

GARANTÍA AL ACCESO DE TRATAMIENTOS DE REAFIRMACIÓN
SEXUAL PARA PERSONAS TRANSGÉNERO - UN DERECHO EN
ARMONÍA CON LA NORMA Y LA JURISPRUDENCIA

STEFANÍA GONZÁLEZ SALAMANCA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
2021

GARANTÍA AL ACCESO DE TRATAMIENTOS DE REAFIRMACIÓN
SEXUAL PARA PERSONAS TRANSGÉNERO - UN DERECHO EN
ARMONÍA CON LA NORMA Y LA JURISPRUDENCIA

STEFANÍA GONZÁLEZ SALAMANCA

TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

ASESOR DE MONOGRAFÍA:

ANDRÉS RICARDO MORENO SANGUINO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2021

NOTA DE ACEPTACIÓN.

Asesor de Monografía
Dr. ANDRÉS RICARDO MORENO SANGUINO

Jurado 1

Jurado 2

Fecha, septiembre de 2021

RESUMEN

Mientras que en los últimos años se han desarrollado importantes avances en el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero, principalmente a través de jurisprudencia, en materia de seguridad social en salud la realidad evidencia la ausencia de protocolos por parte de entidades prestadoras del servicio (EPS), para la realización de procedimientos acordes a las necesidades médicas de la población transgénero, particularmente respecto al acceso a tratamientos de reafirmación sexual.

Por tanto, con el fin de analizar esta problemática, en primer lugar se realiza el recuento histórico de la lucha social y jurídica de la población LGBTI por la reivindicación de sus derechos en Colombia, desde la época pre- colonial hasta la actualidad; paso seguido se realiza el análisis, desde una perspectiva jurídica, del avance en materia jurisprudencial para garantizar la protección efectiva del Derecho a la Salud de las personas transgénero, en específico las sentencias emitidas en el periodo comprendido de 2012 a 2021.

Finalmente se establecen una serie de lineamientos específicos que, en consonancia con la norma y la jurisprudencia, sienten las bases para diseñar un manual de procedimiento estándar que permita que las entidades prestadoras de salud garanticen el acceso a la salud de las personas transgénero en Colombia.

La investigación es de tipo cualitativa documental, a partir del rastreo, categorización y análisis de normativa, jurisprudencia y literatura científica aplicable al caso; teóricamente se fundamenta en las posturas de las

autoras Beatriz Paul Preciado y Judith Butler. La jurisprudencia se identificó mediante el aplicativo oficial de consulta de la Corte Constitucional.

Palabras Clave: Personas Transgénero, derecho a la salud, Corte Constitucional, reafirmación sexual, manual de procedimiento.

ABSTRACT

While in recent years important advances have been made in the recognition of the rights of transgender people, mainly through jurisprudence, in terms of social security in health, the reality shows the absence of protocols by entities that provide the service, for the performance of procedures according to the medical needs of the transgender population, particularly regarding access to sexual reaffirmation treatments.

Therefore, in order to analyze this problem, in the first place the historical account of the social and legal struggle of the LGBTI population for the vindication of their rights in Colombia, from pre-colonial times to the present, is carried out; The next step is the analysis, from a legal perspective, of the progress in jurisprudential matters to guarantee the effective protection of the Right to Health of transgender people, specifically the sentences issued in the period from 2012 to 2021.

Finally, a series of specific guidelines are established that, in accordance with the norm and jurisprudence, lay the foundations for designing a standard procedure manual that allows health providers to guarantee access to health for transgender people in Colombia.

The research is of a qualitative documentary type, based on the tracking, categorization and analysis of regulations, jurisprudence and scientific literature applicable to the case; Theoretically, it is based on the positions of the authors Beatriz Paul Preciado and Judith Butler. The jurisprudence was

identified through the official consultation application of the Constitutional Court.

Key Words: Transgender People, right to health, Constitutional Court, sexual reaffirmation process, health procedure manual.

TABLA DE CONTENIDO

	P.
1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA	8
1.1 Descripción del problema	8
1.2 Formulación del problema	11
1.2 Justificación del problema	11
1.4 OBJETIVOS:	13
1.4.1. Objetivo general:	14
1.4.2 Objetivos específicos	14
2 MARCOS DE REFERENCIA	14
2.2 Marco Histórico:	17
2.3 Marco Legal	20
2.4 Marco institucional	31
2.4 Marco demográfico	32
3. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	48
4. TRATAMIENTO DE VARIABLES Y RESULTADOS ESPERADOS	50
5. MARCO METODOLÓGICO	52
CAPÍTULO 1. SER TRANSGÉNERO EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA LUCHA HISTÓRICA	55

Persecución institucional: 1980 A 1990	57
Visibilización parcial: 1991 a la actualidad:	59
CAPÍTULO 2. RECUENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO DE LA POBLACIÓN TRANSGÉNERO A PROCEDIMIENTOS DE REAFIRMACIÓN SEXUAL	61
2.1. Marco normativo mediante el cual se regulan procedimientos de reafirmación sexual, para la población transgénero.	61
2.1.1. Proceso de unificación del Plan Obligatorio de Servicios en Salud	62
2.1.2. Ley 1751 de 2015	63
2.1.3 Resolución 6408 de 2016	63
2.2. Análisis del Precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional	64
2.3. Técnicas ilegítimas de interpretación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y normativo, en materia de seguridad social en salud para personas transgénero en lo atinente a procesos de reafirmación sexual.	86
CAPÍTULO 3. LINEAMIENTOS PARA ESTABLECER UN MANUAL DE PROCEDIMIENTO EN EL CUAL SE GARANTÍCE EL ACCESO A TRATAMIENTOS DE REAFIRMACIÓN SEXUAL CONFORME AL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	89
3.1.El transgenerismo no es una enfermedad: Por lo cual la prestación del servicio no debe sujetarse a una patología que afecte la vida.	90
3.3. Tratamientos no cubiertos por el POS	93

6. ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN	95
7. CONCLUSIONES	97
8. BIBLIOGRAFÍA	100
3.1 Referencias documentales:	100
3.2 Referencias Legales:	102
3.3. Referencias Jurisprudenciales:	103
3.4 Referencias electrónicas	104

1 UBICACIÓN DEL PROBLEMA

1.1 Descripción del problema

Desde el punto de vista sociológico, la transexualidad puede ser definida, según Rubio (2009, p. 1), como la condición en la que una persona con una diferenciación sexual somática, aparentemente normal, tiene la convicción de que él o ella es, en realidad, un miembro del sexo opuesto; por tanto, una persona es transexual solo porque su identidad de género no coincide con su anatomía corporal y vive socialmente conforme a su género.

Desde este punto de vista, la sexualidad no puede ser reducida a un fenómeno biológico, sino que es, ante todo una construcción social, una tecnología Butler (1998); de ahí que se postule que sólo al trascender la dicotomía entre sexo y género resulta posible articular un discurso y una acción política que rompa con la labor normalizadora y mutiladora de la diferencia sexual Butler (2000). En términos de Viveros (2009), se trata de desarrollar un análisis y una práctica basados en el principio de que los sistemas de opresión racial, sexual, heterosexual y de clase estaban interrelacionados de tal forma que era difícil distinguirlos en la experiencia concreta de las mujeres racializadas, de lo cual surge la necesidad de

construir un espacio político de alianzas y luchas comunes en relación con las complejas intersecciones constitutivas de las relaciones de subordinación a las que se enfrentan las mujeres concretas, respondiendo no solo a la dominación de género y de clase, sino también al racismo y al heterosexismo.

La deconstrucción del discurso opresor y heteronormado, permite establecer una distinción entre la identidad sexual, el género e identidad de género; distinción que resulta relevante para las personas transexuales, pero que se surge de un proceso evolutivo del término, que permite “entrever las carencias e incoherencias que muchos autores y autoras anteriores, arraigados a la psiquiatría, establecían con respecto a la transexualidad”. (Rosquete, 2015, p. 6). A pesar de esto, se ha llegado a considerar que se trata de un proceso donde una persona que no identifica el sexo biológico con el género que asume en su vida social, por lo que busca alcanzar una coherencia entre su sexo y su género (Peña, 2011). Para autoras como Judith Butler (2007), el género no es una simple elaboración cultural de un dato dado, sino más bien el medio discursivo y cultural que produce el hecho del que aparenta resultar, textualmente indica el género produce sexo (Butler, 2007, pp.55-56).

Ahora bien, la constatación de que la población transgénero ha sido excluida de espacios académicos, laborales y de salud y seguridad social, permite orientar el eje de la presente investigación, el cual se hace patente a través de la norma. De acuerdo al informe del Centro de Memoria Histórica (CMH) Aniquilar la diferencia (2015), en 1890 aparece por primera vez en la legislación colombiana la figura de la homosexualidad; en el artículo 419 del Código Penal de 1890 (CP-1890) donde se penalizaba "el abuso homosexual", pese a lo cual no se registran sanciones de esa índole. Posteriormente, en el Código Penal de 1936 (CP-1936), se tipifica el acceso

carnal homosexual, a la vez que se conocen casos de abusos por parte de la institución policial, legitimados por el discurso homofóbico del momento.

Este discurso, a su vez, permea la expedición y la interpretación de normas como el Decreto 522 de 1971, mediante el cual se restableció la vigencia de algunos artículos derogados por el Decreto 1118 de 1970 y se fijó la orientación a criminalizar en firme la consumación de actos homoeróticos, aun cuando mediara la voluntad de las partes.

De ahí que, hacia el año 1980 se visibilicen las protestas por parte de la población LGBTI en procura de la protección de sus derechos, lideradas por León Zuleta, considerado el primer activista LGBT en Colombia, y de clara influencia marxista; fue el promotor de la primera marcha gay en el país, llevada a cabo en 1982, en compañía de Manuel Antonio Velandia Mora y 32 homosexuales más, que tuvo su epicentro en la ciudad de Bogotá. El símbolo portado por los asistentes a la concentración era el triángulo rosado y el número de la cédula en la mejilla de cada quien, como recuerdo de lo sucedido a los homosexuales en la Alemania nazi (Colectivo León Zuleta, 2016).

Con el reconocimiento de los derechos a la dignidad humana, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, y libertad sexual la Constitución Política de 1991 (CPC-1991) entre otros, se abre la posibilidad para que jurisprudencialmente se dieran avances sobre este tema, si bien esto sucede hasta el año de 1998, con una acción de tutela. A su vez, en el año 2000 el Código Penal (CP-2000) agregó un tipo penal que agrava el homicidio por razón de la condición sexual, lo cual evidencia un avance significativo que, en principio emerge de la Constitución, luego se desarrolla por medio de la jurisprudencia y se ratifica en la normativa actual.

A pesar de esto, frente a las garantías en seguridad social, si bien paulatinamente se ha ido incluyendo a la población LGBTI y, específicamente, a la población transgénero, la jurisprudencia de la Corte

Constitucional (CC) en materia de salud revela que la realidad material no guarda armonía con la normativa vigente, puesto que son múltiples las barreras a las que se enfrentan a la hora de solicitar en las entidades prestadoras del servicio de salud procedimientos de reasignación de sexo, por lo cual del análisis profundo de las causas de esta problemática se busca establecer los lineamientos necesarios que permitan configurar un marco teórico, jurídico y procedimental para una adecuada atención integral a la población transgénero.

1.2 Formulación del problema

¿Cómo armonizar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional del periodo comprendido entre el 2012 y el 2021, en materia de protección del derecho a la salud de la población transgénero, con los trámites y protocolos de atención de las entidades prestadoras de servicios de salud en lo relativo a los tratamientos de reafirmación de sexo?

1.2 Justificación del problema

La Corte Constitucional en sentencia T-876 de 2012, que se refiere a los derechos a la identidad sexual y a la salud, ordenó una cirugía de reasignación de sexo en consideración a que la falta de correspondencia entre la identidad asumida por las accionantes y su fisionomía podría conllevar una vulneración de su dignidad, porque no les era posible vivir de una manera acorde a su proyecto de vida; por tanto, el Alto Tribunal ordenó la práctica de mamoplastia de aumento como parte del proceso de reafirmación sexual, considerando que esta es la forma como las mujeres transgénero construyen su propio concepto de feminidad.

Lo anterior, pone de manifiesto que un procedimiento de reafirmación sexual, como en este caso la mamoplastia, va más allá de la cuestión estética, sino que tiene serias implicaciones para la calidad de vida de las

personas transgénero, desde el punto de vista de la salud física y mental; a pesar de esto, en sentencias posteriores la Corte Constitucional advierte que:

“No existen criterios claros ni unificados que determinar cuál es el trámite que debe surtirse ante el sistema de salud para recibir los tratamientos necesarios para las transformaciones corporales. Las Empresas Prestadoras de Salud no cuentan con procedimientos internos estandarizados sobre dicho trámite, y por el contrario, se niegan a prestar el servicio argumentando que son ‘procedimientos estéticos’ que “no están contemplados en el POS” (CC, Sent. T-771 de 2013).

Por otra parte, se observa que respecto a los procedimientos convencionales de reafirmación de sexo, si bien estos se encuentran contemplados dentro del Plan obligatorio de salud, de ahora en adelante POS, las personas ‘trans’ deben acudir a instancias judiciales, donde se encuentran con una tendencia de los operadores judiciales a desconocer el precedente jurisprudencial y la norma que prevé dichos procedimientos, por medio de citas retóricas en las que se argumenta, que al no involucrar un área “funcional”, al “no estar contemplados en el POS” o al “no ser una amenaza para la vida”, dichos procedimientos deberán asumirse por el interesado.

Ahora bien, es necesario aclarar que los procedimientos de reafirmación sexual normativamente están reconocidos de manera expresa dentro del POS -el cual es aplicable tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado- (C.C. Sent. T552 de 2013), además de ser reafirmado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha mantenido una línea uniforme respecto a los criterios para amparar los derechos de las personas ‘trans’.

La inconsistencia entre la norma y la realidad devela la necesidad de armonizar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia del reconocimiento del efectivo derecho a la Seguridad Social en Salud para las personas transgénero, a la luz de las disposiciones normativas vigentes, lo cual es posible si se consolidan dichas disposiciones en un manual de procedimiento unificado para que las entidades prestadoras del servicio de salud lo apliquen de manera estricta, en procura de evitar las barreras de acceso injustificadas, los tratos discriminatorios, y otras situaciones que han tenido que enfrentar al solicitar algún procedimiento de reafirmación sexual.

Analizar y hacer patentes las garantías que en materia de seguridad social han ido adquiriendo paulatinamente la población LGBTI, y para el caso que nos atañe la población Transgénero, conlleva un fuerte impacto social y jurídico para todos los agentes involucrados directa e indirectamente, puesto que ofrece un piso jurídico sólido y coherente para estas garantías, soportadas en el marco de la Constitución de 1991, a la vez que supone un avance en la reivindicación del papel de las minorías en la sociedad.

La investigación adquiere pertinencia en la medida que analiza un vacío jurídico en términos de ausencia de protocolos que permitan el acceso efectivo y la protección de derechos fundamentales de la población transgénero, y señala unos criterios mínimos para armonizar y consolidar los presupuestos normativos y jurisprudenciales existentes en la actualidad.

1.4 OBJETIVOS:

1.4.1. Objetivo general:

Determinar los lineamientos legales y jurídicos relevantes y necesarios que fundamenten un manual de procedimiento que garantice el acceso a tratamientos de reafirmación sexual por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud, correlacionando el análisis del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional del período 2012 al 2021, con la necesidad de protección del derecho a la salud de las personas transgénero.

1.4.2 Objetivos específicos

- Describir cómo ha surgido y evolucionado el fenómeno de visibilización y reconocimiento parcial de los derechos de la población transgénero a través del Derecho Colombiano.
- Analizar el avance en materia jurisprudencial del Derecho a la Salud de las personas transgénero.
- Establecer los lineamientos específicos que, en consonancia con la norma y la jurisprudencia, deben abarcarse para diseñar un manual de procedimiento que permita garantizar el acceso a la salud de las personas transgénero.

2 MARCOS DE REFERENCIA

2.1 Marco Conceptual:

El término transexualidad fue acuñado por John Money en su obra Desarrollo de la sexualidad humana, quien lo definió como “un problema de identidad de género en el que una persona manifiesta con convicción persistente y constante el deseo de vivir como miembro del sexo opuesto y

progresivamente enfoca sus pasos hacia una vida completa en el rol del sexo opuesto” (Money, 1982, p. 25); más adelante, Mazuelos (1999) señaló que:

“El transexualismo es un síndrome psiquiátrico que se manifiesta con un permanente conflicto entre el sexo corpóreo, normalmente desarrollado, y el sexo psíquico. La identificación con el otro sexo, no es únicamente el deseo de obtener las ventajas relacionadas con las costumbres culturales, sino que existe también un malestar, pues en cuanto a su anatomía se considera una mujer atrapada en el cuerpo de un hombre. El transexual no sufre por su identidad sexual, ya que tiene la absoluta convicción de ser una mujer a pesar del cuerpo femenino” (Mazuelos, 1999, p.35).

Otra de las definiciones sobre este término que podemos encontrar es la presentada por Becerra-Fernández, A. (2003) y retomada por Asenjo y otros (2013), quienes afirman que:

“La transexualidad es la condición según la cual una persona nace con un sexo (genético, gonadal, genital y morfológico) pero se siente y percibe del sexo opuesto. Así, toda la apariencia física evidencia un sexo que no se corresponde a la identidad sexual sentida por la persona” (Asenjo, et. al., 2013, p. 162).

Existen más aclaraciones para definir este término y así Domínguez, García, y Hombrados, (2006) expresan lo siguiente:

“La transexualidad puede ser definida como la situación que se produce cuando una persona presenta una diferenciación sexual-su anatomía sexual- con lo cual no se encuentra conforme. De este modo su identidad sexual y su anatomía sexual no se corresponden,

produciendo una necesaria búsqueda de ajuste entre ambas” (Domínguez, García, y Hombrados, 2006, p. 2).

Según Rubio, (2009) la transexualidad puede ser definida, desde el punto de vista sociológico, como:

“La condición en la que una persona con una diferenciación sexual somática aparentemente normal, tiene la convicción de que él o ella es en realidad un miembro del sexo opuesto. Hay que entender, que una persona es transexual simplemente porque su identidad de género no coincide con su anatomía corporal. Y vive socialmente conforme a su género. Es decir, afecta a la “identidad de género”. Muchas veces la persona transexual no se reconoce como tal hasta obtener el diagnóstico (sobre todo el psicológico)” (Rubio, 2009, p. 1).

