede generar la no realización de la reasignación de sexo podría acarrear consecuencias de índole mental, física y emocional.

En este sentido, era deber de la entidad suministrar los procedimientos o justificar las razones por la cual consideraba que estaba excluido del POS. Al limitarse a señalar que la vida y la integridad de la peticionaria no estaba en riesgo vulneró su derecho a la salud ya que impuso una barrera administrativa para su acceso a la atención médica que requiere con necesidad.

Así las cosas, se tiene que la parte accionada debió acceder y tramitar la prestación de esos servicios desde el momento en que fueron solicitados ante sus instalaciones, toda vez que aquellos hacen parte del catálogo de beneficios a que tiene derecho todo afiliado al sistema general de seguridad social en salud. Entonces, se observa que *Loreta* solicitó dicha intervención el 11 de marzo de 2011 y el 2 de enero del año en curso, obteniendo respuestas negativas debido a que supuestamente no estaban contempladas en el plan de beneficios.

Tal decisión merece mayor reproche al verificar que se trataba de una persona que venía adelantando un tratamiento hormonal desde hacía varios años y que su médico tratante recomendó dicho plan de manejo, circunstancia que permite presumir que ha adelantado varias etapas cuyo resultado no ha sido satisfactorio y que resulta necesaria la intervención quirúrgica.

En cuanto a la capacidad económica de la demandante, la Sala encuentra que en el trámite de amparo ella manifestó que no contaba con los recursos para costear los mencionados procedimientos, sin que la E.P.S. accionada se manifestara sobre este aspecto o que aportara prueba en contrario. Por esta razón, se dará aplicación de la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991⁷⁵ en el sentido de que se presume cierto lo señalado por la peticionaria⁷⁶. En todo caso se aclara que no era necesario acreditar la incapacidad económica debido a que los citados procedimientos hacen parte del plan de beneficios de salud.

⁷⁴ Folios 6 y 7 del cuaderno de revisión.

⁷⁵ “ARTICULO 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

⁷⁶ Ver, entre otras, sentencias T-646 de 2008, T-601 de 2009, T-517 de 2010 y T-214 de 2011.

Por consiguiente, se ordenará a la E.P.S. la práctica de la cirugía de reasignación de sexo, respecto a la cual la empresa deberá prestar los servicios requeridos de manera integral, es decir, deberá suministrar todos los elementos, procedimientos y el acompañamiento que garanticen que la transición de género sea exitosa.

7.2.3. Ahora bien, respecto a los procedimientos de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser y liposucción que la accionante solicitó en el escrito de tutela, la Sala encuentra que de los hechos narrados por la accionante, así como de los medios probatorios aportados al expediente, no se evidencia que la actora haya acudido a la entidad accionada con el fin de adelantar el procedimiento necesario para que dichos servicios fueran autorizados, en caso de tener fundamento en sólidas razones de salud y no meramente estéticas.

Por ello, la Corte ordenará que la accionante sea evaluada y calificada por el personal médico de la E.P.S. y, consecuentemente, les sean suministrados los tratamientos clínicos idóneos e irremplazables para atender sus condiciones médicas. Se advertirá que el concepto emitido por Aliansalud E.P.S. deberá estar fundamentado en criterios médico-científicos y en ningún caso en argumentos de tipo administrativo.

7.3. Solicitud relativa al cambio de sexo en el registro civil

En relación con esta pretensión, la Corte observa que tratándose de una persona trans, quien a través de tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos ha logrado la reasignación del sexo que vive como propio, no sería suficiente alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su identidad y, por ende, un estado de bienestar integral, si no pudiera también adecuar su sexo legal a aquel con el que se identifica y no al biológico con el que se hizo el registro inicial.

Aunque, como se mencionó, en principio el cambio de sexo en el registro civil requiere adelantar un proceso ante la jurisdicción ordinaria, en este caso particular la Sala advierte que en el caso bajo estudio este no resulta idóneo y eficaz debido a que, como se evidencia en el expediente, *Loreta* ha recorrido un largo camino con el fin de lograr vivir con la identidad que le es propia. Precisamente, ha recibido una terapia hormonal desde hace más de 3 años y ha solicitado a la E.P.S. a la que está afiliada la práctica de la cirugía de reasignación de sexo en varias ocasiones. Además, la prolongada reclamación ante la empresa demandada se ve agravada por la imposibilidad de acceder a un empleo digno por la falta de coherencia entre sus documentos y su apariencia.