De ahí que se señale que “para la persona transexual una cosa es tener clara su identidad sexual y de género, y otra cosa bien distinta es reconocerse como transexual” (Rubio, 2009, p. 1), en parte, debido a que “la evolución del término ha dejado en entrever las carencias e incoherencias que muchos autores y autoras anteriores, arraigados a la psiquiatría, establecían con respecto a la transexualidad” (Rosquete, 2015, p. 15). Sin embargo, es necesario mencionar que:

“Con el transcurso de los años se habla de un proceso, el que la persona identifica que el género con el que vive y asume en su vida social no coincide con el sexo biológico que exterioriza su cuerpo y sus documentos legales, pero que quiere formar parte de alguna de las dos identidades sexo-genéricas consolidados, así como alcanzar una coherencia entre su sexo y su género” (Peña, 2011).

Ahora bien, según publicaciones de los Anales del Sistema Sanitario de Navarra, en una continuación de artículos escritos por Basterra y otros, (2012):

“La transexualidad es aquella condición, que presentan algunas personas, en la que existe un deseo de vivir y ser aceptado como un miembro del género opuesto, por lo general acompañado del deseo de modificar mediante métodos hormonales y/o quirúrgicos el propio cuerpo para hacerlo lo más congruente posible con el género preferido. Este deseo se mantiene estable a lo largo del tiempo (al menos 2 años) y suele conllevar la búsqueda activa de un cambio físico acorde a la identidad sexual. Para llevar a cabo dicho cambio físico es necesario un abordaje médico multidisciplinar que incluye el tratamiento hormonal y/o quirúrgico.

La existencia por lo tanto de personas que presentan disonancia estable y permanente entre el sexo con el que nacen y la identidad de género sentida- es decir, la existencia de personas transexuales-, es una realidad social presente desde los tiempos históricos más antiguos, como han puesto de manifiesto tanto la Sociología como la Antropología”.(Basterra, et. al., 2012, p. 456).

2.2 Marco Histórico:

Con la denominada ‘llegada de la espada y la cruz’ a territorio americano, es decir, la conquista europea, se desató una máquina de genocidio que incluyó, no solo el contagio de enfermedades -incluyendo las venéreas, sino también el arrasamiento de un importante acervo cultural,

imponiendo así la 'normalidad occidental' a mano armada, prohibiendo -so pena de castigo en el infierno- las formas religiosas, culturales, rituales y hasta sexuales que habían florecido en el continente durante siglos (Houston y Taube 2010).

Por ejemplo, es sabido por diversas fuentes de la época, los mayas eran bastante tolerantes con la homosexualidad (Houston y Taube, 2010). Se conoce la existencia de rituales sexuales que incluían relaciones homosexuales, aunque jurídicamente hablando, la sodomía estaba condenada a muerte; no obstante, la sociedad maya era muy diferente, ya que se consideraba preferible la homosexualidad al sexo prematrimonial y se sabe que muchos nobles mayas requerían los servicios de esclavos sexuales para sus hijos (Houston y Taube, 2010).

De igual manera, se sabe por relatos como el del adelantado Cabeza de Vaca, quien en sus memorias relata con desprecio las costumbres culturales y sexuales de las comunidades indígenas que conoció durante su recorrido a través del norte del continente (Vargas, P. J.,2012), y que incluían la convivencia permanente entre parejas del mismo sexo; algunas de las prácticas prehispánicas, a pesar de la represión, se han mantenido vigentes, como es el caso de las tribus Zapotecas, quienes han mantenido un elemento gay en su sociedad.

Aún quedan hoy en día los llamados "Muxe", considerados como un tercer sexo y tienen como rol el de iniciar sexualmente a muchachos adolescentes; las mujeres no pueden formar parte de este rito de iniciación sexual, ya que socialmente han de llegar castas al matrimonio. Como elemento científico hay que destacar que en los años 70 se realizó un estudio en el que aproximadamente el 6% de la población masculina del Istmo de Tehuantepec son Muxes.

En las regiones de Centroamérica y el Caribe, la homosexualidad era considerada frecuentemente como de seres especiales, muy ligados a la

figura del chamán de la tribu, tanto que era casi un requisito indispensable. Se les consideraba fuente de buenos augurios y portadores de la buena suerte; en estas culturas el chamán podía representar así lo masculino y lo femenino en el mismo ser, lo que era considerado como una persona fuente de sabiduría.

Cabe resaltar que el sexo no solo tenía una connotación reproductiva, sino que este también era utilizado en ciertos rituales en diferentes culturas; se creía que representaba la fertilidad, el renacimiento, la vida y la muerte, incluyendo los rituales que se hacían en tiempos de cosecha sobre la siembra, dado que era un tributo a la tierra.

Ahora bien, esta pequeña reflexión sobre el paulatino develar de la condición socialmente construida de la naturalidad está orientada a abordar una cuestión que ya ha sido históricamente analizada y posteriormente naturalizada: el proyecto anatomo-político de la sexualidad. Butler (1998). Atribuye al género –al igual que al sexo– una condición performativa, inestable y construida en coherencia con otras ficciones reguladoras, al tiempo que critica el binarismo sobre el que reposa.

Uno de sus postulados más controversiales es el que desconoce el carácter biológico y esencial del sexo, pretendiendo echar al suelo la noción de binarismo a la que ha sido usualmente asociado. Para Butler, el sexo consiste en una noción que permite “reagrupar en una unidad artificial elementos anatómicos, funciones biológicas, conductas, sensaciones y placeres”, (Butler, 1998, p 304.) dando lugar a una “unidad ficticia” empleada a modo de “principio causal”.

Esta autora señala que las interacciones sexuales se han experimentado históricamente de acuerdo con un discurso heteronormativo, que además descansa sobre ficciones reguladoras que trascienden a lo sexual para adentrarse en experiencias más cotidianas como el género y

que a su vez parten del supuesto categórico inicial que erige una frontera entre cosas naturales y culturales.

2.3 Marco Legal

La experiencia de la población LGBTI en el mundo occidental contemporáneo se ha visto considerablemente alterada durante el último medio siglo, por cuenta de la institucionalización de la separación sexo - reproducción. Desde finales del siglo XVIII hubo reformas jurídicas –en contados países– orientadas a replantear la anatomo-política restrictiva de la homosexualidad que secularmente había regido Palacio (2014); sin embargo, no es posible hablar de la emergencia de un actor político consolidado antes de la segunda mitad del siglo XX.

En el texto de El Espectador (03 de agosto de 2014) titulado: ¿Cómo serían sus vidas si fueran gays o lesbianas?, se indica que la afectación que sobre los escenarios de regulación institucional tuvo esta nueva lógica de interacción sexual que se hizo notable en América y Europa a partir de los años setenta, cuando las luchas por las libertades civiles, la igualdad y la no-discriminación adquirían fuerza política. No obstante la agresividad y pertinencia con la que eventualmente se dio el desarrollo de las luchas políticas en torno a la homosexualidad, son pocos los países que actualmente amparan jurídicamente a quienes la experimentan y, por el contrario, son muchos los que aún los criminalizan: Al menos setenta y tres países penalizan desde su ordenamiento jurídico las conductas homosexuales consentidas entre adultos, y las penas aplicadas a van desde multas, encarcelamiento y trabajos forzados, hasta la muerte.

Paralelamente, el matrimonio, con todas las implicaciones jurídicas, económicas, patrimoniales y sociales que tradicionalmente tiene, es legal únicamente en alrededor de una veintena de países alrededor del mundo. Es bueno aclarar que muchos de los países que no criminalizan la homosexualidad tampoco se preocupan por brindar reconocimiento y protección estatal a las personas que establecen vínculos de parentesco de acuerdo con este patrón.

En términos generales, África y Asia presentan una mayor tendencia a criminalizar la homosexualidad, mientras que América y Europa han sido pioneros en los procesos de inclusión: En la totalidad del territorio norte y centroamericano se encuentran despenalizadas las conductas homosexuales, y Sudamérica sólo cuenta con un país que las considera un crimen Vargas (2010). Es también notable cierta tendencia a criminalizar en mayor grado la homosexualidad masculina que la femenina: De los setenta y tres estados que actualmente condenan este tipo de prácticas, alrededor de veinte lo hacen sólo en los casos que involucran hombres Vargas (2010).

El panorama actual de las posibilidades que jurídicamente tiene la experiencia homosexual en el mundo empezó a conformarse durante la última década del siglo XVIII, cuando Francia (1791), Mónaco (1793), Luxemburgo (1794) y Bélgica (1795) despenalizaron estas conductas. Durante el siglo XIX alrededor de quince países emularon a los pioneros del s. XVIII, y durante el s. XX la cifra prácticamente se cuadruplicó; en lo que va corrido del siglo actual aproximadamente catorce países han derogado sus leyes contra la población LGBTI (El Espectador - 03 de agosto de 2014).

Por su parte, se debe señalar que el mundo jurídico-homosexual en Colombia se vería sacudido por la formulación del Código Penal de 1936, en donde es llevada un poco más lejos la iniciativa criminalizante de 1890; en efecto, el artículo 323 de este Código establecía una pena entre 6 meses y 2 años de prisión para aquel que cometiera actos homosexuales, sin importar

su edad. El artículo 329, de otro lado, establecía que “el que destina casa o establecimiento para cometer allí actos homosexuales, o autorice a otros para hacerlo, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión” (CP-1936, art 323 - 329).

Ahora bien, la tensión entre cristianismo y prohibición jurídica de la homosexualidad se comportó bruscamente entre el siglo XIX y la primera mitad del XX, existiendo un distanciamiento inicial al acoger el Código napoleónico (1837), omitiendo la sodomía. La reformulación jurídica impulsada por Parmenio Cárdenas en 1936 significó un evidente acercamiento al discurso moralista –de las “buenas” costumbres, que como indica Bustamante (2008), secularmente habían reproducido los cristianos, y además se asemejaba en la actitud penalizante que, ante el homosexual, surgía: el pecado había tornado en crimen. Finalmente, con la patologización del homosexual, podría hablarse de un nuevo distanciamiento, en tanto la culpa, eventualmente derivada en castigo, fue expurgada del individuo en cuestión, ahora víctima “de una condición patológica” más que victimario Palacio (2017).

En términos generales, desde 1936 fue ilegal en Colombia el acceso carnal homosexual, y penalizable con cárcel; sin embargo, jamás fueron llevadas a la práctica las condenas, como producto de la patologización de la experiencia homosexual generada en los círculos médico-científicos modernistas. Durante este período surgieron y se mantuvieron las sanciones legales contra la homosexualidad en el país, aun cuando influencias médicas internacionales hayan derivado en la omisión práctica de los códigos; serían necesarias algunas décadas para el surgimiento en Colombia de iniciativas reivindicatorias y movilización política en torno a la población LGBTI.

Este proceso paulatino y fragmentado de inclusión, reconocimiento y reivindicación ha sido de gran importancia para las personas que

experimentan la homosexualidad en Colombia, tanto que el país se ha convertido en uno de los pioneros a nivel mundial en este tema . En comparación con una gran cantidad de sociedades a lo largo y ancho del globo, la colombiana se muestra jurídicamente incluyente y respetuosa de las diferencias en lo que al tema homosexual se refiere, como lo indica el Centro de Memoria Historica (2015). Entre 1993 y 2016 se ha reformado la legislación nacional, introduciendo posibilidades que van desde cambios de nombre hasta adopción, pasando por obtención de derechos patrimoniales, pensionales y laborales, entre otros.

En la actualidad la ley colombiana permite la homosexualidad, así como el matrimonio y la adopción por parte de parejas gay (C-577 de 2011 y la C.C. SU- 214 de 2016); da vía libre a las personas homosexuales para hacer parte de las instituciones nacionales incluyendo el ejército y el magisterio, y cuenta con prohibiciones explícitas sobre la discriminación de la que puedan ser víctimas (Sentencia C.C T-236 de 2020, C.C T363 de 2016 y C.C T-143 de 2018), así como leyes amparando la identidad y la expresión de género (Sentencias C.C T-099 de 2015 y C.C T-447 de 2019), hacen también parte del ordenamiento jurídico colombiano.

El escenario en el que actualmente es posible experimentar la homosexualidad en el país obedece, en gran medida, a la institucionalización de la lógica que desvincula el sexo de la reproducción; la misma lógica que ha derivado en victorias desde escenarios de lucha feminista o en el campo de los derechos reproductivos Butler (2007). La normalización y legitimación jurídica de la homosexualidad en Colombia es hoy un hecho, y es susceptible de ser leído en clave con otros movimientos sociales y políticos tanto de orden nacional como internacional de mayor envergadura.

La lucha obstinada, emprendida desde una importante variedad de frentes, se tradujo, paulatinamente, en una serie de victorias jurídicas que,

con el tiempo, y algo de suerte, habrán de tornar en algo más profundo: en la inscripción del reconocimiento y el respeto en los cuerpos de la gente, en la verdadera normalización de la homosexualidad ahora a nivel práctico, más que jurídico y en la eventual desaparición de la homofobia y la menos reconocida hetero-normatividad.

En el caso de la población transgénero, la lucha no solo emerge del reconocimiento de su orientación sexual, sino que va más allá, siendo una lucha por el reconocimiento de sus derechos fundamentales, que se han visto vulnerados a lo largo del tiempo; pese a los esfuerzos jurisprudenciales, son múltiples las dificultades prácticas, como advierte la sentencia T-099-15 donde, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional señala que:

“En razón de la identidad de género las personas transgeneristas son altamente discriminadas (lo que lleva) de manera frecuente a la expulsión de la familia, al desplazamiento de sus sitios de origen, a la deserción del sistema educativo, a la existencia de dificultades de acceso y permanencia en el ámbito laboral lo que finalmente las ubica en situaciones de vulnerabilidad como el desempleo, la inestabilidad laboral, el ejercicio de la prostitución, adicciones, enfermados(sic) discapacitantes(sic) de alto costo, habitabilidad en calle y en el mejor de los casos el trabajo de estilistas con deficientes condiciones de seguridad social” (CC, T-099-15).

En síntesis, existe una marcada evolución normativa que va, de la Ley 95 de 1936, *por la cual se expide el Código Penal Colombiano*, y en la que se evidencia la fuerte persecución de la población LGBTI por motivos de su género e identidad sexual, legitimando la violencia ante una población ya vulnerada, y que se mantuvo hasta el año 1980 con la reforma al citado código, hasta la Ley 599 de 2000, *por la cual se expide el Código penal colombiano* donde, dado el reconocimiento de los derechos de la población LGBTI y la especial protección naciente de la Constitución Política de 1991,

contempla como agravante el asesinato en razón al género, brindando así condiciones para la protección de esta población.

Ahora bien, como se ha mencionado antes, jurisprudencialmente se encuentra una serie de decisiones que, principalmente en años recientes, se han ocupado de las problemáticas de la población LGBTI y que afectan a las personas transgénero, las cuales se reseñan a continuación:

Sentencia T-876 de 2012: Los derechos a la identidad sexual y a la salud soportan la decisión de ordenar la cirugía de reasignación de sexo, en consideración a que la falta de correspondencia, entre la identidad asumida por las accionantes y su fisionomía, podría conllevar una vulneración de su dignidad, al no ser posible vivir de una manera acorde a su proyecto de vida. De ahí que el Tribunal ordene la realización de mamoplastia de aumento como parte del proceso de reafirmación sexual, considerando que esta es la forma como las personas transgénero construyen su propio concepto de feminidad.

Sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional, con sentencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa: Se reconoce que la población transgénero es uno de los grupos que más padecen discriminación y que, con frecuencia, sufre violaciones a derechos como a la identidad de género, al trabajo, a la educación y a la participación política; debido a ello, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y, por tanto, gozan de especial protección constitucional. La Corte Constitucional establece la “presunción de discriminación” según la cual cuando la persona transgénero recibe un trato desigual, le corresponde al acusado probar la ausencia de discriminación; esta presunción fue establecida para brindar especial protección a esta población atendiendo su “estado de debilidad manifiesta” y su dificultad para advertir actos discriminatorios, por cuenta de su situación de subordinación frente al o los agresores y dada su condición histórica.

La Corte Constitucional ha garantizado el derecho a la entidad sexual, al reconocer que las personas transgénero tienen derecho a modificar su sexo, siempre que se cuente con las pruebas médicas o psicológicas que sustenten la petición, y el Estado debe garantizar el acceso a estos cambios en forma digna. Con respecto a este pronunciamiento en especial, varios colectivos se han pronunciado indicando que la identidad de género no puede ni debe determinarse mediante exámenes físicos, médicos o psiquiátricos, puesto que ésta es una expresión personal que es definida por cada individuo y amparada por los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la educación y el trabajo, a falta de normatividad específica sobre protección a las personas transgénero, o por la existencia de disposiciones normativas que permiten prácticas abusivas.

Sentencia T-675 de 2017: El Alto Tribunal reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, le garantiza a las personas transgénero escoger libremente su plan de vida acorde a su identidad de género y manifestarlo públicamente sin discriminación alguna.

Frente al desarrollo jurisprudencial y el manejo que el máximo Tribunal Constitucional le ha dado al tema es de suma importancia realizar una aproximación a diversos pronunciamientos, en punto a establecer cómo se ha manejado el tema y las subreglas que son aplicables al objeto de la investigación:

Sentencia T- 413 de 2018: La situación fáctica que resuelve la Corte es la de un trabajador que en su Cédula de Ciudadanía se registra como Femenino, pero se identifica con el Masculino, por lo cual le solicita a su empleador que le gestione un cambio en la vestimenta o dotación de trabajo, con el propósito de sentirse más cómodo y que no sea una afrenta a su identidad sexual. La entidad accionada respondió que no conoce del caso, que nunca ha sido formalmente solicitado un cambio de la vestimenta y que

desconoce la postura identitaria de su trabajador, por lo tanto, en primera y segunda instancia constitucional fue negada la pretensión.

En consecuencia, el problema jurídico es establecer si *¿un empleador vulnera los derechos a la identidad de género, la dignidad humana, la personalidad jurídica y el libre desarrollo de la personalidad de un trabajador, al obligarlo a utilizar el uniforme asignado al personal femenino y negarse a brindarle un trato acorde con su identidad como hombre transgénero?* En este espectro, nace el derecho a tener una identidad de género que se ha conceptualizado como

“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (CC, Sentencia T- 413 de 2018).

Lo anterior se basa en las definiciones adoptadas por Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e, incluso, los principios de Yogyakarta. De ahí que continúe la Corte señalando que:

“Esta figura comprende algunas variantes entre ellas el transgenerismo que consiste en “la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o auto referirse a las personas transgénero, como mujeres transgénero cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres transgénero cuando el

sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona transgénero o transgénero cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual". (CC, Sentencia T-413 de 2018).

No obstante lo anterior, la Corte declara que hay un hecho superior porque en el trámite de la revisión se logró el acceso por parte del accionante a dicha vestimenta y adicional conmino al empleador para que se abstenga de efectuar este tipo de prácticas discriminatorias.

Sentencia T- 447 de 2019: La situación fáctica de esta sentencia corresponde a la revisión de una tutela cuya pretensión principal es exigir a una Notaria de sexo, de Femenino a Masculino, y se sustituyera el nombre, de "Lucrecia" a "Joaquín", en los documentos de identidad de un menor de edad que tenía 10 años al momento de los hechos.

Señala la actora que durante la gestación del menor, hubo duda acerca de su sexo, en la medida que no se podían identificar claramente los genitales por una malformación. Los médicos le señalaron que, según su experticia, fuera declarado como sexo femenino, cosa que finalmente ocurrió, y por tanto se le crió con los parámetros sociales y culturales para una niña. Años después le practicaron un examen que trajo como conclusión que el menor es un niño, toda vez que posee los cromosomas "*Cariotipo 46:XY*", que a su traducción plantea que el individuo ostenta el sexo masculino.

Siendo que primera y segunda instancia constitucional fue negada la pretensión, el problema jurídico que se plantea es: *¿La Notaría de Ciudad Violeta vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y a la personalidad jurídica*

de "Joaquín" al exigirle acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria para lograr la modificación de su nombre y sexo, tal como se encuentran inscritos en el registro civil, a fin de que se ajusten a su identidad de género?

Así las cosas, se identifica una subregla de vital importancia en relación con, (i) la edad y la capacidad jurídica, cuya regulación está dada a la luz de las disposiciones del Código Civil y (ii) la autonomía, en el marco de los procesos de reasignación, de lo cual se extrajo lo siguiente:

“La Corte identificó una tensión entre la autonomía y el principio de beneficencia y señaló que esta debía resolverse mediante la ponderación de los principios en conflicto a partir de la premisa de mayor peso de la autonomía y la consideración de los siguientes elementos: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor de edad; (ii) el impacto del procedimiento médico sobre la autonomía actual y futura del niño, a partir de la consideración de las intervenciones ordinarias y extraordinarias; y (iii) la edad del paciente. Con base en los elementos descritos, estableció que la reasignación de sexo exige el consentimiento directo del paciente, ya que los menores de edad son los únicos que pueden decidir sobre su vida y libertad, las cuales incluyen el sexo como elemento relevante de la identidad” (CC, Sentencia T- 447 de 2019).

De otro lado, frente al Derecho a la Personalidad Jurídica ha indicado que, “debe existir una correspondencia entre el reconocimiento de la personalidad jurídica y la identidad de la persona, ésta última asociada a la forma como quiere exteriorizar su modo de ser o sus íntimas convicciones, para que se pueda fijar realmente su individualidad” (Sentencia T- 447 de 2019).

No obstante, las garantías que se puedan brindar en el escenario jurídico-normativo o judicial, la cuestión no termina ahí, toda vez que en la esfera del mundo real se han visto trastocados los derechos. y existen

múltiples traumatismos que no se acompañan con la finalidad constitucional, de tal manera que:

“Si bien el derecho a la identidad y el ejercicio pleno del mismo están reconocidos en el plano legal, la falta de trazabilidad, armonización de las instituciones del Estado y entrenamiento de los funcionarios públicos generan múltiples trámites burocráticos o jurídicos que vulneran los derechos de las personas transgénero, transexuales o en un estado intersexual” (Sentencia T- 447 de 2019).

Frente al particular, continúa la Corte:

“En el ordenamiento jurídico colombiano hay un desarrollo jurisprudencial relativamente avanzado en el tema de la intersexualidad. Sin embargo, esta jurisprudencia no ha podido concretarse en una institucionalidad que elimine los obstáculos para que las personas transexuales, transgénero e intersexuales puedan ejercer sus derechos”.

Ahora bien, frente a los elementos integradores del Estado Civil, señala la alta corporación que:

“(…) uno de los elementos estructurales de cualquier plan de vida y de la identificación de las personas en sociedad, es la identidad sexual. Ésta, al igual que el sexo tiene dos vertientes: estática y dinámica. Por lo cual, independientemente de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona (visión estática), el género adoptado por ésta (visión dinámica), determina la formación de su personalidad a partir de su actitud sicosocial y cultural. (Sentencia T- 447 de 2019)”

Es bajo esta lógica que la Sala de Revisión reitera que:

“Bajo la comprensión de la identidad de género como un asunto que únicamente depende de la autodeterminación de los individuos, la

referencia a la “ambigüedad genital” en el presente caso no implica la adscripción de la Sala al paradigma de construcción binaria hombre y mujer, en la medida en que este concepto niega la existencia de otras identidades y, en consecuencia, afecta el reconocimiento de sus derechos. Por el contrario, la dignidad humana y el respeto que merecen todas las personas por el hecho de serlo, el respeto a la libertad y a la autodeterminación de los individuos, y el carácter pluralista del Estado Social de Derecho, imponen el reconocimiento y la protección de todas las decisiones del sujeto sobre la construcción de su identidad, sin que sean viables ni legítimas distinciones o imposiciones fundadas en conceptos de normalidad y homogeneidad.

En conclusión, la Corte decide revocar el fallo, y ordenar a la notaría realizar el cambio en los documentos pertinentes.

2.4 Marco institucional

En el marco de la protección a la población transgénero, dada su debilidad manifiesta, se le han delegado funciones de protección a instituciones estatales para velar por los derechos de las personas LGBTI, entre estas instituciones encontramos:

Oficina de Diversidad Sexual de la Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá: Dentro de sus funciones se encuentran las de dirigir, promover y ejecutar los planes, programas, proyectos y mecanismos de acción distrital que contribuyan al reconocimiento de la diversidad sexual y a la garantía de sus derechos desde los enfoques interseccionales y diferencial. Al respecto, los funcionarios encargados han mencionado que: “Los y las transgeneristas son el sector social más vulnerado respecto a las otras orientaciones sexuales e identidades de género diversas, en cuanto a obtener o acceder a

un contrato formal de trabajo. por barreras en las que se incluye la exigencia de libreta militar para personas en distintos tránsitos normativos”

Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior: Entre sus varias funciones están las de formular y hacer seguimiento a la política de atención a la población en situación de vulnerabilidad, para la materialización de sus derechos, con un enfoque integral, diferencial y social, en coordinación con las demás entidades competentes del Estado.

Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Alcaldía Mayor de Bogotá: Ha impulsado diversas estrategias de respuesta y atención a situaciones de violencia en razón a identidad de género y/u orientación sexual, siendo uno de los retos la implementación del enfoque diferencial en relación con orientaciones sexuales e identidades de género para los programas, proyectos y servicios de atención a niños, niñas, jóvenes y personas con estados intersexuales desde la primera infancia hasta la adolescencia. En este sentido, la Dirección reafirma el interés por generar entornos acogedores, sensibles y seguros para el desarrollo y la construcción autónoma de las múltiples identidades.

2.4 Marco demográfico

La caracterización específica de la población transgénero en Bogotá no se ha efectuado de forma ceñida, por lo que los datos que se obtienen, provienen de estudios previos de política pública para la población LGBTI, realizados de manera institucional por la Alcaldía Mayor de Bogotá, en diversas localidades. De lo anterior se obtienen unos determinados datos que, de manera general, se segregan para tener un balance general, pero focalizado de las características demográficas de esta población.

En primera medida, respecto a la orientación sexual e identidad de género, se refleja que respecto, a la población transgenerista, según documento del Ministerio de Cultura (2010), “un 94.88% expresa ser hombre, y un 80.58% del total de ellos y ellas se siente representado por el género transgenerista y el 28.64% con el femenino” (Mincultura, p.198).

Como bien se enunció en líneas anteriores, los datos se cristalizan en el informe de la Secretaría Distrital de Planeación (2015), precisando de antemano que la muestra la realizaron con personas mayores de 18 años y, asegura el documento, se utilizó un método de redes, donde se escogieron unas personas que se denominan “semillas”, quienes contaron con una amplia red de personas dentro de su sector de la población, lo que permitió hacer un análisis plural, pero a su vez tener la mayor representatividad en los resultados.

Gracias a esta metodología, el estudio obtuvo que la edad del sector que podríamos llamar transgenerista oscila mayoritariamente entre los 34 y los 65 años, asintiendo en que la edad de dicha población aumentó, teniendo en cuenta que en una similar encuesta realizada en 2010, el rango de edad comenzaba desde los 25 años.

Por otra parte, en términos de la identidad de género, del total de la población LGBT encuestada, solamente el 20,20 % se inscribió o se identificó como transgenerista; siguiendo con el tópico de la identidad, pero ya en el campo étnico-racial, clasificaron las respuestas en mujer transgenerista (de ahora en adelante MT) y en hombre transgenerista (de ahora en adelante HT). A propósito de las primeras, se obtiene que un 84,2 % tiene identidades blanco-mestizas, seguido de un 6,6 % de identidades negras, 2,6% por identidades indígenas y en ninguna/otra se llega al 6,6 %. En cuanto a los segundos se da cuenta de que, un 92,9 % ostenta identidades blanco-mestizas y el 7,1 % restante identidades negras.

Ahora, hablando del ámbito del nivel socioeconómico, la muestra se realizó bajo la premisa del estrato de la vivienda en que habitaban en su momento. De allí se sacaron las siguientes conclusiones: de la fracción MT el 57,2 % pertenece al estrato 2, seguido por el estrato 1 con un 15,15 %, y en el estrato 3 se encontró un 13,8 %, mientras que del sector HT se obtiene que, la mayor porción vive en estrato 2 con un 42,9 %, continuado también por el estrato 1 con un 28,6%, y en iguales resultados con un 7,1% los estratos 3 y 4.

Por otra parte, hablando del aspecto del nivel educativo, se detalla que el sector MT tiene a la mayoría de personas con el bachillerato finalizado con un 57,89%, seguido por estudios finalizados en primaria con un 17,76%; a su turno, un 15,79% terminó estudios del orden técnico y un 7,89 % en el orden universitario. De la fracción HT, un 57,14% terminó la escuela secundaria, un 21,43% alcanzó estudios del elemento técnico, un 14,29% culminó programas universitarios y un 7,14% terminó solamente los estudios primarios.

Para concluir, y aterrizando los datos frente al derecho a la salud, tenemos en cuenta las variables que fueron usadas en su momento por la Secretaría de Planeación: En primer lugar, hablando de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, la parte HT en un 85,7% reportó estar afiliado; en menor medida, la fracción MT estaba afiliada con un 68,4%.

En segundo lugar, bajo el tema de no atención médica, con ocasión de su orientación sexual o identidad de género, en general la población LGBT registró verse afectada; los HT indican que no recibieron atención con un 28,6%, y la parte MT aseguró no recibir dicho trato médico en un 24,3%.

Finalmente, con base en la cuestión de agresión en el sistema de salud con ocasión a su orientación sexual o identidad de género, un 8,2 % del total de las personas encuestadas señaló verse afectado. El sector más vulnerado es el MT con un 27%, seguido del HT con un 21,4%; de estos porcentajes –

en a la división MT- un 14,3% endilga la agresión al personal médico (Enfermeros o médicos), un 7,1% a personal administrativo y, en igual medida, al personal de seguridad; a su vez, la porción HT indica que la agresión proviene mayoritariamente del personal médico con un 21,1%, seguido de las personas de la administración con un 5,9%, finalizando con una agresión del personal de seguridad estimada en 2,0 %.

2.6 Aproximación al estado del arte

Durante las últimas décadas han surgido, desde distintas disciplinas, estudios e informes que buscan ampliar la comprensión respecto de la situación de las personas transgénero en materia de derechos humanos, en especial de los retos a los que se enfrentan en una sociedad renuente a aceptar la diversidad y, más específicamente, cómo les ha impactado la fenomenología de la violencia que se ha sucedido en lugares como Colombia, en el marco del conflicto armado. Algunos de estos estudios permiten ampliar la dimensión del tema objeto de esta investigación y, por lo tanto, se presentan a continuación, reseñados temáticamente para mayor comprensión del fenómeno en cuestión.

El sexo como una construcción social

El desarrollo del componente “sexo”, como parte de una construcción social, es clave a la hora de comprender la violación de derechos humanos que nace de este. La concepción misma de lo “femenino” y lo “masculino” se comprende como un fenómeno biológico, pero esta asignación de sexo no es de carácter innato, sino que se realiza de manera social, por medio de la percepción genital; de ahí que se considere que asignarle a una persona el rol de hombre o mujer no es más que una decisión social: “Sexo anatómico mismo, su propia presunta dicotomía, son producto de una lectura ideológica.”(Cabral, Mauro y Maffia, 2013, p. 33)

La ideología de género está antes de la lectura genital, es decir, no existe un sexo “natural” o acorde a dicha lectura; hay cuerpos que se adaptan a estas concepciones sociales del sexo sin mayor sobresalto, pero en este caso, las personas “trans”, pese a la lectura genital previa, se encuentran inconformes con la misma, ya que no pertenecen a la caracterización de ninguno de estos dos sexos impuestos socialmente, lo que les acarrea diversos problemas a lo largo de su desarrollo social y educativo Cabral (2013)

La intersexualidad, en este sentido, ha tenido desarrollo a causa de que es necesario tipificar “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”. (Cabral,2005, p. 32) En términos de diversidad corporal, se refiere a la amplitud.

Así, la diversidad corporal hace referencia a toda esta variedad de presentaciones del cuerpo estandarizado y aceptado por la sociedad, las cuales no sólo contrastan desde un punto anatómico sexual, sino que trascienden a conceptos culturales de cómo debe ser el cuerpo tanto masculino como femenino. En el terreno de la intersexualidad, nos encontramos con una gran diversidad corporal: “Las personas intersex pueden identificarse como intersex, como hombres, como mujeres, como ambos o como ninguno de los dos.” Consejo de Europa, Comisario de Derechos Humanos, Informe “Derechos Humanos y Personas Intersex” (Issue Paper “Human Rights and Intersex People). Silvan Agius, 12 de mayo de 2015, pág. 15.

Ante lo antes expuesto, varias instituciones han sido enfáticas en decir que la genitalidad y la asignación de sexo son conceptos distintos y, por ello, no existe necesariamente una conexión directa entre estos, y que la categorización del hombre o la mujer es resultado de un acto social, cultural e institucional; por tanto, es necesario hacer hincapié en la génesis del “sexo”, de la lectura genital como algo más allá de un atributo de la persona,

y algo que va más allá de una condición de nacimiento. Si bien, en un primer momento, puede no haber claridad en el tema de “el sexo y la sexualidad”, definir a una persona por sus genitales y características anatómicas e infundar comportamientos propios de su género, es discriminatorio y no permite que el individuo se desarrolle de manera libre.

Los sexos ¿son o se hacen?

La interrupción de la categoría de género, que nace en los años 70, permitió el nacimiento del derrocamiento del estereotipo que se vinculó con lo “femenino” y lo masculino”, roles sociales ligados a las relaciones de poder. Esta estereotipación fue posible, en un primer momento, por la lectura biológica, y luego por las marcadas diferencias de los roles a través del tiempo; ahora bien, más allá de una posible discusión respecto de la “naturalidad” del sexo en estos dos niveles, es más relevante debatir sobre la legitimidad de esta estereotipación construida por la sociedad, es decir, todo esto que se espera de un hombre o una mujer, como si el sexo biológico constituyera una materialidad inapelable.

“Aquello que no entra naturalmente en el dimorfismo sexual no se tolera, y se mutila un pene demasiado pequeño para ser aceptable, transformando al niño en niña, se corta un clítoris demasiado largo para ser aceptable, transformándolo en insensible, se abren y ensanchan vaginas o se construyen con otros tejidos a fin de permitir la penetración, se extirpan gónadas que no pueden convivir con la anatomía externa, todo por la futura “felicidad” de un bebé que así podrá mostrar su sexo sin avergonzarse”. (Kessler, 1998; Dreger, 1998 y 1999).

Cabral, Mauro y Maffia (2013) plantean una hipótesis sobre la ambigüedad de sexo, esto es, cuando no se puede reconocer el sexo del recién nacido, y sus órganos sexuales tampoco se han desarrollado; por

tanto, los médicos apoyados en la bioética, eligen el sexo del niño. En este caso, se demostró que aunque sus cromosomas, y su producción de hormonas pertenecían a las de una mujer, este fue operado para “ser hombre” y su comportamiento era propio de este, es decir, el niño en cuestión se adaptó a los comportamientos propios de su “genero” que no precisamente era biológico.

Como conclusión, se observa que, contrario a la opinión usual, el sexo y la sexualidad son aspectos creados socialmente, y que los cuerpos se adaptan a estereotipos que establecen el comportamiento propio de dicho género al que pertenecen. Por otro lado, es necesario cuestionar la importancia de estos estereotipos para con la sociedad, donde se es capaz de mutilar a un bebé en pro de mantener un statu quo, donde es preferible callar el instinto natural para entrar a una normalidad social; donde no solo se aparta lo diferente, sino que estas diferencias son causales de atropellos hacia el individuo, especialmente cuando se soportan en una tradición construida con base en la intromisión e influencia de una visión religiosa de los criterios sexuales de una sociedad, lo cual resulta más censurable cuando la misma estructura religiosa ha sido usada para solapar violencia sexual, asesinatos, despojos y otros abusos.

“Tenemos derecho a existir”: Transformaciones legales y jurisprudenciales

Hasta hace pocos años en Colombia la homosexualidad y la identidad transgénero, estaban penalizadas; a través del Código Penal en 1963 (CP-1963), se institucionalizó el delito de “acceso carnal homosexual”, con el fin de sancionar penalmente a quienes establecieran una relación homosexual entre varones. Ahora bien, es necesario aclarar que, tal como señalan en este artículo 371 si bien es explícita la conducta punible para los varones, queda en la obscuridad la homosexualidad femenina y, además se invisibiliza

la diversidad de género, puesto que, si bien no se mencionan los transexuales, estos fueron víctimas de persecución por parte de los entes de control.

Sin embargo, con el crecimiento de esta comunidad, fue necesario hacer una disposición adicional para penalizar a las personas transgénero. En efecto, el Decreto 522 de 1971, además de restablecer el artículo 324 del CP-1936, especificó que: “El que en sitio público o abierto al público ejecute hecho obsceno, incurrirá en arresto de uno a seis meses” (CP-1971, art. 44). Por medio de este decreto, de cierta manera se legitimaron los actos de violencia y persecución hacia estas comunidades, y ante cualquiera que no se adaptara a los parámetros que la policía consideraba correctos, orientada por una tradición moral conservadora que, en el orden de género, se guía por una hegemonía heterosexual, donde se persigue a todo aquel que no se ajusta con los estándares de lo reglado, o de lo aceptado moralmente.