Por ello, esta Corporación, en tanto que garante de los derechos fundamentales, considera que este tipo de mecanismos judiciales pueden constituir barreras en el goce efectivo de los derechos de las personas, puesto que si la identidad sexual es inherente a la autodeterminación y al libre desarrollo de la persona, en ejercicio de esos mismos preceptos el individuo

puede solicitar al juez de tutela que realice el cambio de este atributo de su estado civil, siempre que cuente con las pruebas médicas o psicológicas que sustenten su petición.

En este punto, la Corte observa que se requiere adoptar medidas positivas que aseguren los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la accionante. Por ello, resulta inminente favorecer el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual de *Loreta* con la correspondiente protección de reserva del registro primigenio.

Lo anterior tiene como fundamento el hecho de que el simple cambio de los documentos de identidad y la adecuación del nombre no permiten vivir a las personas trans de acuerdo con la identidad que les es propia, en tanto sufren continuas humillaciones en el trato que reciben como consecuencia de haberse sometido a una intervención de reasignación de sexo, sin poder obtener todos los derechos del género adoptado.

De este modo, se encuentra que no es suficiente para garantizar un estado de bienestar general que la adecuación de sexo se limite a la anotación marginal en el registro civil, puesto que *Loreta*, en algunas actividades, se verá obligada a mostrar un documento que contiene sus datos anteriores, revelando su condición de persona trans. Como consecuencia de ello, persistirían circunstancias tortuosas en su diario vivir, que terminarían por afectar su estado emocional o mental y que implicarían una indebida injerencia en su intimidad y vida privada, que, a su vez, propiciaría eventuales actos discriminatorios en aspectos laborales o sociales.

Ahora bien, es cierto que la reasignación sexual genera diversos efectos en el ámbito de la persona como ser social y en sus relaciones con los demás. De esta forma, es lógico que se presenten consecuencias frente a terceros y respecto del orden público. Sin embargo, la protección de estos no puede implicar el sacrificio o el riesgo de lesión de los derechos fundamentales de la actora que después de someterse a la intervención de reasignación, tendrá que vivir con la zozobra de que su sexo inicial sea descubierto.

La Sala advierte que solo existirá plena correspondencia entre su documentación y su aspecto si se ordena la expedición de un nuevo registro, así como con la protección de esa información respecto de terceros, quedando reservada la información anterior que constará en anotación en el acta original. Se aclara que lo anterior no conlleva que su historia pasada se borre o desaparezca, por lo que todos aquellos actos que ella realizó con su identidad anterior, seguirán produciendo efectos jurídicos.

Por consiguiente, se ordenará a la Registraduría Nacional del Estado Civil la expedición de un nuevo registro civil, con el mismo número de identificación, en el que conste como sexo femenino. Así mismo, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la reserva del primer registro que solo podrá ser consultado por la actora, por orden judicial que disponga su publicidad en un caso concreto, o por parte de las autoridades públicas que lo requieran para el

ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, se revocarán las decisiones de instancia y, en su lugar, se concederá el amparo solicitado.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR 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, **CONCEDER** el amparo invocado.

Segundo. ORDENAR a Aliansalud E.P.S. que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, programe y fije fecha para la práctica de la intervención de reasignación de sexo requerida por *Loreta*, quien deberá contar con una atención integral, oportuna, eficaz y de calidad, en lo que le sea prescrito por el médico tratante con el fin de lograr el éxito del procedimiento quirúrgico.

En todo caso se advierte que, salvo prescripción médica, este proceso no podrá superar el término de treinta días calendario.

Tercero. ORDENAR a Aliansalud E.P.S. que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, convoque una junta médica, la cual deberá valorar los procedimientos de feminización de la voz, feminización facial, depilación láser y liposucción, con el fin de determinar su idoneidad, con fundamento en sólidas razones de salud y no meramente estéticas.