En este sentido, era inherente la violación de derechos humanos en estas persecuciones; en pro de proteger la “moral pública”, las autoridades interpretaron lo que a su juicio entraba en el Código, según lo que ellos creían correcto y, puesto que los transexuales estaban invisibilizados y sin voz, por lo cual las autoridades policivas aprovechaban su investidura para ejecutar toda clase de atropellos para con esta población.

Tanto impacto tuvo esta práctica que, incluso luego de que fuese derogado este artículo, estas actividades se han mantenido como práctica recurrente de las instituciones, por lo cual no pierde vigencia la necesidad de denunciar aquellas prácticas donde se han vulnerado los derechos de esta comunidad, por el hecho de su condición de género y, a la vez, mencionar el papel de protección que ha tenido la jurisprudencia en la violación de derechos humanos sobre personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas en Colombia.

Invisibilidad de la violencia contra ciertos grupos: hombres transgénero personas bisexuales y personas intersexuales

Bajo el acrónimo “LGBTI” se acogen diversos grupos de personas, lo cual, a su vez, refiere a diferentes tipos de violencia hacia esta diversidad, que en algunos casos es más visible que en otros. La sociedad civil señala que la violencia hacia los hombres transexuales ocurre en una esfera privada, y esta se invisibiliza aún más cuando el agresor está fuera de esta diversidad, es decir, pertenece a esta “sociedad Civil” donde el transgénero es agredido de múltiples maneras; esta violencia va desde la familiar, la salud y en la educación, pero no solo queda ahí, pues los entes de control también abusan de su derecho, y por ejemplo, propinan golpizas a miembros de esta -y otras comunidades- que no se ajustan a sus estándares de lo correcto y normal.

Esto, siendo un aspecto notorio, por otro lado, en la comunidad bisexual se ha hecho más compleja la documentación de dicha violencia, ya que se toma de manera categórica y estadística; no obstante, estudios han revelado que los bisexuales son víctimas de violencia íntima, y que esta proviene principalmente de sus parejas.

Desde el punto de vista del sistema médico, se ha demostrado que este ha sido eficiente a la hora de realizar las cirugías “normalizadoras”, ya que este responde a las exigencias externas que se imponen a través de los protocolos establecidos; de otro lado, también han demostrado que los familiares de las personas en concreto afirman tener vergüenza, debido a ese “tabú” manejado en la sociedad, y que permanece aún vigente en la actualidad.

La crueldad hacia este grupo específico de personas, sobrepasa los grados de violencia física grave presentados en crímenes de odio a causa del prejuicio contra dichas personas. Existen numerosos ejemplos de homicidios contra personas de esta comunidad que han sido lapidadas,

decapitadas, quemadas y empaladas; muchas de estas víctimas son apuñaladas o golpeadas hasta la muerte. Antecedentes muestran que varias de estas víctimas fueron arrolladas de manera reiterada por vehículos; también se registran ataques con ácido tortura y violación.

Estos ataques se generan no solo por el mero hecho de su condición sexual, sino que a su vez se generan por la intolerancia hacia las muestras afectivas entre estos grupos sociales; muchos han sido los casos en que se veta a personas homosexuales de establecimientos públicos.

Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersex en América Pueblos indígenas

Durante una audiencia pública celebrada en marzo de 2013, un grupo de activistas y expertos presentó información sobre el impacto negativo de la colonización en las sexualidades ancestrales y espirituales de personas indígenas. Organizaciones indígenas explicaron que cuando los europeos llegaron a América, impusieron sus concepciones del mundo y la religión en los pueblos originarios e indígenas que vivían allí. Entre estas concepciones se encuentran los puntos de vista de los europeos en relación a la desnudez, la virginidad, la poligamia, y sobre todo, las relaciones entre personas del mismo género y las personas transgénero.

De acuerdo a la información suministrada, la colonización resultó en la supresión de las sexualidades no-heteronormativas entre las personas indígenas; esto tuvo consecuencias devastadoras, incluyendo la falta de aceptación de las personas con sexualidades no-normativas dentro de sus propias sociedades, las autolesiones y el suicidio.

Así mismo, organizaciones de la sociedad civil de Canadá han informado a la Comisión sobre los múltiples desafíos que enfrentan las personas de doble espíritu. En Canadá, personas Aborígenes y de las Primeras Naciones que se identifican como LGBT o “de doble espíritu”

enfrentan altos niveles de violencia y discriminación. Un informe reciente realizado por la Organización Nacional de la Salud Aborigen (National Aboriginal Health Organization-NAHO) señaló que la juventud LGBT aborigen y “de doble espíritu” es dos veces más propensa a enfrentar ataques que la juventud aborigen heterosexual; frente a la homofobia, transfobia y la violencia en sus comunidades, con frecuencia la juventud aborigen LGBT y de doble espíritu no cuenta con apoyo y amparo.

Esta situación ha llevado a consecuencias como el alcoholismo, el abuso de las drogas, el trabajo sexual y, en ciertos casos, el suicidio Centro de Memoria Histórica, Aniquilar la Diferencia (2015). La Comisión subraya que las personas indígenas con identidades sexuales no normativas sufren de múltiples e interrelacionadas formas de violencia y discriminación debido a su identidad y sexualidad indígenas, su orientación sexual y/o identidad de género.

De igual manera, la Comisión resalta que la Convención Americana y la Declaración Americana protegen el derecho de toda persona de vivir libre de toda forma de discriminación, y que los pueblos indígenas en particular se encuentran protegidos de la discriminación basada en sus antecedentes étnicos, raza, origen nacional, tradiciones y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas de vivir libres de todas las formas de discriminación también está protegido bajo el Sistema Universal de Derechos Humanos.

Clase, etnia/raza y grupos etarios de las víctimas.

No todas las personas que tienen orientaciones sexuales e identidades de género no normativas se encuentran en el mismo nivel de riesgo frente a las violencias cometidas por actores armados. En el “marco de la violencia” existen una serie de dimensiones que se refuerzan en lugares de marginalidad y sobre ciertos sujetos, quienes resultan más expuestos a una violencia más cercana por parte de actores armados. Si

bien es cierto que cualquier persona que tuviere que convivir cerca a grupos armados vive en constante peligro, este aumenta en personas gay, lesbianas, bisexual o transgénero; adicional a esto es notable que, en su mayoría, estas víctimas de los sectores LGBT son personas que se encuentran en condiciones económicas precarias, quizás desde mucho antes de entrar en situación de vulnerabilidad o conflicto.

Por otro lado, estas a su vez son racializadas, aunque no siempre se identifican como afrodescendientes o indígenas, si bien con frecuencia provienen de zonas vulnerables, de notorias desigualdades socioeconómicas, raciales, etc.; es decir, la violencia ya no solo se origina de una orientación sexual, sino que ésta converge con situaciones raciales y territoriales. Es claro que hay territorios más permisivos que otros, pero esto es debido a algo más allá de lo sexual, étnico o territorial, y radica en la capacidad adquisitiva, en la escolaridad, y las alianzas políticas que se posean.

Orden de género, sexualidad y conflicto armado: Las condiciones de posibilidad de las violencias y sus consecuencias.

Es necesario comprender la tipicidad de las violencias que sufren las personas con orientaciones e identidades de género no normativas, dando un vistazo a la multiplicidad de actores y factores implicados en ella. Son muchos los testimonios de derechos vulnerados por parte de instituciones del estado, iglesia e integrantes de la sociedad; estas instituciones, han sido escenario de las experiencias de victimización y revictimización del conflicto armado, así como las consecuencias de estas.

La lógica del conflicto armado colombiano está sustentada en prácticas violentas de los grupos armados, que coinciden en buena medida con los imperantes de los contextos culturales en que ocurren estas violencias; se han dado avances significativos en la comprensión de lo que ha sucedido con personas apartadas de las normas del género y la

sexualidad, y mucho más si hablamos de un contexto en medio de la guerra vivida en Colombia, lo cual marca el momento de aparición de la violencia hetero normativa.

En el conflicto armado se ha aprovechado la problemática social para alimentar sus fines, entre estos la discriminación sexual o de identidad de género; la evidencia muestra que existe una relación activa entre la guerra, el género y la sexualidad, pues en la historia se ha venido configurando un sistema de género que margina a los sujetos que no cumplen con parámetros establecidos por el orden hegemónico hetero establecido en varios escenarios con trascendencia en el tiempo.

Por tanto, no es posible aislar las violencias estructurales que sufren quienes se apartan del orden de género y sexualidad hegemónicos, de aquellas violencias que se producen en el marco del conflicto armado del país, en tanto que algunos de los factores de la existencia de estas violencias son:

“i) Las transformaciones de los marcos legales y jurisprudenciales relacionados con los sectores sociales LGBT en el país y que dan también cuenta de la responsabilidad estatal en estas condiciones de posibilidad; ii) las condiciones estructurales de exclusión y marginalidad de estos sectores sociales; iii) el continuum y la circularidad de las violencias; iv) los espacios que estas personas; v) los discursos circulantes que han sustentado las violencias heteronormativas, y, finalmente, vi) la apatía de las comunidades hacia la violencia cometida por los armados. (CMH, 2015, p., 70).

Es importante reconocer las instituciones que posibilitan la victimización, y en aspectos de conflicto armado la re victimización de esta población; ya no solo nos quedamos en una dimensión urbana, sino que se reconoce la presencia de comunidades LGBTI en escenarios de conflicto armado, donde también son vulnerados. La marginalidad no es más que la respuesta a la desatención de un estado sin memoria e influenciable; los

medios de comunicación caricaturizan y desconocen la envergadura del problema social que este contiene; la violación física y mental, además de la segregación, que no solo emerge de los entes de control sino de la sociedad civil, llevando a estos individuos a escenarios marginales. Pierden sus derechos por el simple hecho de tener una condición diferente a la aceptada.

Ahora bien, la pertinencia étnica/racial, está vinculada con el entorno socioeconómico donde se encuentre el sujeto, y es un factor que mitiga o agrava las situaciones de riesgo. Por causa de la colonización en América y el Caribe, hay una relación estrecha entre la racialización y las condiciones de vulnerabilidad; en dichas zonas es donde hay mayor incidencia de sujetos en condición de marginalidad económica, además que a dicha situación se le superponen las representaciones sociales y los imaginarios negativos que puedan existir en torno a su etnia, raza y claramente, el género.

De esta manera se evidencia la emergencia del factor económico, en la alteración de las posibilidades que se le da a estos grupos, es decir, la emergencia de brechas sociales entre estos, y las causas de una re victimización entre los menos afortunados por su condición étnico/racial, el territorio que ocupa, su condición sexual y de género. De múltiples maneras de invisibilidad la problemática de estas personas, y se ha tomado como morboso el interés por estos.

¡Porque los niños juiciosos se acuestan temprano, a los demás los acostamos!: Control y “limpieza social”

El asesinato sistemático de personas que pertenecen a un grupo social considerado como marginal e indeseable por parte de los perpetradores, ha sido nombrado como “operaciones de limpieza social” o de “exterminio social”, en virtud de los discursos en los cuales se soportan tales actos y que aluden a la “necesidad” de limpiar de la sociedad aquello que se entiende como “contaminado”, como “sucio”,

como “indeseable”. En el país, los llamados grupos de “limpieza social” empezaron a organizarse y llevar a cabo sus acciones a finales de los años setenta. (Rojas, 1994, p. 21).

Si bien estas prácticas se realizan principalmente en zonas urbanas, estas han tenido cabida en el contexto rural en menor medida, permitiendo así que esta mal llamada “limpieza”, sea desvinculada del campo, es decir, desvinculada del conflicto armado.

Sus efectos sobre personas que se apartan de las normas de género y sexualidad, tienen lugar tanto en el campo como en las ciudades, puesto que las operaciones de “limpieza social” hacen parte de la militarización de la vida cotidiana y las disposiciones legales, sociales y políticas que involucra el conflicto armado y la misma militarización; pero esto se ha desconocido, esta realidad se ha olvidado, se ha negado a favor de intereses ajenos a la verdad.

Por otra parte, las lógicas de eliminación del “enemigo” en el marco del conflicto armado, así como la llamada “guerra sucia” que se emprendió a mediados de los ochenta contra hombres y mujeres líderes políticos y sociales, y contra colectivos, organizaciones sociales y de derechos humanos a través de acciones encubiertas entre grupos paramilitares apoyados por agentes del Estado, para establecer el proyecto paramilitar. Centro de Memoria Histórica, *Aniquilar la Diferencia* (2005).

La incursión de la disyuntiva amigo-enemigo en el imaginario de una sociedad en conflicto, con un orden social hegemónicamente heterosexual, produce que los sectores LGBT, en lugar de reconocidos, sean ‘marcados’; la construcción de este “enemigo” implica pensar que quienes se apartan de las normas de género y sexualidad atentan contra la construcción de la Nación imaginada por distintos actores armados en el país. Eso explicaría por qué, en el marco del conflicto armado, estos actores han propiciado,

favorecido u organizado directamente los llamados grupos de "limpieza social", y por qué han realizado acciones de hostigamiento y exterminio con los mismos fines, aunque en muchos casos sus víctimas no tengan claro quién o quiénes orquestan estos ataques.

Prejuicios en el desarrollo de las investigaciones y la falta de un enfoque diferenciado

Es necesario que las investigaciones sean rápidas, rigurosas ante asesinatos y amenazas de muerte, con independencia de la orientación sexual de las víctimas; por tanto, "deben adoptarse políticas y programas encaminados a superar el odio y los prejuicios contra las personas gays y a sensibilizar a las autoridades y al público en general ante los delitos y actos de violencia dirigidos a miembros de las minorías sexuales".

Ahora bien, la Comisión Internacional De Derechos Humanos resalta el avance en la investigación de crímenes cometidos contra las personas LGBTI; a su vez, observa que en algunos estados pertenecientes a la OEA, (Brasil, México, Honduras, Nicaragua, Colombia) han establecido unidades especializadas de acusación, con fiscales especializados en este tipo de crímenes. Estas unidades tienen la responsabilidad de garantizar los derechos de las personas LGBTI en sus jurisdicción, por medio de programas educativos y políticas públicas.

En aras de dar garantías a la problemática judicial hacia personas LGBTI, se han dispuesto una serie de charlas y capacitaciones para los jueces, las cuales no tienen carácter vinculante, pero son dadas con el fin de orientar adecuadamente los casos sobre orientación sexual, identidad de género y diversidad corporal. Se busca que puedan identificar estereotipos sexuales comunes, y concepciones erróneas sobre las personas LGBTI; así, el ideal de estas capacitaciones es garantizar el derecho a tener acceso a la justicia sin discriminación en diversas esferas, como el reconocimiento de la

identidad de género, la vida familiar, las relaciones familiares, trabajo y empleo, violencia y sistema penal, salud educación, la privación de la libertad, y la libertad de expresión y asociación.

La experiencia de la comunidad LGBTI a la hora de buscar acceder al sistema de justicia, indica que, en ese respecto, debe andarse 'con pies de plomo'; se debe cuestionar la neutralidad de la ley cuando es aplicada a personas de esta comunidad si se les pone en situación de desventaja a causa de su identidad de género u orientación sexual, o si no se facilita que se pueda evaluar la evidencia sin necesidad de estereotipos. Sobre la sociedad civil reposan prejuicios y parcialidades que afectan la investigación de crímenes contra esta comunidad, lo cual genera preocupación, puesto que son muchos los funcionarios con estas características, llevados por estereotipos e impresiones sesgadas, lo cual entorpece la investigación.

3. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Las entidades prestadoras del servicio de salud no han tenido en cuenta la jurisprudencia constitucional relevante, producida de 2012 a 2021, en el sentido de adoptar las disposiciones que permitan establecer los procedimientos necesarios y efectivos para salvaguardar los derechos fundamentales de la población transgénero, en la medida que las entidades. en lugar de adoptar procesos claros unificados, aplican criterios subjetivos y arbitrarios a la hora de decidir sobre los trámites que deben surtir para los procedimientos sobre tratamientos especiales y específicos que permiten atender necesidades médicas de la población transgénero.

En no pocos casos se niegan a prestar el servicio, asegurando que sus necesidades son meros procedimientos estéticos que no están cubiertos por el sistema POS, desconociendo así las reglas que la jurisprudencia ha

expresado, y vulnerando la categoría que adquirió esta población, esto es, de especial protección constitucional.

Por tanto, el análisis de la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de la vulneración de los derechos fundamentales de la población transgénero, respecto de casos relacionados con la negación de procedimientos de afirmación sexual para esta población, permitirá identificar, categorizar y señalar los elementos mínimos necesarios para orientar la configuración de un posible manual de procedimiento unificado que señale a las entidades prestadoras de salud las rutas adecuadas, efectivas, inequívocas y no victimizantes para garantizar a las personas transgénero el acceso adecuado, oportuno, pertinente e integral al derecho a la salud.

4. TRATAMIENTO DE VARIABLES Y RESULTADOS ESPERADOS

Las variables que se desprenden de la hipótesis, a grandes rasgos refieren, en primer lugar, al número de veces y a la forma en que son tenidas o no en cuenta las reglas que la jurisprudencia constitucional ha emanado para el tratamiento de la atención en salud de la población transgénero.

Por otra parte, se considera el número de veces que se regula de manera detallada e interdisciplinar en los reglamentos médicos o manuales de procedimiento internos, los pasos a seguir o los derroteros bajo los cuales se debe aplicar un tratamiento a una persona transgénero.

Incide en lo anterior, la cantidad de conceptos expuestos en resoluciones del Ministerio de Salud, que obligan a las IPS a adoptar determinado criterio de cambio en la estructura hospitalaria, en el procedimiento administrativo, o en el trato médico, para asegurar el cumplimiento de lo expresado por el tribunal constitucional.

En este orden de ideas, es importante evaluar la cantidad de intervenciones o procedimientos médicos a los cuales los transgénero han accedido, en comparación a quienes les negaron el servicio: para ello también debe tenerse como indicador, el tiempo que duro todo el procedimiento de quienes accedieron.

A su vez, debe medirse qué tipos de tratamientos son solicitados con más frecuencia por esta población y. asimismo identificar mediante cuál régimen –contributivo o subsidiado- se han reportado más solicitudes: de este mismo modo también es preciso establecer cuál es el procedimiento establecido entre uno y otro régimen y el tiempo que les tomó poder acceder de manera efectiva a determinados procedimientos.

Desde luego, debe tenerse en cuenta la variable régimen, habida cuenta que el tema financiación incide. Debe medirse en el número de veces que x tratamiento se realiza en uno y otro régimen, además de la asignación

financiera interna, ya que esta puede incidir, es decir, hacer dependiente el tratamiento para una persona que cambie su situación socio-económica.

Al momento de la planificación de la entrevista se dan aspectos primarios para desarrollar de la mejor manera la misma, por esto se exponen varios tópicos, a saber: que las preguntas vayan de descripciones y de relaciones que pueda tener el entrevistado a preguntas más complejas que den cuenta del tema a tratar; el uso de preguntas que no influyan a determinada respuesta –es decir abiertas-, que no sean dicótomas es decir que no se remitan a un sí o un no, ya que se perdería información o descripciones valiosas; focalizar y tener una secuencia, evitar decir ¿por qué? ya que se supedita todo a una causalidad y por ultimo poner ejemplos de relación lo más prácticos y simples posibles.

A la hora de realizar la susodicha entrevista se debe ser lo más preciso que se pueda, tener en cuenta el ambiente, el tiempo y el espacio de manera previa, mantener el control de la entrevista, planificar unas conclusiones.

Se indica la entrevista a grupos focales, como una estrategia de recolectar la mayor información, en el menor tiempo posible, se realiza con un grupo de mínimo seis personas, esta debe ser rigurosa. En la selección de la muestra se debe programar y clasificar en términos demográficos, socio-económicos, de género, de raza, entre otros. Para de esta manera reducir la población y hallar la que mejor sea pertinente, para recolectar la información de la problemática.

Frente al particular, Bonilla y Rodriguez (1997) expresan que:

“la entrevista a grupos focales es un medio para recolectar, en poco tiempo y en profundidad un volumen significativo de información cualitativa, a partir de una discusión con un grupo de seis a doce personas, quienes son guiados por un entrevistador para exponer sus

conocimientos y opiniones sobre temas considerados importantes para el estudio” (Página 104)

5. MARCO METODOLÓGICO

Respondiendo al interés de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca por fomentar la investigación científica y, en particular, aquella que responda a los problemas de la sociedad contemporánea, con pertinencia social y científica, la presente investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo, en el cual se “utiliza como herramientas a las palabras, textos, discursos, dibujo, gráfico e imágenes (datos cualitativos) para comprender la vida social por medio de significados, desde una visión holística” (Guerrero, 2016, p. 2), y desde el cual se alternaron en dos etapas dos modalidades de investigación, a saber: el análisis documental y la hermenéutica desde sus distintos niveles, a saber: el análisis de textos, de discursos y contenidos, a fin de alcanzar tanto una recolección suficiente de información, como una interpretación profunda y rigurosa de la misma que permita una comprensión del fenómeno y una perspectiva de resolución.

De esta manera, en la primera etapa de la investigación se utilizó una técnica de recopilación de la normativa aplicable y el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en lo relativo a los tratamientos en salud de la población transgénero, tomando como punto de partida la herramienta de rastreo por medio de la relatoría, aplicativo oficial de consulta de la Corte Constitucional, estableciendo como criterios de búsqueda palabras clave como tutela, salud, transgénero y con un criterio temporal que permitiera realizar una reconstrucción del precedente jurisprudencial; así, se seleccionaron todas las sentencias relevantes para el tema de investigación, es decir, las que estuvieran relacionadas con el otorgamiento de

procedimientos de reafirmación de sexo, para personas transgénero y en un período reciente, situando así la investigación en el plano jurídico y el contexto colombiano, por medio de lo cual fue posible determinar la normativa aplicable a estos casos específicos, el nicho citacional y determinar el precedente jurisprudencial, que se ha mantenido uniforme en esta década.

Este ejercicio permitió una base documental de fuentes que, por una parte se constituyeron en el insumo para la siguiente fase de la investigación, así como en un referente para construir, fundamentar y organizar el marco teórico que da sustento al análisis de la problemática.

De esta manera, en la segunda parte de esta primera fase, se estableció el estado del arte a partir de la herramienta de Google Académico y de otros buscadores académicos, realizando el rastreo de artículos que hicieran referencia a temas de identidad de sexo, género, historia constitucional colombiana, información sobre la Reforma, Concordato, Código Penal, entre otras, encontrando vasta información frente a la población transgénero, incluso previo a la colonización.

Una vez identificadas las fuentes primarias y secundarias, se procedió a la discriminación y selección de las más relevantes desde el punto de vista teórico, la pertinencia para la investigación, así como la actualidad de la información, lo cual permitió determinar el material base a analizar en el estado del arte; paso seguido se procedió a la delimitación del marco teórico el cual tiene un sustento de corte filosófico, orientado por el pensamiento de las autoras Beatriz Paul Preciado y Judith Butler, por medio de las cuales se realizó la categorización sobre género y sexo, y se complementó con autores e informes institucionales sobre los cuales se encuentra información referente al plano nacional.

Con la información recopilada de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, se procedió a la siguiente fase de la investigación, a saber, el

ejercicio hermenéutico, entendido a este “como una interpretación a partir de la reconstrucción del mundo del texto” (Sandoval, 2002, p. 68), es decir, ir más allá de la interpretación literal (primer nivel de hermenéutica), para llegar a una profundización del fenómeno.

Así, se extrapolaron las historias de vida presentes en la jurisprudencia seleccionada para identificar los elementos problemáticos representativos del fenómeno investigado y, principalmente, el discurso de las partes involucradas en la discusión, esto es, las personas afectadas (comunidad transgénero y/o sus familias), entidades prestadoras de servicios de salud, entes de control, jueces de primera y segunda instancia, así como los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional.

Esto permitió identificar y clasificar las recurrencias y las tendencias en los discursos de una y otra parte, es decir, las situaciones que enfrentan los quejosos, las limitaciones formales que encontraron en los procesos y los prejuicios frente a esta población que amenazan el cumplimiento efectivo de sus derechos. Por otra parte, los argumentos, discursos y prejuicios que enuncian los operadores judiciales y las autoridades en materia de salud para otorgar o negar derechos, lo cual permitió que, por último, se analizara el contenido de las sentencias a luz de la Constitución y las leyes, pero también desde una perspectiva histórico – social que permitiese la identificación y comprensión del impacto social de la lucha histórica por los derechos de la comunidad LGBTI, en particular, por el acceso efectivo al derecho a la salud de la comunidad transgénero; a la vez, permitió comprender el discurso que genera las limitaciones para el cumplimiento de este derecho, lo cual enmarca el sustento para delimitar alternativas de solución a la problemática planteada.

CAPÍTULO 1. SER TRANSGÉNERO EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA LUCHA HISTÓRICA

El problema de la discriminación a la población transgénero es de vieja data en el contexto colombiano lo cual se puede corroborar a través de un análisis histórico y social sobre el tema; basta solo con analizar el Código Penal de 1936, en el cual se prohibían las “conductas homosexuales”. entre otras prácticas. De esta manera, se condicionó al sujeto entre los roles que debía tomar en la sociedad, los trabajos que debía desarrollar y el comportamiento que debía mantener.

Ahora bien, desde el punto de vista sociológico la transexualidad, según Rubio, (2009, p. 1) puede ser definida como la condición en la que una persona con una diferenciación sexual somática aparentemente normal, tiene la convicción de que él o ella es en realidad un miembro del sexo opuesto. En este sentido, es necesario hacer la constatación respecto del hecho de que una persona es transexual porque su identidad de género no coincide con su anatomía corporal y, por esta razón se ajusta a vivir socialmente. conforme a su género, es decir, afecta a la “identidad de género puesto que para la persona transexual no se reconoce como tal hasta obtener el diagnóstico (sobre todo el psicológico).

Ahora bien, desde el punto de vista de la sexualidad no sería algo biológico, sino una construcción social, una tecnología, y sólo trascendiendo la dicotomía entre sexo y género se puede articular un discurso y una acción política que rompa con la labor normalizadora y mutiladora de la diferencia sexual. Lo que en términos de Viveros (2009), es desarrollar un análisis y una práctica basados en el principio de que los sistemas de opresión racial, sexual, heterosexual y de clase estaban

interrelacionados de tal forma que era difícil distinguirlos en la experiencia concreta de las mujeres racializadas y planteó la necesidad de construir un espacio político de alianzas y luchas comunes en relación con las complejas intersecciones constitutivas de las relaciones de subordinación a las que se enfrentan las mujeres concretas, respondiendo no solo a la dominación de género y de clase, sino también al racismo y al heterosexismo.

“Para la persona transexual una cosa es tener clara su identidad sexual y de género, y otra cosa bien distinta es reconocerse como transexual. La evolución del término ha dejado en enterver las carencias e incoherencias que muchos autores y autoras anteriores, arraigados a la psiquiatría, establecían con respecto a la transexualidad. Con el transcurso de los años se habla de un proceso, el que la persona identifica que el género con el que vive y asume en su vida social no coincide con el sexo biológico que exterioriza su cuerpo y sus documentos legales, pero que quiere formar parte de alguna de las dos identidades sexo-genéricas consolidados, así como alcanzar una coherencia entre su sexo y su género. (Peña, 2011).

Para Nicole Claudie Mathieu (2005), existen dos modelos explicativos para comprender el sexo y el género, el primero de estos modelos es bautizado como “identidad sexual” de acuerdo con ella, es particularmente popular en el ámbito de la psicología y del psicoanálisis. Este modelo concibe el sexo como un sustrato biológico que está por fuera de las relaciones de poder y que puede manifestarse únicamente de dos formas: macho y hembra.

El sexo, sin embargo, no es inocuo, ya que este "sustrato neutral" define por las características y el destino de la persona, lo que quiere

decir que los seres humanos cuentan con determinadas aptitudes, capacidades, habilidades y facultades dependiendo del sexo con el que nacen. El peso que este modelo le da al sexo es capital y, por ello, bajo el crisol de estas concepciones se afirma que la biología es destino; así, en efecto, se es mujer, femenina, delicada y maternal porque se nació hembra, y se es hombre, masculino, fuerte, autónomo y desordenado porque se nacido macho. El género, por su parte, está inexorablemente atado al sexo pues es justamente la forma a través de la cual este se expresa. Aquí, el género no requiere ningún tipo de elaboración cultural o social, un está dado de antemano por lo biológico, y, por tanto, está basado en una "conciencia individualista del sexo". En consecuencia con lo anterior, la identidad de género es concebida en estas teorías como el resultado de una suerte de esencia, lo que la hace invariable y sustancial.

La noción de género apareció en el contexto del discurso médico como un término que hacía referencia a las tecnologías de intervención y modificación de los órganos genitales y cuyo único objetivo era llevar a cabo un proceso de normalización sexual, para (Preciado,2002, P 31).

Persecución institucional: 1980 A 1990

En este periodo es clara la influencia de la iglesia católica, permeando sus ideales de "lo correcto y lo incorrecto, lo moral y lo inmoral, lo normal y lo anormal" (Urrego, M. 1997), no sólo en el plano educativo, donde el único modelo era el católico, apostólico y romano. Dicha influencia tenía gran incidencia en el ordenamiento jurídico.

Se encuentra que desde 1890 ya estaban penalizadas en el país las relaciones entre un adulto y un joven, así ambos fueran personas mayores de edad, con la promulgación del Código Penal de 1936 que se incluyó el tipo penal de “acceso carnal homosexual”, el cual establecía como delito los encuentros homosexuales, lo cual supuso una prohibición de las relaciones entre parejas del mismo sexo. Dicha prohibición fue mantenida hasta 1980.

En cuanto a las personas transgénero, si bien no existía una claridad frente a la diversidad de identidades de género, con el Decreto 522 de 1971, artículo 323, se legitimó la violencia policial en contra de dicha población, ya que dicho artículo rezaba lo siguiente “El que en sitio público o abierto al público ejecute hecho obsceno, incurrirá en arresto de uno a seis meses”.

De acuerdo al informe de Memoria Histórica denominado Aniquilar la diferencia de 2015, en el cual se recopilan relatos de diversas víctimas de la discriminación y persecución por motivos de sexo y género, la fuerza policial inició una cruzada en contra de las personas que no se ajustaban con los parámetros de –hombre- y –mujer-especialmente en contra de las mujeres transgénero.

Las diversas violaciones a derechos humanos de la población transgénero por parte de la policía, estaban dotadas de legalidad a partir de las disposiciones del código penal de 1936.

La diversidad sexual y de género, limitado en gran parte el desarrollo del proyecto de vida de las personas LGBTI, toda vez que hasta hace menos de cincuenta años, datan estatutos, sobre los cuales se establecía la homosexualidad como “causales de mala conducta”, Decreto 2277 de 1979, Estatuto Docente, “Artículo 46. CAUSALES DE MALA CONDUCTA. Los

siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta: (...) b) El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales.” Es decir, que la orientación sexual y el género no binario, también eran determinantes para desarrollar su proyecto de vida, limitándolos.

En el ámbito colombiano, se encuentran registros con respecto a sexo y género del año 1980, año en el cual se intensificaron las protestas por parte de la población LGBTI, en procura de la protección de sus derechos por medio de León Zuleta, considerado el primer activista LGBT en Colombia, fue el promotor de la primera marcha gay en el país, llevada a cabo en 1982, en compañía de Manuel Antonio Velandia Mora y 32 homosexuales más, que tuvo su epicentro en la ciudad de Bogotá. El símbolo portado por los asistentes a la concentración era el triángulo rosado y el número de la cédula en la mejilla de cada quien, como recuerdo de lo sucedido a los homosexuales en la Alemania nazi (Colectivo León Zuleta, 2016).

De la anterior etapa, resaltan las ideas religiosas predominantes que niegan la diversidad y legitimadas en la institucionalidad se reprimen las ideas y comportamientos que no se acoplan al marco de lo –normal-.

Visibilización parcial: 1991 a la actualidad:

La Constitución de 1991 y el Estado Social de Derecho, es un gran logro para la consolidación y reconocimientos de las personas de la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexual, Travesti, Bisexual e Intersexual, de ahora en adelante (LGTBI), que, pese a que no se les da un reconocimiento expreso, por medio de los principios de libertad de expresión, el multiculturalismo y el pluralismo, entre otros, han sido apropiados y desarrollados en torno a la protección de Derechos Fundamentales de esta población.

Se encuentra un gran contenido de sentencias de Tutela de la Corte Constitucional, quien ha establecido un precedente en procura de la protección de derechos de esta población, entre los cuales se destacan las sentencias sobre derechos patrimoniales de personas del mismo sexo, adopción entre parejas del mismo sexo, prestación de servicio militar para personas transgénero violencia en entornos educativos y laborales, reconocimiento de identidad de género en términos del sistema carcelario, entre otras.

Dichas providencias, pese al cambio social del país, pese a la libertad de credo y el reconocimiento de Colombia como un país laico, ha presentado fuertes posturas divergentes por parte de instituciones religiosas, principalmente la iglesia católica, quien es principal detractora de la consolidación de derechos fundamentales para la comunidad LGBTI.

Pese a que la Corte Constitucional ha mostrado un avance progresivo en torno a la visibilización y protección de derechos de la comunidad LGTBI, en debates como el matrimonio y la adopción homoparental, la comunidad religiosa ha presentado una oposición directa a dichos pronunciamientos, incluso llegando a enviar comunicaciones al Vaticano, solicitando un concepto frente a la postura de la Corte Constitucional Colombiana, dicha situación dividió la conversación nacional, ya que no sólo involucró el debate jurídico sobre el reconocimiento de derechos sociales y civiles, sino que abrió un debate religioso frente a dicha concesión, dividiendo opiniones de diferentes sectores de la sociedad y aumentando la brecha social.

Pese a que en la actualidad sigue la controversia sobre el reconocimiento de derechos para personas LGTBI, existen avances en materia de

visibilización de la diversidad, en la actualidad la Corte Constitucional cuenta con un precedente uniforme frente al matrimonio entre parejas del mismo sexo, reconocimiento de la identidad de género para la prestación del servicio militar, protección de no discriminación por causas de orientación sexual, protección en la prestación de servicios integrales de salud para tratamientos de reafirmación de sexo de personas transgénero entre otras.

CAPÍTULO 2. RECUENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO DE LA POBLACIÓN TRANSGÉNERO A PROCEDIMIENTOS DE REAFIRMACIÓN SEXUAL

2.1. Marco normativo mediante el cual se regulan procedimientos de reafirmación sexual, para la población transgénero.

Una de las barreras principales, para la autorización de procedimientos de reafirmación sexual para la población transgénero es asociar los procedimientos de “feminización” o “masculinización” según sea el caso, como “estéticos” y no necesarios toda vez que no afectan la vida.

Situación ante la cual es importante recordar que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 100 de 1993, por integralidad se entiende: “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población”, en este sentido, las condiciones de vida no sólo deben ser analizadas desde una perspectiva funcional, sino que ello debe analizarse también frente al proyecto de vida de las personas y como se ve alterado o no, de acuerdo a los tratamientos que el grupo médico interdisciplinar considere necesario para garantizar un desarrollo correcto de su plan de vida.

Para el caso de las personas transgénero, la no realización de procedimientos de reafirmación sexual, no sólo los desestabiliza desde una perspectiva física, sino también psicológica, toda vez que se les niega la oportunidad de formar su proyecto de vida de acuerdo al género con el cual se identifican.

Dicha situación le impone a las entidades prestadoras del servicio de salud una serie de responsabilidades específicas, en aras de proteger los derechos a la identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y salud de las personas transgénero por lo cual el objeto de este capítulo será revisar los avances del Plan Obligatorio de Salud para la protección de la población transgénero así como las normas y resoluciones por medio de la cual se regulen procedimientos de reafirmación sexual y las obligaciones de las entidades prestadoras del servicio de salud tanto de régimen contributivo como subsidiado, respecto a estos procedimientos.

2.1.1. Proceso de unificación del Plan Obligatorio de Servicios en Salud

Dicho proceso de unificación buscó que, a partir del 1 de julio de 2012, los afiliados al régimen subsidiado accedan a los servicios de salud de la misma manera que los afiliados del régimen contributivo, es decir, que la prestación de servicios del Plan Obligatorio de Servicios en Salud, no dependerá del régimen.

Dicha unificación parte de lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y al principio de equidad en el acceso de servicios en salud, se buscó ampliar el acceso a los afiliados del régimen subsidiado a disfrutar tecnologías en salud a las que antes no tenían acceso, operaciones especializadas, radiografías de diagnóstico, acceso a consultas con

especialista sin autorización de las secretarías de salud correspondientes entre otros.

En dicho proceso se emitió Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, en el cual se han excluido diversos procedimientos, actividades, tratamientos y suministro de elementos.

Indicando que no aplicarán procedimientos estéticos, terapias de infertilidad, tratamiento de sicoterapia, sicoanálisis entre otros.

2.1.2. Ley 1751 de 2015

Ley Estatutaria 1751 de 2015, se determinó el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable del derecho a la salud, en consideración a su estrecha relación con el mandato de la dignidad humana. Al respecto, la Corte ha señalado que “(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano.”

En la presente ley se determina que: “el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”.

Al respecto, la Corte Constitucional determina que el derecho a 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 la persona.

2.1.3 Resolución 6408 de 2016

La presente Resolución expedida por el Ministerio de Salud y Protección social de 26 de diciembre de 2016, “Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC)”

En la presente Resolución se especifican procedimientos de reafirmación sexual de manera clara y específica, algunos de los más usuales son los siguientes: “amputación total del pene o penectomía total sod; orquiectomía (testículo) sod; orquiectomía con epidididectomía –radical- ; vaginoplastia, vía abdominal; vaginoplastia, vía perineal (CUP 706102); vaginoplastia, vía abdominoperineal, entre otros.

Es preciso recalcar que dichos procedimientos ya estaban contemplados desde el Acuerdo 029 de 2012. De lo cual se desprende que no podría negarse la práctica de dichos procedimientos por no estar contemplados dentro del Plan de Beneficios en Salud.

2.2. Análisis del Precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-918-2012
FECHA	8 de Noviembre de 2012
MAGISTRADO PONENTE	Jorge Iván Palacio Palacio
HECHOS RELEVANTES	
<p>La accionante nació el 3 de diciembre de 1968 con sexo masculino.</p> <p>Señala que el 21 de septiembre de 2010 la E.P.S. accionada le negó el medicamento leuprolida acetato 3.75 mg, formulado por el médico tratante, argumentando “negación por Comité Técnico Científico”.</p> <p>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 cuidado, indica que, en abril de 2011, la empresa Aliansalud dio respuesta al anterior</p>	

requerimiento de forma negativa, bajo los argumentos de que no existía un riesgo inminente para la vida y la salud.

El 16 de enero de 2012, recibió respuesta en la que la entidad señaló que realizaría una junta interdisciplinaria con respecto a su solicitud. Luego, en comunicación de 23 de enero, le informaron que *“se estudió nuevamente el caso y su cirugía quedó negada no hay riesgo inminente para la salud y la vida”*.

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”*.

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. 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, solicita *“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”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El ad-quo concluyó que teniendo en cuenta que la accionante no había acreditado su falta de capacidad económica, para acceder a estos tratamientos médicos, debía asumir dichos procedimientos, ya que además no estaban contemplados en el POS.

Dicha sentencia de Tutela proferida el 30 de abril de 2012, fue impugnada.

El Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, confirmó la providencia toda vez que consideró que no se logró demostrar que los procedimientos que fueron objeto de la acción constitucional, *“constituyen un supuesto para la preservación de la vida, la salud y la integridad personal de Loreta”*, además de ello indicó que no se demostró la falta de recursos para costear dichos tratamientos.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Los procedimientos de reafirmación sexual deberán ser cubiertos por la EPS, aunque no tengan como fin salvaguardar la vida o un fin funcional y no estén cubiertos por el POS?

RATIO DECIDENDI

Indica que la reasignación sexual a la que una persona decide someterse, tiene como objeto adecuar psicológica y físicamente, de acuerdo al sexo bajo el cual se identifica, aduciendo que ello forma parte del libre desarrollo de la personalidad y que ello influye en su proyecto de vida y relaciones sociales.

“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.”

Encontró que dichos procedimientos estaban dentro del POS, y que al verificar la historia médica de la accionante, se encuentra que el equipo médico que le estaba atendiendo, fue quien ordenó dichas intervenciones quirúrgicas, situación por la cual el fallador debió acceder a la petición incoada por Loreta.

Encuentra reprochable la negación del amparo constitucional, toda vez que fue posible verificar que la accionante estaba llevando un procedimiento médico y derivado de ello se ordenaron las intervenciones médicas, indicó que dichos procedimientos estaban en el POS, situación por la cual además no era necesario acreditar la incapacidad económica, teniendo en cuenta que los procedimientos estaban contemplados en el plan de beneficios en salud.

CONCLUSIONES

La Corte Constitucional establece qué:

- El derecho de salud no se limita a un aspecto físico o funcional, también

abarca la salud mental y sexual, ya que sólo así dicha población podría tener un estado de bienestar general.

- Los procedimientos de reasignación sexual petitionados estaban incluidos dentro del plan de beneficios.
- Cuando los procedimientos están contemplados en el POS, no requieren acreditar situación de necesidad económica para reconocerlos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-771 de 2013
FECHA	7 de Noviembre de 2013
MAGISTRADO PONENTE	MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
HECHOS RELEVANTES	
<p>Ana Sofía Arango Berrio manifestó que el 7 de octubre de 2011 fue atendida por el endocrinólogo Alfonso Bayona quien le formuló los exámenes médicos necesarios para la terapia hormonal a seguir en su caso.</p> <p>Teniendo en cuenta que en la EPS en la cual era atendida en Antioquia indicó que no tenía el capital médico ni tecnológico para atenderla, le sugirió que se trasladara a Bogotá, ya que allí podrían realizar dichas intervenciones, por lo cual se realizó un convenio con la EPS Compensar, no obstante, Comfenalco Antioquia negó las autorizaciones médicas indicando que no estaba dentro del POS y la remitió para el Hospital San Ignacio.</p> <p>La peticionaria también informó que el servicio de psiquiatría del Hospital San Ignacio en Bogotá, luego de examinarla y valorarla, consideró que, conforme a su diagnóstico y pruebas practicadas, no existe contraindicación para realizar la reasignación sexual, razón por la cual dicho procedimiento fue</p>	

aprobado incluyendo la mamoplastia de aumento.

“El Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud NO POS de la EPS negó la autorización para su realización por considerar que, primero, dicho procedimiento no está en el POS y, segundo, la solicitud no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 6º literal d) de la Resolución 3099 de 2008 del Ministerio de la Protección Social – hoy Ministerio de Salud y Protección Social. Es decir, no fue verificada la existencia de un riesgo inminente para la vida o la salud de la paciente, así como la prueba y constancia del mismo en la historia clínica respectiva.”

La accionante indica que existen dilaciones injustificadas, razón por la cual solicita le sean tutelados sus derechos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Ad-quo tuteló los derechos fundamentales de la accionante, indicando por un lado que habían sido debidamente autorizados por los médicos especialistas tratantes, así mismo indicó que dichos tratamientos estaban directamente relacionados con el desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida de la tutelante; identificó también que los procedimientos solicitados en el amparo constitucional estaban debidamente señalados en el POS, razón por la cual no había justificación para su negativa.

La sala del Tribunal superior de Bogotá revocó la decisión, indicando que Compensar EPS, ha suministrado los tratamientos y medicamentos necesarios para la reafirmación de género, sin embargo la práctica de la mamoplastia de aumento, no esta incluido dentro del POS y señala que “no afecta sus condiciones de vida digna”, ya que indicó que dicho procedimiento era meramente estético y no evidencia ningún fin funcional.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Son necesarios los procedimientos quirúrgicos en la región mamaria y órganos sexuales para garantizar el goce efectivo de la salud y otros derechos fundamentales? ¿existe una vulneración de Derechos Fundamentales por parte de la EPS?

RATIO DECIDENDI

“La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud”.

La Corte resolvió conceder el amparo por considerar que las EPS *“vulneran el derecho a gozar el nivel más alto de salud de las personas transgénero 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”*.

No obstante lo anterior, la Corte advirtió que *“no es inusual que las autoridades de salud limiten el acceso al servicio a las personas transgénero con base en su apariencia diversa, su identidad legal o el conocimiento de que hacen parte de dicha minoría”*. Sobre este punto, llamó la atención acerca de la decisión de personas transgénero que deciden consumir *“altos niveles de hormonas sin supervisión o [practicarse] cirugías en clínicas informales”* como alternativas *“menos discriminatorias, menos costosas y con menos barreras de acceso”* que los Sistema de Seguridad Social formales.

En efecto, el Acuerdo 029 de 2012, mediante el cual se actualizó el Plan Obligatorio de Salud, incluye de manera explícita los siguientes servicios, cuya práctica no está restringida al tratamiento de una enfermedad en particular: amputación total del pene o penectomía total sod (CUP 643200); orquiectomía (testículo) sod (CUP 623000); orquiectomía con epidididectomía –radical- (CUP 623001); vaginoplastia, vía abdominal (CUP 706101);vaginoplastia, vía perineal (CUP 706102); vaginoplastia, vía abdominoperineal (CUP 706103).

La Corte encuentra que en el caso de la accionante la mamoplastia de aumento ordenada, no tiene una finalidad meramente estética ya que es un procedimiento integral de reafirmación de género.

Ahora bien, en lo relativo a la mamoplastia de aumento, se encontró que efectivamente esta no estaba en el Plan Obligatorio de Salud, no obstante, el juez de tutela debe analizar los presupuestos de necesidad del procedimiento.

Así mismo, la corte precisó que para que el Comité Técnico niegue una orden de médico tratante, lo deberá hacer bajo presupuestos técnicos y científicos, ya que no es admisible esbozar argumentos de tipo administrativo o presupuestal para negar el procedimiento. Los elementos deben indicarse de manera concreta, situación que no se cumplió por parte de Compensar EPS.

Precisó que en el caso particular la mamoplastia no tiene un carácter meramente estético, ya que para el caso de las mujeres transgénero reviste un carácter funcional y en esa medida compensar debió autorizar su práctica.

CONCLUSIONES

- En el acuerdo 029 de 2012, se actualizó el Plan Obligatorio de Salud, POS, en el cual se añaden tratamientos de reafirmación sexual y se indicó “sin que se restrinja su práctica al tratamiento de alguna enfermedad específica”.

- Las EPS tienen la obligación legal de brindar los tratamientos ordenados por el médico tratante a menos de que estos sean controvertidos de forma técnico-científica.
- Los derechos de las personas transgénero a acceder a tratamientos de reafirmación sexual deben ser protegidos, toda vez que el derecho a la salud de las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos de inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano.
- Las barreras de acceso a tratamientos médicos para la población transgénero vulneran su derecho a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual, cuando a que pese a que el médico tratante ordena los procedimientos estos son negados bajo el argumento que su vida e integridad física no están en riesgo.
- El acceso a atención médica para las personas transgénero no implica sólo el reconocimiento de sus necesidades particulares en lo relativo a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de la reafirmación, sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan la cual en si misma constituye una barrera de acceso al sistema de Seguridad Social en Salud.
- Los procedimientos quirúrgicos modificatorios de regiones mamarias u órganos sexuales de las mujeres, no tienen carácter meramente estético cuando son necesarios para garantizar la salud y el goce efectivo de los derechos fundamentales.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-552 de 2013
FECHA	22 de agosto de 2013
MAGISTRADO PONENTE	MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

HECHOS RELEVANTES

Yesica Paola Serna Gómez es un mujer transgénero de 45 años de edad, instauró acción de tutela solicitando un proceso reconstrucción de su identidad de género y sexo porque “*me siento mal ya que nací en un cuerpo que no me corresponde*”.

Charlie Santiago Noriega es un hombre transgénero de 17 años de edad, actuando por medio de representante, indica que quiere iniciar el proceso de reasignación de sexo mediante la realización de tres intervenciones quirúrgicas: *mastectomía, histerectomía y ooforectomía*, las cuales fueron recomendadas por la psiquiatra y el urólogo.

Las personas accionantes de los expedientes de la referencia, una en causa propia, y otro actuando a través de su representante, solicitaron al juez de tutela que se ordene a las entidades de salud a las cuales se encuentran afiliados, ambas EPS del régimen subsidiado, la autorización para realizarse varios procedimientos médicos. En el primer caso se solicitó “*la cirugía de cambio de sexo*” sin hacer alusión a un servicio médico concreto; en el segundo caso, las intervenciones quirúrgicas *mastectomía, histerectomía y ooforectomía*. Los peticionarios consideran que la negativa de las entidades accionadas a autorizar los servicios señalados, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad.

ACTUACIÓN PROCESAL

En el caso de Yesica Paola, el ad-quo niega el amparo constitucional, indicando que la accionante no se había sometido a ningún tratamiento médico sobre el cual se hubieren señalado los procedimientos médicos a ordenar, que el desconocimiento por parte de la accionante era visible y que era necesario

que se realizara una valoración interdisciplinar.

En el caso de Charlie Santiago, el Ad-Quo amparó sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, identidad, Salud Física y Mental, y ordenó a la EPS suministrar los servicios ordenados por el urólogo.

La decisión fue impugnada por la EPS, indicando que el tratamiento hormonal debía ser asumido por la Secretaría Departamental de Salud del Cauca.

El Ad-quem, confirma la sentencia impugnada adicionando que la EPS tiene derecho a hacer los recobros pertinentes al FOSYGA.

PROBLEMA JURÍDICO

¿vulnera un EPS (Comfama EPS-S) los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad de una afiliada (Yesica Paola Serna Gómez) al no valorarla y suministrarle la información necesaria y suficiente a nivel psicológico y médico, sobre el procedimiento de *reasignación de sexo* (intervenciones que lo componen, profesionales involucrados, consecuencias posibles para la salud y la vida, y alternativas), y por no brindarle el seguimiento apropiado para que pueda afirmarse que existe consentimiento informado en relación con los servicios médicos pedidos?

¿vulnera una EPS (Asmet Salud EPS-S) los derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, y al libre desarrollo de la personalidad de un afiliado (Charlie Santiago Noriega Peña) por (i) no ofrecerle acompañamiento apropiado para que pueda afirmarse que existe consentimiento informado en relación con los servicios médicos requeridos para su reasignación de sexo, y (ii) previa una evaluación apropiada de su salud

física, autorizarle los servicios de salud que componen el procedimiento *reasignación de sexo*?

RATIO DECIDENDI

-Frente a los derechos de las personas transgénero de acceder a los servicios de salud:

la Sala considera importante hacer la siguiente precisión: las personas que solicitan atención médica especializada con el fin de adelantar un proceso quirúrgico para reasignar su sexo, se identifican con un género y un sexo distinto del que les fuera asignado al nacer, con fundamento en ciertas características biológicas. En este contexto, en lugar de emplear la expresión coloquial de “cambio de sexo”, es más acertado referirse a la *reafirmación sexual quirúrgica* como el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o sexo en el cual las personas *transgénero* viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo, del otro. Dicho proceso podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica en el caso concreto.

La corte precisa que las garantías médicas para el acceso de la población transgénero a los servicios de salud, deberá estar en armonía con la sujeción de los conceptos brindados por el médico especialista, ya que en el caso de las personas transgénero la asistencia en salud será determinada por el concepto de los especialistas.

-Frente a la violación del deber de información en el caso de Yesica Paola Serna Gómez:

Para el caso de Yesica Paola Serna Gómez, se encontró una vulneración de

derecho de la EPS, ya que en el artículo 199 de la Ley 100 de 1993, se revé la obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud, de ofrecer la información necesaria para que sus afiliados puedan acceder a los servicios de salud que requieran y así poder elegir la mejor opción para garantizar sus derechos.

Señaló que la información que debe brindarse a los usuarios debe contener: *“(i) cuáles son los servicios de salud que requieren, (ii) cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, y (iii) cómo acceder.”*, puntualizando también que la información que se suministre debe ser específica al servicio que solicita la persona o el médico tratante.

Indica que en el caso de Yesica Paola, la EPS conoció la petición de la accionante de someterse a una cirugía de reasignación de sexo, a lo cual la EPS, se limitó a indicar que no era posible porque no se encontraba en el POS de régimen subsidiado, lo cual la Corte Constitucional señaló como desinformación ya que en el Acuerdo 029 de 2011 de la CRES, en su artículo 10 del Título II, *“los beneficios contemplados en este Título se entienden dispuestos para los afiliados al Régimen Contributivo y para los afiliados al Régimen Subsidiado, para quienes se haya unificado o se unifique el Plan Obligatorio de Salud.”*

La entidad accionada no podía negar el acceso a ningún servicio solicitado por la accionante aduciendo que no encuentra contemplada en el POS del régimen subsidiado, porque no es cierto que hay un POS para el régimen subsidiado y otro para el régimen contributivo.

Por lo cual revoca la sentencia proferida y ordenó a la EPS-S, que organizara un grupo interdisciplinario con profesionales para que apoye a la

accionante en el procedimiento que corresponda.

CONCLUSIONES

- Frente a los procedimientos de reafirmación de sexo, la Corte ha considerado que no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, indica que no es lo mismo la –capacidad legal- que la –autonomía para autorizar un tratamiento médico-, situación por la cual pese a que pueda ser legalmente un –Incapaz- es competente para tomar una decisión médica.

- La Corte reiteró que el derecho a la salud no está limitado a no estar enfermo, son a un concepto más amplio, que es acceder o lograr el mejor nivel de salud posible, comprendido integralmente por el bienestar físico y mental que le permita una adecuada interacción social.

- La corte reconoció la necesidad del acceso apropiado y sin obstáculos a los servicios de salud para los casos de reafirmación de identidad sexual o de género.

- La falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona transgénero y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad, ya que puede llegar obstaculizar la construcción de un proyecto de vida.

- Cuando una entidad prestadora del servicio de salud, niega la atención médica a una persona transgénero no sólo vulnera su derecho fundamental a la salud, sino que también viola su derecho al libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación sexual.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-421 de 2020
FECHA	28 de septiembre de 2020
MAGISTRADO PONENTE	CRISTINA PARDO

SCHLESINGER

HECHOS RELEVANTES

La accionante es una mujer transgénero de 26 años, quien actualmente está afiliada a Capital Salud EPS, en el régimen subsidiado y es atendida en la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital San José.

Fue valorada el 8 de julio de 2019, por la Junta Multidisciplinaria Disforia de Género del Hospital San José, de dicha junta se avalaron diferentes procedimientos de acuerdo a cada especialidad, frente a el exámen físico, se ordenaron diferentes procedimientos con prioridad –urgente-.

Frente a la fase quirúrgica del tratamiento se ordenó lo siguiente:

“la fase quirúrgica de su tratamiento que incluye feminización facial, corrección displasia fibrosa por craneoplastia, mentoplastia, rinoplastia, osteotomías sagitales de mandíbula, mamoplastia de aumento, reasignación genital y cirugía para disminuir el cartílago tiroides, pues esta condición ha afectado su salud mental y su funcionamiento global. El caso fue presentado y aprobado en junta médica interdisciplinaria del grupo de disforia del 08-07-19, se había definido iniciar manejo quirúrgico con procedimientos de feminización facial, ya se entregaron órdenes médicas, sin embargo, todavía no contamos con autorizaciones por parte de la EPS para programación de los mismos”.

Ante la cual la EPS argumentó que no autorizaba dichos procedimientos ya que las cirugías ordenadas no tienen código CUBS, por lo cual no podían ser homologadas. Recomendando a la accionante interponer acción de tutela.

La accionante también señala en su escrito que fue víctima de desplazamiento, que en la actualidad vive en la ciudad de Bogotá con su padre y su hermano, que labora en oficios varios para sustentar sus gastos básicos y

que su madre vive en la ciudad de Santander y se encuentra enferma.

ACTUACIÓN PROCESAL

El ad-quo amparó los derechos de la accionante, toda vez que logró demostrar el tratamiento que había estado siguiendo, y encontró que el hecho de no continuar con el tratamiento y las cirugías descritas por el galeno tratante como –urgentes- serían un retroceso en el tratamiento.

También informó que la EPS no podría dilatar el proceso negando las autorizaciones toda vez que para negar el tratamiento debía tener un concepto científico-técnico. Argumentando también que no era cierto que el tratamiento fuera no POS.

El fallo fue impugnado.

El ad-quem, revocó el fallo, bajo las siguientes consideraciones: *“si bien hay una valoración respecto del tratamiento hormonal y cierta corporalidad masculina que esta padece, la misma no obedece a una situación de carácter funcional para su subsistencia biológica, sino más bien a una condición de naturaleza estética, en tal sentido lo afirma el médico tratante ‘feminización facial’ con ocasión a la percepción rasgos prominentes”*, agregó también que no se podía identificar una relación entre la necesidad de feminización y el intento de suicidio del accionante, es decir que no había relación entre la identidad sexual y de género y la salud mental del accionante.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Una empresa promotora de salud vulnera los derechos fundamentales a la salud e identidad sexual y de género, por negarse a autorizar los procedimientos en salud y de laboratorio clínico ordenados por el médico tratante para la

feminización facial de una mujer transgénero, con el argumento de que son procedimientos estéticos?

RATIO DECIDENDI

“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 o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”. Así mismo, se mencionó el derecho de toda persona a la continuidad en la prestación del servicio, por lo que “una vez esta haya sido iniciada, no podrá ser interrumpida de forma súbita, antes de su recuperación o estabilización ”.

A juicio de la corte el Tribunal formuló una conclusión que no resulta ajustada, conforme a la jurisprudencia vigente, bajo tres consideraciones:

- La Corte Constitucional en reiteradas sentencias ha amparado el derecho a la salud de las personas transgénero de manera integral, reconociendo que es el médico tratante quien sabe los procedimientos que se requieren para que la persona alcance el máximo bienestar no sólo físico, sino mental.

- El derecho a la salud, también implica la continuidad en los tratamientos, por lo cual una vez sean iniciados no pueden terminarse de forma súbita, tal como ocurrió en este caso, que luego de dos años, bajo tratamiento hormonal, este cesó ante la falta de autorizaciones médicas.

- El Juzgado olvidó el marco en el cual se ordenaron los procedimientos a la accionante, ya que lo relacionó con un proceso de embellecimiento, desconociendo que dichas intervenciones fueron ordenadas con ocasión al

proceso de afirmación de identidad sexual.

- De otro lado se encontró que los procedimientos estaban dentro del POS, por ello no debían ser negados.

CONCLUSIONES

- Para el caso de las personas transgénero existen procedimientos que no se enmarcan únicamente dentro del margen de “cirugía estética”, sino que, de acuerdo a su naturaleza y contexto, deben nombrarse como cirugías de afirmación de identidad sexual de género.

- De acuerdo al artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, se reglamentó que los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por la EPS quienes lo financiarán con cargo al presupuesto máximo proporcionado por el ADRESS.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-263 de 2020
FECHA	27 de julio de 2020
MAGISTRADO PONENTE	LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

HECHOS RELEVANTES

KAC y YDP invocaron la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la identidad sexual y de género, a la dignidad humana de las personas transgénero y al libre desarrollo de la personalidad, los cuales resultaron presuntamente vulnerados por la negativa de Coomeva Medicina Prepagada de autorizarles la práctica de la intervención quirúrgica denominada *orquiectomía*. Por consiguiente, solicitaron que se ordene la realización de dicha cirugía, así como las demás que se requieran para el tratamiento integral de transformación sexual, y que se les brinde acompañamiento psicológico durante el proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL
<p>El ad-quo profirió sentencia, negando el amparo invocado, argumentando que no existía vulneración a los derechos fundamentales, toda vez que la cirugía requerida no era funcional y no se encontraba cubierta dentro del contrato de medicina prepagada.</p>
PROBLEMA JURÍDICO
<p>¿la entidad de salud accionada vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la identidad sexual y de género de las accionantes, al negarse a practicar un procedimiento médico propio de la transformación corporal correspondiente a su identidad de género, cuando no se allegó orden médica y, bajo el argumento, que no se trata de una intervención funcional?</p>
RATIO DECIDENDI
<p>La corte consideró que si bien, no era posible ordenar la intervención médica requerida, toda vez que las accionantes no tenían una orden médica para tal fin, indicó que era responsabilidad de Coomeva, indicar el procedimiento a seguir para poder acceder a dicho beneficio médico.</p> <p>Se encontró que Coomeva debió dar un informe a las accionantes para acceder a una valoración integral, teniendo en cuenta el interés principal que es la readecuación sexual.</p>
CONCLUSIONES
<ul style="list-style-type: none"> - La Corte reitera que la cirugía si tiene un carácter funcional, ya que está directamente relacionada con la identidad de género de las accionantes, agregando que una opinión en contrario desconoce los derechos de la población LGTBIQ, que ha sido históricamente discriminada. - Señala el carácter imperativo de la valoración de un cuerpo médico especializado que establezca si efectivamente se presenta una ausencia de correspondencia entre el sexo y la identidad de género.

- Preciso la obligación de las entidades prestadoras del servicio de salud de brindar información suficiente a los interesados en procesos de reafirmación sexual, con el fin de contar con una valoración integral.
- No hay lugar a señalar como estética la cirugía solicitada, porque ese tipo de tratamientos, cuando son prescritos por el médico tratante, obedecen a una condición médica que, de acuerdo con la Corte, no es simplemente estética, y debe ser cubierta por el sistema de salud

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
CORPORACIÓN	Corte Constitucional
RADICADO	T-236 de 2020
FECHA	8 de julio de 2020
MAGISTRADO PONENTE	LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
HECHOS RELEVANTES	
<p>Hombre transgénero de 37 años, que se encuentra en tránsito para la afirmación de género, con diagnóstico de trastorno de identidad de género proferido por la Clínica Nuestra señora de la Paz, 2012.</p> <p>Compensar EPS le informó que tenía que someterse nuevamente a una evaluación psiquiátrica, alegando que el dictamen presentado no era válido, sin justificación alguna.</p> <p>En 2015, volvió a someterse a la valoración psiquiátrica en la que se reiteró el diagnóstico inicial.</p> <p>Posteriormente acudió a endocrinología, en donde inició un tratamiento de hormonización. La EPS Compensar lo remitió al Hospital Universitario San Ignacio para iniciar su proceso de transformación corporal.</p>	

Se autorizó cirugía de “mamoplastia reductora por ginecomastia”, sin embargo, el Comité Técnico Científico de Servicios Médicos y Prestaciones de Salud No POS de Compensar, indicó que dicho procedimiento no era parte de la cobertura del plan de beneficios en salud y no se evidenciaba un riesgo inminente para la vida.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Ad-quo concedió el amparo constitucional argumentando: *“la mamoplastia de reducción adquiere un carácter funcional, dado que se requiere y solicita para efectos de reafirmar la masculinidad del accionante, elemento esencial de su identidad y condición para garantizar su derecho a la salud en el sentido integral del mismo”*. Con base en lo expuesto, aseguró que *“los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento integrante del derecho a la salud de las mujeres y hombres transgénero que, si bien no se encaminan a tratar una enfermedad como tal, se instituye como medio necesario para que pueda garantizarse a este grupo bienestar emocional, físico y sexual”*.

La sentencia fue impugnada por el accionante, quien solicitó ser llamado por su nombre masculino.

El ad-quem confirmó el fallo, y señaló que hasta que el accionante no cambiara su nombre ante la registraduría, para efectos legales deberá ser identificada como tal.

¿Las entidades que prestan servicios de salud vulneran los derechos fundamentales de una persona transgénero al negarse a practicarle los procedimientos médicos propios de la transformación corporal correspondiente a su identidad de género, por considerarlos puramente estéticos y sin atender a las valoraciones psiquiátricas previas en las que se corroboró el diagnóstico de disforia de género, indispensable para dar inicio al respectivo proceso de reafirmación identitaria?

RATIO DECIDENDI
<p>Ahora bien, considerando igualmente que el actor puso de presente en el escrito de tutela: <i>i) que tenía derecho a que se le garantizara un tratamiento en salud conforme con su diagnóstico; ii) que la construcción de identidad de género masculina no se agotaba con la sola realización de la mamoplastia de reducción, habida cuenta de que, desde el 31 de marzo de 2017, fue valorado por especialista en ginecología y obstetricia para iniciar el proceso de histerectomía y/o ooforectomía; y iii) que se trataba de una persona próxima a cumplir 38 años de edad que llevaba casi una década en tratamiento de hormonización y que había sido valorado ya en múltiples oportunidades por psiquiatría, en las que se dejó por sentado que su tránsito de género constituía una decisión propia, firme e incontrovertible”</i></p> <p>Habrá de advertirse tanto a Compensar E.P.S. como al Hospital Universitario San Ignacio para que, en adelante, en relación con los tratamientos y procedimientos médicos que le sean ordenados al demandante como parte del proceso integral de construcción y afirmación de su identidad de género, eviten la imposición de barreras de acceso a fin de prestar adecuadamente los servicios de salud que requiera y, de esa manera, le sean garantizados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad</p>
CONCLUSIONES
<p>Advertir en relación con los tratamientos y procedimientos médicos que le sean ordenados al demandante como parte del proceso integral de construcción y afirmación de su identidad de género, eviten la imposición de barreras de acceso a fin de prestar adecuadamente los servicios de salud que requiera y, de esa manera, le sean garantizados sus derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.</p>

2.3. Técnicas ilegítimas de interpretación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y normativo, en materia de seguridad social en salud para personas transgénero en lo atinente a procesos de reafirmación sexual.

Para desarrollar el presente capítulo, se encuentra pertinente hacer alusión a la sentencia de tutela T- 123 de 1995, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, de la cual encuentro relevante lo atinente a la “igualdad en la aplicación de la ley”, ya que como lo se evidenció en el título anterior, pese a que la Corte Constitucional tiene un precedente definido en lo atinente a procedimientos de reafirmación de sexo, de encontró que algunos despachos judiciales desconocieron el precedente jurisprudencial y las normas que prevén la autorización de dichos procedimientos, a este punto, es preciso también cuestionar el papel del fallador en este tipo de casos, donde no sólo converge la aplicación en estricto sentido del derecho, sino que también se encuentran posiciones que limitan la imparcialidad al momento de tomar una decisión de fondo.

En lo atinente al principio de igualdad “se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango).” Para el caso en particular, encontramos que el común denominador de las sentencias de tutela que fueron objeto de estudio en la línea jurisprudencial, se encuentra que se desconoce el precedente jurisprudencial ante supuestos fácticos similares.

Y frente a este caso, la Corte también indicó: “Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica.” Sin

embargo se evidenció que los jueces también desconocieron la norma aplicable, argumentando que los procedimientos de reafirmación sexual solicitados, “no eran parte del POS” como es el caso de la sentencia T-918 de 2012, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en dicha sentencia una mujer transgénero solicita el amparo constitucional para realizar diversos procedimientos de reafirmación sexual, los cuales fueron debidamente ordenados por el médico tratante, sin embargo fueron negados por la EPS, cuando el caso fue estudiado por el juez de tutela, este negó el amparo indicando que dichos procedimientos no eran parte del POS, ante lo cual se impugnó la sentencia y la misma fue confirmada. Cuando llega a revisión de la corte, esta encontró que dichos procedimientos si se encontraban relacionados dentro del POS, y que estaban debidamente avalados por el galeno experto, de dicha situación se contrae, que existen casos en los que los jueces no sólo se apartan de la jurisprudencia, también desconocen la norma.

De esto, se infiere también que existen ciertos casos donde la discusión trasciende el plano jurídico y choca con las ideas de –lo correcto-, -lo incorrecto-, la moral y –las buenas costumbres- de los falladores, y al no existir de manera clara unos lineamientos que permitan establecer unos mínimos en los procedimientos de atención para las personas transgénero estas seguirán siendo vulneradas incluso desde un plano institucional.

Lo anterior no significa que el fallador deba aceptar totalmente las teorías expuestas por las altas cortes, ya que el juez tiene la potestad de cambiar criterios respecto a la línea jurisprudencial delimitada, siempre y cuando funde su decisión en criterios suficientes y razonables, situación que en los casos objeto de estudio no fue aplicada.

Así mismo se aclara que de acuerdo a las sentencias de Constitucionalidad C-836 de 2001 y la SU-120 de 2003, la Corte

Constitucional Instó a la Corte Suprema de Justicia y a el Consejo de Estado a manejar sus líneas jurisprudenciales como precedente y no sólo como jurisprudencia meramente enunciativa en la cual se da un valor privilegiado a la norma, derivado de lo dispuesto en la Ley 169 de 1996 la cual resalta el peso jurídico y doctrinal que tiene la jurisprudencia.

Así mismo, tal como lo indica López (2006) existe jurisprudencia que es meramente retórica, caracterizada por el abundante uso de citas que no en todos los casos nutren el sentido del fallo y que por otro lado no existe una relación conexa entre la cita utilizada frente al caso concreto, por lo cual, se encuentra que son utilizadas para dar peso a los argumentos esbozados en las providencias judiciales, sin embargo, en muchos casos sólo buscan apartarse del precedente por medio de decisiones que no serían aplicables al caso objeto de estudio.

Situación que fue identificada en la línea jurisprudencial realizada, en la sentencia fundadora de línea T-918 de 2012, el juez de tutela argumenta su negativa en que *“no constituyen un supuesto para la preservación de la vida, la salud y la integridad personal de Loreta”*, aun cuando ello no es un requisito para acceder a dichos tratamientos, ya que la Corte ha entendido que para la población transgénero son necesarios para su correcto desarrollo del proyecto de vida.

De lo anterior se resalta la necesidad de establecer unas pautas mínimas aplicables a las entidades prestadoras de servicio de salud para la atención integral a personas transgénero haciendo especial énfasis en lo relativo a los procesos de reafirmación de sexo, y pese a que se plantea una necesidad principal de enfocar estos lineamientos para la correcta atención en las EPS, ello no obsta para destacar que los falladores bien sea en sede ordinaria o de tutela, deben tener unos criterios mínimos sobre los cuales debe partir el análisis del caso objeto de debate.

CAPÍTULO 3. LINEAMIENTOS PARA ESTABLECER UN MANUAL DE PROCEDIMIENTO EN EL CUAL SE GARANTÍCE EL ACCESO A TRATAMIENTOS DE REAFIRMACIÓN SEXUAL CONFORME AL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En el transcurso de esta investigación, se ha encontrado que la Corte Constitucional tiene una línea jurisprudencial sólida frente a la protección del acceso a la salud de las personas transgénero, aunado a ello, existen bases normativas sólidas que tienen establecidos diversos procedimientos de reafirmación de sexo desde hace más de una década, sin embargo, es aprehensible que, se han determinado obstáculos sociales, morales e institucionales que eventualmente hayan negado la prestación del servicio en estos eventos, por un lado, es loable que, las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud, de ahora en adelante (EPS) evadan sus responsabilidades al negar tratamientos autorizados por los médicos tratantes bajo argumentos presupuestales o administrativos, y en este mismo orden de ideas, cuando los usuarios por medio de acción de tutela buscan proteger sus derechos fundamentales, los falladores han desconocido la norma y la jurisprudencia aplicable.

Esta investigación armoniza las disposiciones jurisprudenciales y normativas en relación a los procedimientos de reafirmación de sexo y protección del derecho a la salud de las personas transgénero y para tal fin se ha delimitado el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional junto con las disposiciones legales relevantes, de este modo se logró definir una serie de parámetros mínimos a tener en cuenta para la prestación del servicio de salud de esta población.

La Corte en sentencia T.552 de 2013 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, definió como servicios el acceso a: “medicamentos,

autorización de intervenciones quirúrgicas, atención postoperatoria, terapias, y exámenes diagnósticos”, definiendo así la necesidad de integrar un grupo interdisciplinar quien brinde la atención necesaria a las personas interesadas en iniciar este tipo de procesos médicos, determinantes para el desarrollo de su proyecto de vida.

3.1.El transgenerismo no es una enfermedad: Por lo cual la prestación del servicio no debe sujetarse a una patología que afecte la vida.

La Corte Constitucional en sentencia T-771 de 2013 señala que para el caso de las personas que se definen como transgeneristas o *transgénero* es importante contar con un diagnóstico de “*transgenerismo*” o “*disforia de género*” ya que a partir de dicho diagnóstico es de donde se deriva el acceso a este tipo de tratamientos de reafirmación sexual, destacando que el diagnóstico es una condición para permitir el acceso a dichos tratamientos aclarando que ello de ningún modo implica una designación del transgenerismo como una enfermedad o una anomalía de la salud.

Ya que la motivación de dicho diagnóstico busca permitir el acceso a los procedimientos necesarios para que las personas transgénero puedan desarrollar su proyecto de vida, en correspondencia con el cuerpo correspondiente al género con el cual se encuentran identificados, reiterando que ello no está limitado a la mera ausencia de enfermedad.

El fin de el diagnostico, también se ha planteado como necesario respecto a el tratamiento que debe seguir la persona que quiere someterse a esta serie de procedimientos, en aras de evitar cualquier tipo de evento que

pueda afectar su salud mental o física en la búsqueda de correspondencia entre su cuerpo y su sexo.

En este sentido la jurisprudencia también ha destacado que si bien, no se trata de un desorden mental como antes fue catalogado, es preciso que exista un acompañamiento psicológico y psiquiátrico, debido a la serie de cambios a los cuales se somete el paciente en este tipo de procedimientos.

Concluyendo que al momento de atender solicitudes de pacientes que manifiesten su voluntad de iniciar procesos de reafirmación de sexo, es necesario integrar un equipo médico interdisciplinar, el cual hará evaluaciones psicológicas y psiquiátricas a sus pacientes, emitiendo un concepto por medio del cual se autoricen los demás procedimientos físicos.

En diversas sentencias encontramos en primera medida la necesidad de la asistencia endocrinológica, ya que este especialista será el encargado de formular los medicamentos hormonales por medio de los cuales se inicie la transición, aunado a ello, se encuentra que los pacientes son remitidos a consultas con urología o ginecología, para revisar el estado físico del paciente, evaluar las intervenciones que se deberán realizar, precisando sus riesgos y explicar de manera clara al afiliado las respectivas implicaciones de cada procedimiento.

De acuerdo con lo anterior, también se aclara que, según las consideraciones de la Corte Constitucional antes citadas, el acompañamiento psicológico deberá ser permanente, entendiendo las necesidades y dificultades que se pueden presentar a lo largo del tránsito que deberá realizarse para reafirmación de sexo y en atención a las necesidades especiales de las personas transgénero, las cuales pueden ser sometidas a tratos discriminatorios por su género o sexo.

3.2. Las EPS tienen el deber de suministrar información completa y correcta a sus afiliados.

Este lineamiento en particular es objeto de estudio en la sentencia T-552 de 2013, Magistrada ponente María Victoria Calle, respecto al caso de la señora Yésica Paola Serna Gómez, mujer transgénero de escasos recursos, que reside en una zona rural, afiliada en el régimen de salud subsidiado, la cual solicita se inicie un proceso de reconstrucción de su identidad de género, ya que según su dicho, -“...me siento mal ya que nací en un cuerpo que no me corresponde”- la EPS niega la atención argumentando que el procedimiento requerido, no se encontraba ordenado por ningún médico tratante, situación por la cual se niega el amparo.

Frente al caso particular la Corte analiza lo estipulado en el artículo 199 de la Ley 100 de 1993 y es lo atinente a la obligación de las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud de ofrecer a sus afiliados información necesaria, por medio de la cual puedan acceder a los servicios de salud que requieran y de ese modo, puedan elegir las opciones que se adapten a sus necesidades.

Así mismo, la Corte señaló que la información que debe brindarse a los usuarios debe contener: *“(i) cuáles son los servicios de salud que requieren, (ii) cuáles son las probabilidades de éxito y de riesgo que representa el tratamiento, y (iii) cómo acceder.”*, siendo enfática que la información suministrada deberá guardar relación por lo peticionado por el afiliado.

En el caso en cita, la señora Yesica Paola, no tenía conocimiento del procedimiento y la EPS no cumplió con su deber de suministrar la información frente a el procedimiento solicitado, ya que si bien ella no tenía claros los trámites que se deben surtir para acceder a estos procedimientos, al EPS conocía su voluntad y en este sentido debió brindar la orientación

necesaria, creando limitaciones innecesarias frente al acceso a la salud de su afiliada.

Así mismo, cuando la accionante acude ante el juez de tutela para que proteja sus derechos, este se limita a indicar que ella no ha cumplido con el procedimiento, que al no tener orden médica no es posible amparar sus derechos. Ante la presente situación la Corte Constitucional en sede de revisión, ordena a la EPS organizar un equipo médico interdisciplinar para brindarle la atención necesaria y de ese modo asegurar un correcto acceso a los servicios de salud.

En este sentido se concluye que en los casos donde deba seguirse un procedimiento o trámite en particular para acceder a determinados tratamientos, es preciso que la EPS indique cuáles son los pasos a seguir de acuerdo con lo peticionado, de este modo se permite el correcto acceso a los servicios en salud.

3.3. Tratamientos no cubiertos por el POS

Sobre el particular, se enunciarán los requisitos enunciados en sentencia T-771 de 2013 Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, en los cuales se abarca lo atinente al ordenamiento de procedimientos no contemplados en el POS, en el caso particular el grupo médico ordenó una mamoplastia, la cual se encuentra excluida del POS, señalando que “cuando una EPS no suministra o autoriza un procedimiento excluido del POS que una persona afiliada requiere para superar situaciones que afecten de manera grave su bienestar físico, mental y social, puede vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la salud de esa persona.”

En el caso de los procedimientos de alto costo o no incluidos en el POS, indicó que deben ser revisados por el Comité Técnico de la entidad, sobre el cual resaltó que dichos procedimientos no podrían negarse sin fundamento

técnico o científico que avale tal negativa, enfatizando que dicha área no podría negar tratamientos por motivos administrativos o presupuestales.

Indicó que para el caso de las mujeres transgénero, la mamoplastia no es una cirugía únicamente estética, explicando que para esta población constituye un paso dentro del proceso de reafirmación de sexo y consolidación de su proyecto de vida.

Ahora bien, negó que este tipo de procedimientos deban sujetarse a que esté en riesgo la vida, o que sea de carácter funcional, ya que el Acuerdo 029 de 2012, mediante el cual se actualizó el Plan Obligatorio de Salud, incluye de manera explícita los siguientes servicios, cuya práctica “no está restringida al tratamiento de una enfermedad en particular”, por ende, dichos fundamentos no tienen sustento ni jurídico ni normativo.

Aunado a lo anterior, la Corte ha señalado en diferentes jurisprudencias que cuando “una EPS no suministra o autoriza un procedimiento excluido del POS que una persona afiliada requiere para superar situaciones que afecten de manera grave su bienestar físico, mental y social, puede vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la salud de esa persona”.

De lo cual se contrae que una vez verificados los requisitos de orden del procedimiento por parte del médico tratante, en consonancia con la historia médica y a menos de que el comité técnico justifique una razón en términos técnicos-científicos por medio de los cuales deba negarse la orden, esta deberá ser aceptada sin obstáculos ni dilaciones.

Así mismo frente a los jueces de tutela, deberán confirmar el lleno de los requisitos antes citados, para conceder el amparo constitucional.

6. ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN

La alternativa de solución a la problemática planteada, de acuerdo al análisis realizado y al precedente normativo y jurisprudencial, estaría integrado por las siguientes acciones:

Se debe establecer un manual único de procedimiento para garantizar el correcto acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud, para las personas transgénero, dicha manual deberá ser adoptado por todas las entidades prestadoras de servicios de salud a nivel nacional, sin importar el régimen al cual se encuentran adscritas (contributivo o subsidiado).

Dicho manual de procedimiento debe tener una serie de pasos que aseguren la correcta prestación del servicio, por lo cual se proponen los siguientes lineamientos con el fin de que sean integrados como criterios mínimos a tener en cuenta, a la hora de atender solicitudes de reafirmación de sexo de personas transgénero:

En el entendido que el transgenerismo no es una enfermedad, la entidad prestadora de servicios en salud y sus colaboradores deberán tener presente que la prestación del servicio no está sujeta a patologías que afecten la vida, sin que ello implique que no son necesarias.

Con relación a lo anterior y de acuerdo a disposiciones jurisprudenciales antes citadas, si bien se acepta que el transgenerismo no es una enfermedad, es preciso tener un diagnóstico médico para dar curso a los tratamientos de reafirmación de género, ello en atención a la trascendencia de estos procedimientos en el proyecto de vida de quien decide someterse a dichos tratamientos.

Se deberá integrar un grupo interdisciplinar que de acuerdo a su especialidad evalúe la viabilidad y la serie de tratamientos necesarios para

iniciar el tratamiento de reafirmación de sexo, dentro de este grupo interdisciplinar necesariamente se debe integrar un profesional en endocrinología, psicología, psiquiatría, urología o ginecología (de acuerdo al caso) y un cirujano plástico.

Aclarando que si bien este equipo profesional no necesariamente será quien realice las intervenciones quirúrgicas, deberá ordenar los procedimientos que estime pertinentes, para que administrativa y presupuestalmente la EPS pueda dar curso a estos procedimientos y tratamientos, los cuales sólo podrán ser otorgados a través de aval médico.

Los procedimientos médicos ordenados por los médicos tratantes, no podrán ser negados por criterios presupuestales o administrativos y en caso de que fueren negados, las causales deberán estar motivadas bajo criterios técnicos y científicos, sobre los cuales se desestime la viabilidad de dicho tratamiento.

Una vez se expidan las órdenes respectivas por parte de los médicos tratantes, las personas a cargo de realizar las autorizaciones deberán revisar cuáles tratamientos se encuentran dentro del POS y cuáles no, estableciendo un listado detallado que evidencie que existió una consulta previa del caso. Lo anterior en atención a que las EPS niegan este tipo de procedimientos bajo el argumento que están excluidos del POS, situación que fue desmentida en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional, la cual señaló que diversos tratamientos se encuentran señalados desde el Acuerdo 029 de 2012.

En caso de que los tratamientos ordenados no se encuentren cobijados bajo el Plan Obligatorio de Servicios de Salud, la EPS deberá iniciar los trámites administrativos de recobro al FOSYGA, toda vez que la Corte Constitucional ha indicado que el no suministro de procedimientos necesarios que se encuentren excluidos por el POS, afectan a nivel físico,

mental y social y se entienden como una flagrante vulneración de derechos a la vida y a la salud.

Ahora bien, cuando se encuentre que el afiliado no tiene conocimiento de los trámites y procedimientos que debe seguir para acceder a procedimientos de Reafirmación de Sexo, la entidad deberá brindar toda la información con respecto a este tipo de procedimientos, indicando el paso a paso que deberá seguir para acceder a la atención especializada, dicha información deberá constar por escrito en aras de que sea posible verificar la información suministrada por la EPS.

Ahora bien, pese a que este manual va dirigido a las entidades prestadoras del servicio de salud, los jueces de tutela, deberán ser garantes del cumplimiento de lo allí estipulado, asegurando así el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las EPS, y la protección de derechos fundamentales para la población transgénero.

7. CONCLUSIONES

Con base en la información recaudada y analizada en la presente investigación y en atención a los objetivos propuestos en la misma, es posible concluir lo siguiente:

Derivado de los principios religiosos arraigados a nuestras costumbres en las cuales la iglesia católica definió “lo correcto y lo incorrecto, lo moral y lo inmoral, lo normal y lo anormal”, nuestras instituciones jurídicas fueron permeadas por esos postulados, legitimando así la persecución de todo lo que consideraba diferente, muestra de ello es el Código Penal de 1936, el Decreto 522 y el Estatuto Docente de 1979, en los cuales se criminalizó y persiguió la diversidad sexual y de género.

La arbitrariedad policial estuvo legitimada, a punto tal que bajo dichas normas, por lo cual las personas transgénero fueron víctimas de abusos físicos y sexuales por parte de uniformados, en relatos recopilados en informes del Centro de Memoria Histórica, se encontró que las mujeres transgénero del siglo XX fueron blanco de ataques a su dignidad, locomoción, sexualidad entre otras, siendo secuestradas, desnudadas y puestas para ser accedidas físicamente por miembros del cuerpo policial y personas reclusos en los centros penitenciarios a los cuales eran dirigidas por su condición de género.

Con la Constitución de 1991, se consolida y se reconoce a las personas de la comunidad LGTBI, que si bien, no tienen un reconocimiento expreso en la carta política, los principios de libertad de expresión, multiculturalismo y pluralismo han sido apropiados por parte de esta comunidad.

Se encuentra que si bien existen principios mediante los cuales se busca proteger los derechos de las minorías, es sólo hasta 1998 que se profiere una sentencia que protege el derecho a la educación de una mujer transgénero.

En el 2000 se incorpora un tipo penal en el cual se toma como un agravante el homicidio por razones de género, y en este sentido paulatinamente se han dado avances sociales, jurisprudenciales y legales para la protección de la diversidad.

Se encuentra que la Corte Constitucional ha proferido diversos fallos en los cuales se ha protegido a las personas de la comunidad LGTBI, en temas como derechos patrimoniales de personas del mismo sexo, adopción entre parejas del mismo sexo, prestación de servicio militar para personas transgénero, violencia en entornos educativos y laborales, reconocimiento de identidad de género en términos del sistema carcelario, entre otras.

Sin embargo, ha tenido una oposición directa por parte de corrientes religiosas quienes se oponen a dichos pronunciamientos, argumentando criterios de protección a la familia, buenas costumbres entre otras.

Las premisas principales de esta investigación partían del imaginario de un vacío jurídico en materia de derechos en materia de seguridad social en salud, para las personas transgénero, sin embargo una vez identificado el precedente jurisprudencial se encontró que en 2012 por medio del acuerdo 029, muchos de los procedimientos necesarios para la reafirmación de sexo fueron incluidos dentro del POS, y en ese mismo año se profiere la sentencia T-876 de 2012, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, en la cual se estudian y estipulan unas garantías para la prestación del servicio de salud para personas transgénero, dicho precedente se ha mantenido hasta la fecha teniendo como principio la especial protección del acceso integral a la salud para personas transgénero.

No obstante, se encuentra que, si bien las normas que prevén esta serie de procedimientos y tratamientos en el POS, son de vieja data, no son aplicadas por las EPS, y cuando se presentan acciones de Tutela en torno a la protección del derecho a la salud ordenando dichos tratamientos, se encuentra que, pese a que existe un precedente jurisprudencial consolidado, este no es aplicado por los jueces de tutela.

Por lo cual fue necesario establecer una serie de lineamientos los cuales se extraen del análisis jurisprudencial realizado, sobre los cuales se busca fijar unos parámetros mínimos para asegurar el correcto acceso a los servicios de salud de las personas transgénero, respecto a los tratamientos de reafirmación sexual.

Dichos parámetros buscan evitar obstáculos y dilaciones en la prestación de los servicios en salud, debido a que se busca unificar criterios estableciendo lineamientos que deberán ser adoptados por las Entidades

Prestadoras de Servicios de Salud, y ser referente para los jueces de Tutela, en procura de la protección de Derechos Fundamentales de esta población, asegurando el cumplimiento de lo establecido en la norma y la jurisprudencia.

8. BIBLIOGRAFÍA

3.1 Referencias documentales:

Bonilla Castro, Elssy., Rodríguez Sehk, Penélope. 1997. *Más allá del dilema de los métodos. La investigación en ciencias sociales*, Bogotá: Ediciones Uniandes – Grupo Editorial Norma, Segunda Edición. Capítulo V: *Recolección de datos cualitativo*, Págs. 83-130

Butler, J (2001). *Actos Performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista*

Butler, J (2002). *Cuerpos que importan. Sobre límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires Argentina: Paidós.

Butler, J (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona, España: Paidós.

Butler, Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Buenos Aires: Paidós, 2001.

- Butler, J. (1998). Actos Performativos y constitución del Género: Un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista. Debate feminista, (pp. 55-79)
- Centro de Memoria Histórica (2015) Aniquilar La Diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgenerista en el marco del conflicto armado colombiano
- Díaz, C. & Sime L., (2009) Una mirada a las técnicas e instrumentos de investigación, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 1-11.
- Fausto-Sterling, A. (2006). Cuerpos Sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad. Barcelona, España: Editorial Melusina.
- García, A. (2010). Tacones, Siliconas, hormonas. Teoría feminista y experiencias transgénero en Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Guerrero (2016) La Investigación Cualitativa. INNOVA Research Journal, Vol 1, No. 2, 1-9.
- Houston, S., y Taube, K. (2010) "La sexualidad entre los antiguos mayas", Arqueología Mexicana núm. 104, pp. 38-45.
- Mathieu, N.C. (2005). ¿Identidad sexual/sexuada/de sexo? Tres modos de conceptualización de la relación entre sexo y género. Buenos Aires, Argentina; Brecha Lésbica.
- Ministerio de Cultura. (2010). Caracterización de la población LGBTI recopilación final de materiales.
- Palacio Mejía, L. M. (2014). *Aproximación a la producción de conocimiento sobre los derechos de la comunidad LGTBI*. Revista de la Facultad de Trabajo Social, 30(30), 41-70. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín.
- Preciado, Paul (2002) *Manifiesto contra-sexual* Madrid: Pensamiento Opera Prima
- Prieto, S. (2017). Reflexiones sobre el género, el cuerpo y el poder: cinco voces transgénero en diálogo con Judith Butler. Bogotá: Universidad
- Sandoval, C. (1996). La investigación cualitativa. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior.

Secretaria Distrital de Planeación. (2015). Medición de la línea de base de la política pública para la garantía plena de los derechos de las personas LGBT.

Urrego M. Sexualidad, matrimonio y familia en Bogotá 1880-1930. Universidad Central. DIUC. Ariel. Bogotá, 1997, p. 367.

Vargas, P. J. (2012). Discurso y racismo en Naufragios de Álvaro Núñez Cabeza de Vaca. En S. Soler (Comp.). Lenguaje y educación: aproximación desde las prácticas pedagógicas (pp.49-78). Bogotá: Doctorado Interinstitucional en Educación Universidad Distrital Francisco José de Caldas

Velandia Mora, M. A. (14 de Septiembre de 2010). Los derechos legales de las personas LGBT en Colombia. Obtenido de Manuel Antonio Velandia Mora.

3.2 Referencias Legales:

Código, Ley 95 1936, Por la cual se expide el Código Penal Colombiano, fecha de expedición: 24 abril 1936

Decreto- Ley 522 de 1971, Por medio del cual se dictan normas sobre policía, fecha de publicación en el Diario oficial: 4 de septiembre de 1970.

Decreto 2277 de 1979, por la cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente, fecha de expedición: 14 de septiembre de 1979.

Constitución Política de 1991.

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, fecha de expedición: 23 diciembre 1993

Código, Ley 599 de 2000, Por la cual se expide el Código penal colombiano, fecha de expedición: 24 de julio de 2000.

Acuerdo 029 de 2011, por la cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud, fecha de expedición 28 de diciembre de 2011.

Ley 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, fecha de expedición: 16 de febrero de 2015.

Resolución 6408 de 2016, Por la cual se modifica el Plan de Beneficio en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC), fecha de expedición 26 de diciembre de 2016.

3.3. Referencias Jurisprudenciales:

Corte Constitucional, Sentencia del 21 de marzo de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Radicación: No. T-123 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil Radicación: No. C-836 de 2001

Corte Constitucional, Sentencia del 13 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis Radicación: No. SU- 120 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia del 31 de julio de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa Radicación: No. T-760 de 2008

Corte Constitucional, Sentencia del 29 de octubre de 2012 Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla Radicación: No. T-876 de 2012

Corte Constitucional, Sentencia del 8 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, Radicación: No. T-918 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia del 22 de agosto de 2013, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, Radicación: No. T- 552 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia del 7 de noviembre de 2013, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, Radicación: No. T-771 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, Radicación: No. T-063 de 2015.

Corte Constitucional, Sentencia del 8 de octubre de 2018, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos Radicación: No. T-413 de 2018.

Corte Constitucional, Sentencia del 27 de septiembre de 2019, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado Radicación: No. T-447 de 2019.

Corte Constitucional, Sentencia del 8 de julio de 2020, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez Radicación: No. T-236 de 2020.

Corte Constitucional, Sentencia del 28 de septiembre de 2020, Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger, Radicación: No. T-421 de 2020.

Corte Constitucional, Sentencia del 8 de noviembre de 2012, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Radicación: No. T- 263 de 2020.

3.4 Referencias electrónicas

Redacción Judicial “¿Cómo serían sus vidas si fueran gays o lesbianas?” El Espectador. (03 de Agosto de 2014).

Leyes sobre orientación sexual en el mundo - mapa general. (Junio de 2016). <https://projusticiaydesarrollo.com/2017/09/01/los-derechos-de-las-personastransgénero-en-colombia/>