Cuarto. ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el término de diez (10) días hábiles a partir de la presentación de certificación médica en la que conste la práctica de la cirugía de reasignación de sexo, proceda a emitir nuevo registro civil, con el mismo número de identificación, en el que conste como sexo femenino. Así mismo, deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la reserva del primer registro, que solo podrá ser consultado por la actora, por orden judicial que disponga su publicidad en un caso concreto, o por parte de las autoridades públicas que lo requieran para el ejercicio de sus funciones.

Quinto. ADVERTIR que el cambio de sexo en el registro no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieren corresponder a la actora con anterioridad a la expedición del nuevo registro, por lo que la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá adoptar las medidas a que

hubiere lugar.

Sexto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
A LA SENTENCIA T-918/12**

Ref: Expediente T-3.545.998

M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

Con el habitual respeto por las decisiones de la Sala de Revisión y por los doctores Jorge Iván Palacio Palacio (ponente) y Nilson Pinilla Pinilla, me permito salvar el voto respecto a la Sentencia T – 918 de 2012, pues respeto la identidad sexual y los derechos de la población transgenerista, pero considero que solicitar procedimientos para el cambio de sexo a través de una acción de tutela sin que estén en peligro la vida ni la salud del accionante constituye un abuso al sistema de seguridad social.

Dentro del expediente no se encuentra demostrado que el cambio de sexo de Loreta sea indispensable para garantizar su vida, su integridad o su salud, por cuanto señalar que la simple condición de transgenerista es una enfermedad resultaría completamente inconstitucional y desconocería que la “American Psychiatric Association” excluyó del “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders -DSM”, la consideración de esta orientación como un trastorno mental.

En este sentido, los criterios para el reconocimiento del derecho a la salud de una persona transgenerista son exactamente iguales a los de cualquier individuo con otra orientación sexual y por ello es necesario que en el caso concreto se demuestre que se está afectando la salud del paciente y que el procedimiento no tiene un carácter netamente estético, pues de lo contrario se estaría simplemente abusando del sistema de seguridad social en salud que se encuentra pasando por una de las crisis más grandes de los últimos tiempos.

Esta profunda situación de crisis ha llevado a que el Gobierno Nacional haya presentado una reforma estructural que busca mejorar la disponibilidad y la calidad de la salud en Colombia, por lo cual sería completamente incoherente que al mismo tiempo la Corte Constitucional adopte decisiones inequitativas en las cuales permita que el sistema se utilice para eventos en los cuales no está en riesgo la salud ni la vida del paciente, mientras decenas de hospitales públicos están en la quiebra y miles de niños ni siquiera pueden acceder a los servicios más básicos de salud.

En este sentido, individualmente considerados, los procedimientos ordenados o que deben ser valorados por la junta médica según la sentencia, tales como la depilación láser, la liposucción laser, la cirugía laser y la feminización facial pueden ser tratamientos estéticos, por lo cual su aplicación dentro del sistema de seguridad social en salud debe estar sustentada en una afectación real de este derecho, lo cual nunca se demostró en el proceso.

Si la Corte Constitucional ha negado la realización de procedimientos en

situaciones en las cuales no se presenta una afectación directa del derecho a la salud, tal como ha sucedido con cirugías reconstructivas mamarias⁷⁷, cirugías de los ojos⁷⁸, servicios de odontología⁷⁹ y by pass gástrico por obesidad mórbida⁸⁰, no se justifica que estas reglas no se apliquen a un sector de la población por el simple hecho de tener una orientación sexual transgenerista.

Por lo anterior, considero que ordenar la realización o la valoración por la junta médica de semejante cantidad de procedimientos como vaginoplastia con intestino, genitoplastia feminizante, feminización facial, depilación láser y liposucción laser, sin que exista una afectación real de la salud de Loreta, afecta gravemente la equidad en el sistema de seguridad social en salud, tal como pasaré a explicar a continuación.

1. La condición de trans no es una enfermedad ni afecta el derecho a la salud, por lo cual tener esta identidad sexual no justifica que se utilice el sistema de seguridad social para solicitar el cambio de sexo

1.1. Tal y como señala la propia sentencia, la condición de transgenerista es un desarrollo de la identidad sexual y se deriva del libre desarrollo de la personalidad, la cual respeto, por lo cual de ninguna manera puede considerarse como una enfermedad o como una discapacidad. Por lo anterior, es claro que la identidad sexual del actor no es una patología, a lo cual cabe agregar que recientemente la “American Psychiatric Association” excluyó del “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders -DSM”, el transgenerismo como un trastorno mental.

1.2. De esta manera, la condición de trans no afecta el derecho a la salud, por lo cual ésta no podría justificar de manera automática que se realicen cirugías para superarla.

1.3. La decisión de ordenar las intervenciones para el cambio de sexo se justifican exclusivamente en la calidad de trans de Loreta, lo cual parece inconsecuente, pues si no se considera que esta condición sea una enfermedad, tampoco se podría ordenar una intervención quirúrgica para modificarla.

1.4. En este sentido, tal como lo señala la decisión de segunda instancia, dentro del proceso no se encuentra demostrado que el procedimiento de reasignación de sexo sea indispensable para garantizar la vida, la integridad y la salud de Loreta.

2. Ordenar las intervenciones solicitadas por Loreta afectaría gravemente la equidad del sistema de seguridad social en salud

⁷⁷ T-749 de 2001

⁷⁸ T-1036 de 2000

⁷⁹ T-343 de 2003

⁸⁰ T-1078 de 2007

- 2.1.** El sistema de seguridad social en salud en Colombia no ha logrado una cobertura universal y padece problemas estructurales en accesibilidad, calidad, disponibilidad, mortalidad materna, mortalidad infantil, morbilidad y tratamiento de enfermedades catastróficas como el SIDA, el cáncer y la tuberculosis; por lo cual, la autorización de intervenciones en las cuales no esté en riesgo la vida ni la salud del paciente desconoce profundamente la equidad y la sostenibilidad del sistema.
- 2.2.** El Estado no puede autorizar en cualquier caso la realización de intervenciones que no estén fundadas en una enfermedad, sino en la afectación de la autoestima del paciente. En este sentido, existen eventos en los cuales determinadas condiciones físicas pueden afectar la autoestima o el bienestar social de las personas, las cuales no necesariamente deben conducir a la práctica de cirugías para solucionarlas, pues es necesario analizar el grado de afectación psicológica del paciente y si éste tiene recursos para pagarlas.
- 2.3.** En el caso de Loreta la ponencia está ordenando la realización o evaluación de procedimientos de vaginoplastia con intestino, genitoplastia feminizante, feminización facial, depilación láser y liposucción, gran cantidad de procedimientos a los cuales Loreta puede acceder libremente, pagándolos con sus propios recursos y no financiarlos por un sistema de seguridad social en salud que en estos momentos ni siquiera tiene recursos suficientes para el tratamiento de todas las personas gravemente enfermas en nuestro país.
- 3. Imposibilidad de modificar el registro civil por cambio de sexo a través de una acción de tutela**
- 3.1.** La modificación del sexo en el registro civil no es una competencia del juez constitucional sino de los jueces de familia, tal como lo señaló la sentencia T 504 de 1994

“En ese orden de ideas, la competencia de corregir o modificar el estado civil de las personas que requiera una valoración de la situación planteada dada su indeterminación le corresponde al juez.

El Decreto No. 2272 de 1989, en el artículo 5º, preceptúa:

*Artículo 5º. **Competencia.** Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:*

(...)

En primera instancia

(...)

18. De la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, cuando se requiera intervención judicial.

(...)

En conclusión, el juez de familia es el funcionario competente para conocer, en primera instancia, de los procesos

adelantados para la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, lo que, para el caso en estudio, sería la consecuencia de la demostración plena del cambio del sexo”.

- 3.2. La propia sentencia cita este fallo, apartándose del mismo para señalar que en algunos casos el juez de tutela puede modificar el sexo en el registro civil, sin embargo, no justifica esta modificación de la jurisprudencia.
- 3.3. El registro civil contiene información de carácter público en la cual no solamente tiene interés la persona, sino toda la comunidad, por lo cual no puede un juez de tutela modificarla en un caso particular, sino que esta facultad es de competencia exclusiva de los jueces ordinarios, razón por la cual tampoco estoy de acuerdo con la orden de cambiar el sexo de Loreta en el Registro Civil.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado