

Bogotá D.C., 2 de julio de 2017

La vulneración del derecho a la salud de mujeres y hombres transexuales frente al acceso a la reasignación de sexo

The violation to the right to health of transsexual women and men before the access to the sex reassignment surgery

*Andrea Katherine Reyes*¹⁸³
*Yessica Tatiana Diaz Botia*¹⁸⁴

Abstract

This article presents the barriers to the access of the right to health of transsexual women and men with regard to the sex reassignment surgery by the Entidades Promotoras de Salud in Colombia. It is proposed that the government adopts the recommendations established by the Yogyakarta Principles and, at the same time, makes a public policy to provide free medical care in the aforementioned surgery and a comprehensive treatment because of their different condition to guarantee their right to health with equal opportunities.

Keywords: transsexual, right to health, comprehensive treatment, sex reassignment, gender identity, gender dysphoria

Resumen

Este artículo presenta de forma analítica las barreras de acceso al derecho a la salud de las mujeres y hombres transexuales en relación con el procedimiento de reasignación de sexo por parte de las Entidades Promotoras de Salud en Colombia. Se realiza una propuesta en la que se insta al gobierno nacional a incorporar de forma efectiva las recomendaciones establecidas por los Principios de Yogyakarta y, a su vez, se cree un programa de atención en salud con enfoque diferencial de género que garantice el derecho a la salud en condiciones de igualdad para esta población.

Palabras clave: transexual, derecho a la salud, tratamiento integral, reasignación de sexo, identidad de género, disforia de género

Recibido: 25 de noviembre de 2016

Aceptado: 18 de junio de 2017

¹⁸³ Docente en la Corporación Universitaria UNITEC. Correo: andreareyes@unitec.edu.co

¹⁸⁴ Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás de Aquino, sede Tunja. Correo: yessica.diaz@usantoto.edu.co

I. Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, existe una ausencia de políticas públicas que garanticen el acceso al derecho a la salud de personas con identidad de género no hegemónicas como lo son las mujeres y hombres transexuales, en relación con el procedimiento de reasignación de sexo por parte de las Entidades Promotoras de Salud, ya que el acceso a este derecho fundamental se ve condicionado a la expedición de un certificado de trastorno de identidad de género o también denominado disforia de género,¹⁸⁵ el cual es emitido exclusivamente por un profesional especialista en psiquiatría, quien es el encargado de definir si la persona que ha sido valorada presenta un problema de incongruencia entre el género que vive o expresa y el género asignado, este condicionamiento trae consigo una vulneración a los derechos de la autonomía y libertad de expresión, debido a que deben ser diagnosticados como sujetos que padecen una enfermedad mental, lo cual se constituye como requisito ineludible solicitado por las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) para poder acceder al procedimiento solicitado.

Así pues, lo que pretendemos estudiar en este artículo es cómo al exigirse un certificado de trastorno de la identidad de género o disforia de género a las mujeres y hombres transexuales,¹⁸⁶ se vulnera el acceso al Sistema General de Salud, procedimiento que, en muchas ocasiones, es solicitado como medio de cumplir estereotipos sociales, basado en su interés de ser aceptadas y disminuir los actos de burlas y rechazo de las cuales son objeto en su cotidianidad. Otro escenario de afectación que se evidencia en esta población es la intervención de su corporalidad de forma artesanal cuando la respuesta por parte de las EPS a su solicitud es negada.

Lo anterior, reviste una especial importancia, dado que la falta de inclusión social de personas con identidad de género no hegemónica, en el caso específico de las mujeres y hombres transexuales, demanda por parte del Estado una protección especial con fundamento en las múltiples vulneraciones de las que han sido objeto a lo largo de la historia, producto de la violencia estructural y, adicionalmente, por las dinámicas de violencia desplegadas por actores del conflicto armado interno. Por un lado, la negación del procedimiento de reasignación de sexo no sólo crea una barrera de acceso al sistema de salud, sino que trae consigo una serie de afectaciones consistentes en daños psíquicos y emocionales que conllevan a que estas personas terminen

¹⁸⁵ Definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), (25 de mayo de 2017), www.who.int/mediacentre/factsheets/fs403/es/ Masculino: “[s]e refiere a las características fisionómicas del ser hombre, las cuales son definidas por las normas y los roles impuesto dentro de la sociedad. Femenino: Se refiere a las características fisionómicas de la mujer, las cuales son definidas por las normas y los rol impuestos dentro de la sociedad, Trans: Este término es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, es decir es aquella persona que transita del género asignado socialmente a otro género, ya que en ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, es decir estas personas tienen una vivencia que no corresponde con el género asignado e impuesto al momento de nacer.”

¹⁸⁶ *Sent. T-771 de 2013*, C. Const.: “[m]ujer Transexual: Es una persona que al nacer fue asignada al género masculino, y la cual se identifica en algún punto del espectro de la feminidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual. Por su parte, los hombres transexuales son personas que al nacer fueron asignados al género femenino y se identifican en algún punto del espectro de la masculinidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual.”

acudiendo a la utilización de medios ilegales con el fin de poder sentirse bien con su fisionomía. Por otra parte, las mujeres y hombres trans, hacen parte de uno de los grupos minoritarios que han sido amenazados, discriminados y excluidos a través de dinámicas socio-culturales, razón por la cual la Corte Constitucional las ha considerado sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, el objetivo se centra en dar respuesta al interrogante ¿resulta ajustado al ordenamiento jurídico imponer la expedición del certificado de trastorno de la identidad de género o disforia de género como requisito indispensable para realizar el procedimiento de reasignación de sexo a personas transexuales? Para ello, la metodología utilizada partió de la realización de una investigación de carácter dogmático con enfoque cualitativo, a través de la recolección de datos, revisión de literatura relacionada con el objeto de estudio y el desarrollo de un marco teórico, obteniendo como respuesta que dicho requisito no resulta ajustado al ordenamiento jurídico, pues, al imponer la expedición del certificado de disforia de género, el mismo condiciona y restringe el acceso al derecho a la salud de estas personas, genera una carga adicional y una serie de barreras injustificadas que vulneran su derecho a la salud, toda vez que todas las personas tienen derecho a un tratamiento médico adecuado, independientemente de su identidad de género no hegemónica.

En este orden de ideas, para superar la ausencia de políticas públicas, el Estado debe adoptar lo establecido en los principios de Yogyakarta los cuales establecen la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, con el fin de que se brinde una asistencia médica gratuita diferenciada, en razón a su enfoque diferencial e identidad de género diversa, la cual debe ser cubierta y tratada por profesionales idóneos en materia de género por parte del Estado, toda vez que el trato discriminatorio al que son sometidos se debe a la insuficiencia de atención médica adecuada y la baja calidad del servicio prestado.

II. Barreras por parte de las Entidades Promotoras de Salud frente al acceso a la reasignación de sexo a personas transexuales

Según la sentencia T-918 de 2012, el derecho a la salud debe ser garantizado a todas las personas, independiente de su condición u orientación sexual, ya que este es entendido como un derecho que no se limita al hecho de estar enfermo, sino que comprende todos los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona.¹⁸⁷ No obstante, existen factores limitantes que impiden el acceso de hombres y mujeres transexuales a los procedimientos solicitados, entre ellos la reasignación de sexo por parte de las Entidades Promotoras de Salud.

De igual forma, al no existir una regulación específica frente al acceso al derecho a la salud por parte de personas con identidad de género no hegemónicas, en este caso de mujeres y hombres

¹⁸⁷ *Sent. T- 918 de 2012, C. Const.*

transexuales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, lo que muchos hacen es inyectarse hormonas sin prescripción o supervisión médica o acudir a clínicas informales para poder tener acceso a una cirugía de cambio de sexo, ya que las EPS niegan o dilatan los procedimientos para su autorización, bajo la categorización del binario hombre-mujer, por tal razón condicionan su acceso a una prescripción médica, en la cual se expide un certificado de trastorno de identidad de género o disforia de género,¹⁸⁸ a pesar de que el procedimiento quirúrgico requerido se encuentre incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.¹⁸⁹

En efecto, tanto hombres como mujeres transexuales no cuentan un tipo de protección específica hacia sus derechos fundamentales, ya que se tienen que someter a la expedición de un diagnóstico de disforia de género, el cual es realizado mediante un examen psiquiátrico llamado “test de la vida real”. En él, se hacen preguntas para definir si una persona tiene una identidad femenina o masculina; este test se ha constituido como el primer obstáculo importante que la mayoría de transexuales deben enfrentar para acceder a la cirugía de confirmación de género,¹⁹⁰ ya que los pacientes deben someterse a un periodo de psicoterapia por un lapso de tres meses para su aprobación.¹⁹¹ Con base a lo anterior, se hace evidente que la identidad de género no hegemónica actualmente se sigue considerando una enfermedad y su cambio se aborda desde una perspectiva eminentemente patologizante.¹⁹²

Así las cosas, en el contexto colombiano, se identifican prácticas de opresión basadas en actos de discriminación, violación de derechos humanos y violencias simbólicas hacia personas transexuales.¹⁹³ Ahora bien, este condicionamiento está supeditado como una exigencia, en la cual se obliga tanto a mujer como hombre transexual a responder toda clase de preguntas que invaden su esfera personal, las cuales son realizadas arbitrariamente por profesionales psiquiátricos y, a su vez, son estos quienes se encargan de juzgar la intimidad de la persona, no obstante, después de que estas preguntas hayan sido contestadas, el profesional psiquiátrico define en su dictamen si la persona es acreedora o no a la expedición del certificado de disforia de género. No obstante, este tipo de injerencia ha obligado a que, en muchas ocasiones, estas

¹⁸⁸ *Sent. T- 771 de 2013*, C. Const.

¹⁸⁹ *Sent. T-918 de 2012*, C. Const. y Resolución 6408 de 2016, [Min. Salud y Protección Social], anexo 2: Listado de procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

¹⁹⁰ Justin Cascio, *Origins of the Real – Life test*, *Trans health since 2001*, (January 20th, 2003).<http://www.trans-health.com/2003/real-life-test/>,

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² Coalición Aquelarre Transgénero, El Colectivo Entre-tránsitos, El Grupo de Apoyo a personas Transgénero (GAAT), la Fundación Procrear, Santamaría Fundación. PARCES, Colombia Diversa, Intervención ciudadana de Colombia Diversa, la coalición de organizaciones transgénero de Aquelarre, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS), EL Grupo de Derecho Interés Público (GDIP), Y Dejusticia en el expediente T4.541.143. Acción de tutela presentada por Sara Valentina López Jiménez contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, (10 de Diciembre, 2014), http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.680.pdf

¹⁹³ Daniel Andrés Verástegui Mejía, *Implicaciones Psicosociales de la Despatologización de la Disforia de Género para la Inclusión o Exclusión Social de las Personas Transgénero en el contexto colombiano* (2013) (tesis de magister, Universidad Nacional de Colombia).

personas mientan al negar su propia vida y sus gustos, con el único fin de obtener este certificado.¹⁹⁴

Así pues, en la práctica, la persona transexual es sometida a una prueba invasiva en la que tiene que comprobar que no dice mentiras respecto a su identidad de género, por esta razón es sometida al juzgamiento e inspección de su cuerpo y, a partir de allí, es un médico quien define su identidad.¹⁹⁵ En esta medida, la expedición del certificado de trastorno de identidad de género o disforia de género ha sido definida como “un conflicto entre el sexo físico de una persona y el género con el cual se identifica”.¹⁹⁶

Por consiguiente, el hecho de someterse a humillaciones públicas y tratamientos médicos aplicados con la intención de curar la supuesta enfermedad o patología del trastorno “identitario”, trasgrede todo tipo de derechos a quienes se auto-reconocen con una identidad de género no hegemónica.¹⁹⁷ Dado que este diagnóstico condiciona y a su vez visibiliza no sólo la marginalización y desprotección hacia esta población minoritaria, la cual ha sido profundamente inobservada e invisibilizada, sino que además evidencia muchos límites para su acceso por la indebida categorización del binarismo de género.¹⁹⁸ Por ende, la inadecuada asistencia médica hacia mujeres y hombres transexuales genera consecuencias negativas y discriminatorias por requerir el suministro de prestaciones específicas como lo es la cirugía de reasignación de sexo.¹⁹⁹

Por tanto, el inaccesso al sistema médico en salud refleja no sólo las barreras institucionales sino que además evidencia la ausencia de garantías para el goce efectivo de sus derechos fundamentales al convertir esta comunidad en objetos para la medicina y no en sujetos con derechos que requieren asistencia sanitaria digna,²⁰⁰ sin burlas ni maltratos en razón a su condición diferencial.²⁰¹ Así entonces, este inaccesso también se debe a que las personas transexuales son etiquetadas como pacientes con una enfermedad mental, razón por la cual genera que los sistemas de salud requieran de un diagnóstico para “justificar” la atención médica necesaria, además de tener la experiencia del trato grosero e inapropiado por parte del profesional sanitario desinformado el cual en la mayoría de ocasiones se dirige a ellos en el género no elegido.²⁰²

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ Ethan Z. Tieger, *Transsexual Prisoners and the Eighth Amendment: A Reconsideration of Kosilek v. Spencer and Why Prison Officials May Not Be Constitutionally Required To Provide Sex- Reassignment Surgery*, 47 *Suffok U. L. Rev.*, n°627, 33 (2014).

¹⁹⁷ *Supra* nota 192.

¹⁹⁸ Spade Dane, *Documenting gender*, 59 *Hastings L.J.*, n°731, 113 (2007-2008).

¹⁹⁹ Spade-Dane, *Resisting Medicine, Re/modeling Gender*, 18 *Berkeley Women's L.J.*, n°15, 39 (2016).

²⁰⁰ Miquel Missé y Gerard Coll – Planas, *El género desordenado*, Críticas en torno a la patologización de la transexualidad (Barcelona, Madrid: Egales. 2010).

²⁰¹ Lindsey V. & Gilbert Vrossing, *The Line: Examining Sex Reassignment Surgery For Transsexual Prisoners In The Wake Of Kosilek V. Spencer*, 23 *S. Cal. Rev. L. & Soc. Just.*, n°29, 33 (2013-2014).

²⁰² Thomas Hamarberg, *Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Derechos Humanos e Identidad de Género*, Informe temático 2009, http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg_es.pdf.

Por ejemplo, en otras jurisdicciones, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el diagnóstico de disforia de género es un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos humanos de esta comunidad ya que este certificado deriva una restricción frente al acceso al derecho a la salud.²⁰³

Así entonces, uno de los tantos factores que inciden en la falta de asistencia médica se debe a que la mayoría de profesionales médicos carecen de conocimiento idóneo frente al trato que se le debe dar a una mujer y hombre transexual,²⁰⁴ ya que el aislamiento, maltrato, estigmatización y prejuicio preexistente por parte de estas comunidades y la sociedad en general victimizan la situación de este sector de la población, el cual ha sido sometido a patrones de valoración cultural negativos que llevan a graves inequidades y demarcan un “deber ser” de los roles establecidos para hombres y mujeres,²⁰⁵ quienes, en razón al tránsito en el género, se señalan como contrarios de lo que establecen las normas de género por su enfoque diferencial.²⁰⁶

Por consiguiente, la discriminación y violencia ejercida en mujeres transexuales radica en la imposición de estereotipos de género, la limitación del espacio y el desarrollo de la personalidad. De igual forma, estos actos de violencia se dan en los hombres transexuales, en la medida en que deben sufrir violencia sexual correctiva, embarazos no deseados como mecanismos implementados para que “aprendan” a asumir su condición biológica como mujeres, además de ser vistos como “un mal ejemplo”.²⁰⁷

A su vez, cabe resaltar que, aunque el género hace referencia a las diferencias sociales y culturales asignadas a hombres y mujeres en razón de su sexo, en los que la identidad de género corresponde a una vivencia interna e individual del sexo y los elementos del género, desde el binarismo de género, se restringe esta identificación según dos formas esencialistas de relación: en las mujeres con el rol femenino y en los hombres con el rol masculino. Por su parte, desde la expresión de género, entendida como la manifestación externa de la masculinidad o feminidad de acuerdo con las normas socialmente establecidas, se impone la asignación de roles y comportamientos fijos a la condición biológica, relegando e invisibilizando identidades trans, lo cual produce discriminación hacia estas construcciones, llegando incluso a expresiones de transfobia.²⁰⁸

No obstante, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la identidad de género constituye una norma internacional la cual debe abarcar una protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas que pertenecen a estos grupos tradicionalmente desprotegidos, ya que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ DeCleene, Anee C, The Reality of Gender Ambiguity: A Road Toward Transgender Health Care Inclusion, Nigla Michael Greenberg Writing Competition, 16 *Law & sexuality, a review of Lesbian, Gay, Bisexual, and transgender*, n° 123, 23 (2007).

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ Defensoría del pueblo, Voces ignoradas: La situación de personas con orientación sexual e identidad de género diversas en el conflicto armado colombiano, 2015, www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/Paz/undp-co-voces-2015.pdf

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Id.*

derechos; lo anterior con el fin de evitar las sistemáticas violaciones a las que son sometidas por tener una identidad de género no hegemónica.²⁰⁹

III. Patologización de la Identidad de Género

La patologización de algunas sexualidades puede tener claras consecuencias sobre las opciones de vida privada y pública (laboral, profesional) y experiencias de salud. Por ejemplo, puede llevar a dictámenes civiles, penales, laborales y administrativos desventajosos; puede exponer a las personas a prácticas médicas nocivas; suele conllevar una limitación de los derechos ciudadanos (incluidos los relativos a custodia, adopción, convivencia), y suele ser una justificación para la opresión, el escarnio social y el maltrato. Todo esto es incompatible con un estado de bienestar completo en todas las facetas de la vida personal e interpersonal de las personas LGBTI.²¹⁰

Así pues, la clasificación dentro de los trastornos mentales es una de las barreras frente al acceso al servicio a la salud dada la rigidez del binarismo de género,²¹¹ lo cual ha conllevado a la insuficiente respuesta del sector salud, debido a la gran ausencia de servicios de médicos pensados en responder a las necesidades específicas de esta comunidad, dada la limitada voluntad o capacidad para ofrecerle servicios adecuados.²¹²

Por esta razón, esta comunidad busca que se le garantice el acceso a los servicios de salud con un enfoque de integralidad,²¹³ toda vez que el procedimiento quirúrgico que requieren debe buscar, por una parte, mitigar las múltiples agresiones y manifestaciones de hostilidad del que han sido víctimas y, a su vez, evitar el suicidio de quienes no acceden a dicha intervención quirúrgica,²¹⁴ ya que el principal deseo tanto de la mujer y el hombre transexual de pertenecer a un género que no es la antítesis del biológico, es el de una nueva construcción individual sobre su identidad de género no hegemónica.²¹⁵

De igual forma, cabe resaltar que la patologización se ha convertido en el principal obstáculo frente al acceso a la cirugía de reasignación de sexo,²¹⁶ debido a que esta cirugía es un servicio que está supeditado a categorizaciones bien sea de desórdenes, enfermedades o

²⁰⁹ Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos "Naciones libres e iguales", Res. A.G.art 2, O.A.C, Doc.A/Publications/ (2012).

²¹⁰ Carlos F. Cáceres, Víctor A Talavera, Rafael Mazin Reynoso, Diversidad Sexual, Salud y Ciudadanía, 30 *Revista Perú Medexp Salud Pública*, n° 4, 7, (2013).

²¹¹ Jennifer Wong, Recasting Transgender – Inclusive Healthcare Coverage: A comparative Institutional Approach To Transgender Healthcare Rights, 31 *Law & Ineq*, n° 471,40 (2013)

²¹² *Id.*

²¹³ *Sent. T- 552 de 2013*, C. Const.

²¹⁴ *Supra* nota 201.

²¹⁵ *Supra* nota 200.

²¹⁶ Lee Alvin, Trans Models In Prison: The Medicalization of Gender Identity And The Eighth Amendment Right to Sex Reassignment Therapy, 31 *Harvard. Journal of Law and Gender*, n° 447, 27 (2016).

anormalidades.²¹⁷ Por esta razón, activistas transexuales han observado que, al obtener una atención médica inadecuada, muchos han optado por suicidarse, debido a que los altos índices de marginalidad por la falta de visibilización de hechos violentos contra esta población no les da una prioridad especial respecto al tipo de procedimiento integral diferenciado que necesitan.²¹⁸

No obstante, el procedimiento de reasignación sexual al que una persona decide someterse con el objeto de adecuar su estado psicosocial al físico y de ahí vivir en el género con el que se identifica plenamente, constituye, de forma innegable, una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto que es una expresión individual respecto de su identidad, la cual influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales,²¹⁹ en razón a que la identidad de género ha sido constituida como un aspecto íntimamente relacionado con la definición misma de la persona la cual debe ser protegida constitucionalmente como corolario del principio de dignidad humana.²²⁰

En otro contexto, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que los Estados deben proporcionar el acceso a los servicios de salud que se requieren para el tránsito del género sin ningún tipo de discriminación.²²¹ Sin embargo, opera la ausencia de políticas públicas para los enfoques diferenciales y el no reconocimiento de las afectaciones hacia sus derechos fundamentales.²²²

IV. Inasistencia médica por parte de las Entidades Promotoras de Salud

El principal factor que incide en que la asistencia médica sea casi inaccesible contribuye a las altas tarifas de marginalización económica.²²³ Por esta razón, muchos buscan tratamientos sin supervisión médica con el fin de adecuar su cuerpo para la cirugía por el “mercado negro”, tratamientos que generan diversas consecuencias tales como: daño en nervios, dosificación inadecuada, además de la trasmisión del virus del VIH, junto con la infección de hepatitis, o en ocasiones daños corporales de por vida.²²⁴

Además, la falta de reconocimiento de la legitimidad de asistencia médica que confirma el género prueba la negatividad de asistencia en salud, ya que, en muchos centros médicos, la cirugía de reasignación de sexo es considerada como “cosmética” y “experimental” y, por eso, es condicionada su cobertura.²²⁵ Así entonces, la falta de acceso genera afectaciones a la salud

²¹⁷ Leslie Megan, Boys Will Be Girls, Sex Reassignment Surgery And The Ethics Of State Funding, 13 *Dalhousie J. Legal Stud.* n°239, 25 (2016).

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Sent. T-363 de 2016, C. Const.*

²²¹ *Supra* nota 202.

²²² *Supra* nota 206.

²²³ *Id.*

²²⁴ *Supra* nota 202.

²²⁵ *Id.*

tanto física como mental de la persona, por ende se hace necesario que el Estado sea quien proporcione y cubra los costos de la cirugía mediante una asistencia y acompañamiento médico gratuito, ya que la negación de este acceso no se puede limitar, ni basar únicamente a lo que emita un diagnóstico.²²⁶

Es decir, este procedimiento quirúrgico debe ser considerado como una necesidad médica que debe ser asistida, sin importar si existe cobertura o no. Sin embargo, esta medida no ha sido adoptada ya que las EPS buscan que la asistencia médica sea casi nula y, por ende, violatoria de los derechos humanos.²²⁷ Así entonces, lo que debe primar es una nueva construcción individual sobre el género para que así tanto mujeres como hombres transexuales tengan una auto identidad con su cuerpo y no sea un certificado el que determine si su género debe ser reconocido o no, ya que el género de nacimiento no debe determinar la identidad sexual, sino que esta forma de exclusión debe ser eliminada.²²⁸

Mas aún, la comunidad transexual es una de las más vulnerables en el sistema de asistencia médica, pues la barrera frente a su acceso se ve limitada, además de lo expuesto anteriormente, por los gastos y la cobertura restringida por parte del Estado.²²⁹ Al igual que el inaccesso al cuidado médicamente necesario relacionado con la transición, lo cual se constituye como una evidencia discriminatoria y excluyente frente al acceso al derecho a la salud.²³⁰

V. El sometimiento a una prueba invasiva para el acceso a la cirugía de reasignación de sexo se encuentra ligada a la patologización de la identidad de género

Han sido múltiples los avances jurisprudenciales dirigidos a desarrollar un enfoque diferencial frente al alcance de los derechos fundamentales, a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad e igualdad. Dado que la identidad de género es un elemento material del proyecto de vida de la persona, por esta razón debe ser vista como una categoría constitucional que debe ser protegida por las garantías de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.²³¹

Sin embargo, la adecuada asistencia en salud tratándose de personas transexuales está supeditada a la categorización de la expedición del certificado de trastorno de identidad de género o disforia de género,²³² de manera que la expedición de este certificado se hace necesaria para poder acceder a la atención médica, toda vez que constituye la condición que precede la prescripción de procedimientos relacionados con la reafirmación sexual o de género.²³³

²²⁶ *Id.*

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Supra* nota 211.

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Sent. T- 363 de 2016, C. Const.*

²³² *Sent. T-771 de 2013, C. Const.*

²³³ *Sent. T-918 de 2012, C. Const.*

No obstante, el amparo hacia la protección del derecho a la salud a personas transexuales que solicitan la realización del proceso de reafirmación sexual opera con base a los siguientes fundamentos: i) el derecho a la Salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar; ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital; iii) las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans vulneran su derecho a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo; iv) las Entidades Promotoras de Salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización “de forma científica y técnica”; v) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas trans demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último, vi) la garantía de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no sólo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse, sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan lo cual constituye una barrera de acceso al sistema.²³⁴

A su vez, el acceso a un servicio de salud apropiado hacia personas transexuales resulta fundamental para la reafirmación de su identidad sexual o de género ya que “deben enfrentar asuntos de salud propios, como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas,”²³⁵ lo cual incluye la necesidad de garantizar que “la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades.”²³⁶ Así pues, 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 sino que, también, se desconocerá cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales de este derecho fundamental,²³⁷ como quiera que uno de los fundamentos que sustentan el carácter integral del derecho a la salud es la precisión de que la prestación de procedimientos médicos no está condicionada a la comprensión de este derecho como mera ausencia de enfermedad.²³⁸

Así entonces, las personas que solicitan atención médica especializada con el fin de adelantar un proceso quirúrgico para modificar sus cuerpos, expresan viven y se identifican con un género e

²³⁴ *Sent. T-771 de 2013, C. Const.*

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Sent. T-771 de 2013, C. Const.*

²³⁸ *Sent. T-918 de 2012, C. Const.*

incluso un sexo determinado, independientemente de las características físicas sexuales y el género con el que se les designo al nacer.²³⁹

En este sentido, es una obligación de las EPS autorizar la cirugía de reasignación de sexo cuando opere una prescripción médica por parte del galeno tratante, ya que, de no hacerlo, se vulneraría el derecho a gozar del nivel más alto de salud.²⁴⁰ Asimismo, resulta contrario a las garantías constitucionales mantener a una persona en un sexo que no siente como propio; por tal razón, lo que se debe hacer es buscar una forma que permita adecuar su realidad externa a su identidad, bien sea según sus hábitos, vestimenta e incluso recurriendo a tratamientos hormonales que le permitan aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica.²⁴¹

En todo caso, la atención en salud es fundamental para garantizar el acceso a los procedimientos quirúrgicos que requieren las personas transexuales, ya que, según la Asociación Mundial de Profesionales en la Salud (WPATH) y la Asociación Médica Americana, el acceso a los servicios de salud son necesarios para la transición del género.²⁴²

VI. Obligación de la EPS de brindar una asistencia médica integral a personas transexuales para su acceso a la reasignación de sexo

Según el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social en Colombia expedida por el Congreso de la República, se creó por primera vez el POS, el cual es definido como “un Plan que permite la protección integral de las familias en la maternidad y a la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.”²⁴³

Igualmente, la Resolución 6408 de 2016 expedida el 26 de diciembre por el Ministerio de Salud y Protección Social, por el cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la unidad de Pago por Capacitación- UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSS, define este plan como un conjunto de servicios y tecnologías en salud, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad, además de constituirse en un mecanismo de protección al derecho fundamental para que las EPS o las entidades que hagan sus veces

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Sent. T-876 de 2012, C. Const.*

²⁴¹ *Sent. T-918 de 2012, C. Const.*

²⁴² Open Society Foundations, World Professional Association For Transgender Health Biennial Symposium (17 de Junio de 2009), <https://www.opensocietyfoundations.org/events/world-professional-association-transgender-health-biennial-symposium>.

²⁴³ Ley 100 de 1993, arts. 162.

garanticen el acceso a los servicios en salud. A su vez, los procedimientos relativos a la reasignación de sexo, están incluidos de manera explícita en esta resolución.²⁴⁴

Así entonces, cabe resaltar que el acceso hacia la cirugía de reasignación de sexo y los tratamientos hormonales no son procedimientos cosméticos ya que no tienen como objetivo mejorar la apariencia de quien lo solicita sino que lo que mejora es la condición anatómica y biológica del paciente.²⁴⁵ Por ende, quienes la solicitan son merecedores del tratamiento que requieren ya que su condición no es sinónimo de enfermedad mental, sino que, por el contrario, se debe propender a la eliminación del estigma asociado con la atención médica.²⁴⁶

En esta perspectiva, los principios de Yogyakarta permiten la aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género y fueron adoptados en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006; estos principios no son vinculantes sino que denotan una serie de recomendaciones de los Estados miembros de la Unión Europea a todos los países del mundo, a su vez, ratifican los estándares legales de cómo los gobiernos y otros actores podrían detener la violencia, abuso y discriminación ejercida contra lesbianas, homosexuales, bisexuales y personas transexuales, a fin de asegurar una igualdad plena, además de consagrar un precedente y una idea muy simple, pero firmemente establecida por la ley: “los derechos Humanos no admiten excepciones”.²⁴⁷

Estos principios abordan: i) la violación y otras formas de violencia basadas en el género ii) las ejecuciones extrajudiciales; iii) los abusos médicos; iv) la represión de la libertad de expresión y de reunión; v) la discriminación en el trabajo, salud, educación, vivienda, acceso a la justicia e inmigración. A su vez, estos principios señalan que el respeto a los derechos sexuales, a la orientación sexual y a la identidad de género son esenciales para la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, ya que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en los roles estereotipados para hombres y mujeres.²⁴⁸

De igual forma, reconocen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, señalando que todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es fundamental en este derecho. Así mismo, el literal G del Principio 17 de Yogyakarta establece que los Estados deben facilitar el acceso a tratamientos, cuidado y apoyo competentes no discriminatorios a aquellas personas que busquen modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género. Igualmente, el literal H señala que todos los Estados deben asegurar que todos los proveedores de servicios para la Salud traten a sus clientes y

²⁴⁴ Resolución 6408 de 2016, [Min. Salud y Protección Social], anexo 2: Listado de procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC.

²⁴⁵ Lauren Herman, A Non – Medicalized Medical Deduction? O Donnabhain V. Commissioner & The I.R.S.S Understanding of Transgender Medical Care, 35, *Harvard Journal of Law & Gender. Rev.* n° 487, 30 (2016).

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ Vitit Muntarbhorn, Introducción a los Principios de Yogyakarta, Principios de Yogyakarta 2012, www.yogyakartaprinciples.org/preamble-sp.

²⁴⁸ *Id.*

parejas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanos.²⁴⁹

En este mismo sentido, el literal I establece que todos los Estados deben adoptar políticas y programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con el pleno respeto por la orientación sexual y la identidad de género de cada una. Estos principios están basados en las leyes internacionales de Derechos Humanos según están reflejados en los tratados regionales e internacionales, la jurisprudencia de los órganos de los tratados de Derechos Humanos, tribunales y comisiones especializados, y la interpretación autorizada de los Relatores especiales y grupos de trabajo de la ONU.²⁵⁰

A su vez, estos principios son una enunciación de la legislación internacional y que como tal establecen lo que los países están legalmente obligados a hacer para asegurar que las personas LGBTI gocen de los mismos derechos y dignidad que todas las demás personas, toda vez que el Estado está obligado a diseñar todas las instalaciones, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de las personas de todas las orientaciones sexuales e identidad de género. En este sentido, la identidad de género nunca debe ser considerada padecimientos médicos a ser curados, tratados o suprimidos, ni pueden ser el fundamento para realizar prueba física o psicológica alguna, cofinanciamiento en instituciones médicas ni ninguna otra práctica dañina.²⁵¹

VII. Despatologización de la identidad de género

Sobre este aspecto, cabe resaltar que no es la identidad de género la que está enferma, sino que estamos frente a una sociedad que es incapaz de concebir realidades fuera del modelo social hegemónico; por lo tanto, debe existir un desplazamiento desde un proceso de patologización individual a un cuestionamiento de la realidad social, partiendo de la idea de que la “identidad no se diagnostica”.²⁵²

No obstante, pese al reconocimiento de la diversidad de la identidad de género no hegemónica, la población transexual es uno de los grupos humanos que más sufre de discriminación y que con más frecuencia sufre violaciones en gran parte del mundo.²⁵³ Sin embargo, en legislaciones como la de España, se han tomado iniciativas las cuales establecen una serie de mecanismos que propenden por despatologizar la identidad de género, además de sensibilizar y concientizar la inclusión de este grupo poblacional en la sociedad, ya que lo que se busca en este país es que el acceso al procedimiento médico que se requiere por parte de la mujer u hombre transexual esté

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Sonia Onufer Correa, Vitit Muntarbhorn, Guía del Activista para usar los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, (14 de Noviembre de 2010), www.ypinaction.org

²⁵² *Supra* nota 200.

²⁵³ Sent. T 063 de 2015, C. Const.

contemplado dentro de la sanidad pública como una forma de reivindicación legítima cuya finalidad es asegurar que estas personas no sean discriminadas, como sucede hoy en día.²⁵⁴

Así entonces, en esta legislación, la sanidad pública propende por garantizar la salud y el bienestar de toda la población y, para esto, es importante quitarle atribuciones que se le han dado al profesional de la psicología, en tanto a que él no sea quien decida si es posible acceder o no a la cirugía de reasignación de sexo, debido a que coartaría el derecho inalienable de las personas a decidir sobre su vida, su género y su cuerpo de manera responsable.²⁵⁵ No obstante, en la legislación Colombiana, aún la identidad de género es ligada a alguna forma de patologización.²⁵⁶

Por eso, es fundamental romper con las dicotomías y con las categorías estancas: es decir, entender que no sólo existen dos géneros, ya que una identidad o expresión de género que difiera de la asignada al nacer no constituye por sí misma un trastorno mental o una minusvalía en la competencia del ser humano; por esta razón, es importante que el lenguaje binario sea retirado de los criterios diagnosticados juntamente con las descripciones patológicas de la transición.²⁵⁷

Así por ejemplo, Argentina es la primera legislación en el sur de América en eliminar la disforia de género como requisito para el cambio de sexo.²⁵⁸ Según lo establecido en el decreto n° 903 de 2015 en el cual se reconoce que las intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género auto percibida, deben ser incluidas dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO).²⁵⁹ Por ende, el acceso a tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas son cubiertas por la sanidad pública y privada de manera gratuita.²⁶⁰

En este orden de ideas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) busca caracterizar y proteger los derechos fundamentales de esta comunidad, por esta razón, establece que los Estados deberían proporcionar la posibilidad de acceder a cirugías que conduzcan a la reasignación completa de género y que dichas cirugías deben estar cubiertas por los planes de seguros como tratamientos “médicamente necesarios”, ya que estas cirugías deben ser administradas siempre atendiendo el interés superior del individuo, ajustándose a sus necesidades físicas y a su situación.²⁶¹ Dado que los integrantes de este grupo poblacional han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socio-económica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen.²⁶²

Ahora bien, la mayoría de Estados latinoamericanos y europeos no proporcionan procedimientos de reasignación de sexo financiados con fondos públicos, o los ofrecen solo parcialmente.²⁶³ Sin

²⁵⁴ *Supra* nota 200.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Sent. T-063 de 2015, C. Const.*

²⁵⁷ *Supra* nota 200.

²⁵⁸ *Sent. T-063 de 2015, C. Const.*

²⁵⁹ Decreto 903 de 2015, [Min. Salud], anexo 1, Reglamentación del artículo 11 de la ley 26. 743.

²⁶⁰ *Sent. T-063 de 2015, C. Const.*

²⁶¹ *Supra* nota 202.

²⁶² *Sent. T 063 de 2015, C. Const.*

²⁶³ *Supra* nota 202.

embargo, países como España, EE.UU. y Argentina orientan la materialización de sus políticas públicas con enfoques diferenciales hacia el reconocimiento de la afirmación de identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal merecedora de protección constitucional, así como la despatologización de la identidad de género y, a su vez, la remoción de barreras injustificadas.²⁶⁴ Con base a lo anterior, se hace necesario que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se inste al gobierno para que desarrolle e implemente políticas públicas para los enfoque diferenciales que permitan la protección constitucional de los derechos de las personas pertenecientes a estos grupos marginados y discriminados en razón a su identidad de género no hegemónica.

Por otro lado, en EE.UU., el acceso a la cirugía de reasignación de sexo se ha considerado como una necesidad que debe ser garantizada y prestada oportunamente; para esto, profesionales de la Salud y la Asociación Sex Reassignment Surgery (SRS) establecen que el tratamiento médico al que se someten las personas transexuales es médicamente necesario toda vez que “el alivio de la disforia de género no puede ser obtenido sin la modificación de su estado primario y/o secundario ya que con base a esta modificación existe una mayor congruencia con la identidad de género. Por esta razón, se establecen una serie de requisitos que la persona debe cumplir antes de que la Asociación (SRS), pueda considerarlo como Transexual, por ejemplo para la cirugía genital se recomienda doce meses de tratamiento hormonal y doce meses de vida como el género congruente con la identidad del individuo, y su acceso solo puede hacerse efectivo siempre y cuando se demuestre que su omisión constituye una violación a la octava enmienda, la cual establece que se prohíbe la imposición de la tortura y otros tratos crueles y castigos.”²⁶⁵

De igual forma, frente al acceso a la cirugía de reasignación de sexo por parte de quienes están recluidos en establecimientos carcelarios, también se constituye en una necesidad médica, en la cual se accede mediante una prueba de “indiferencia deliberada”, es decir, indiferencia por parte de los funcionarios públicos frente a los programas de Salud que ofrecen las Correccionales, cuando se pone en riesgo emocional la vida del recluso.²⁶⁶ Por consiguiente, se hace necesario que, en nuestro ordenamiento jurídico, se brinde una atención adecuada por parte de las EPS con el fin de que se atienda las necesidades específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género.²⁶⁷

Sin embargo, pese a lo anterior, cabe resaltar que, en Colombia, no se cuenta con protocolos médicos ni directivas del Ministerio de Salud para dirigir los servicios del Sistema de Salud en correspondencia a las necesidades específicas y especialidades necesarias para la atención de personas transexuales, ya que no existen procedimientos médicos oficialmente instituidos para el proceso de reasignación sexual, lo cual deja en evidencia la desprotección de un sector poblacional que, en materia de Salud, pese a la protección constitucional sigue estando a la

²⁶⁴ *Sent. T 063 de 2015*, C. Const.

²⁶⁵ Yini Zhang, *Transcending the Corporeal Prison: Eighth Amendment Jurisprudence, the Evolving Standard of Decency, and Sex Reassignment Surgery After Kosilek v Spencer*, Vol. 34 *Law & Ineq. Rev.*, N°487, 39 (2016).

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Sent. T 363 de 2016*, C. Const.

discrecionalidad médica, a partir de la cual se define la conveniencia o no de la realización de los procedimientos en pro de mantener su identidad sexual.

De manera que se debe propender por la despatologización, ya que el sólo hecho de exigir el prerrequisito del dictamen psiquiátrico prolonga las consideraciones patológicas sobre la transexualidad.²⁶⁸ Por tal razón, el Estado no puede seguir propiciando mediante la patologización de las personas transexuales la negación de los procedimientos quirúrgicos y la falta de unos protocolos médicos, ni que estas personas busquen alternativas para la prestación del servicio de la salud desde la informalidad, dado que estas alternativas los ha llevado a la muerte o a poner en alto riesgo su salud.²⁶⁹

VIII. Ruta de atención con enfoque diferencial

Como respuesta del problema de investigación, proponemos una ruta de atención con enfoque diferencial mediante la cual se debe implementar y, a su vez, brindar una atención médica diferenciada por parte de profesionales idóneos en materia de género para que atiendan y brinden un trato digno e igualitario a mujeres y hombres transexuales que buscan acceder al procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo, sin ningún tipo de restricción, condicionamiento ni trato discriminatorio por parte de las EPS, y que debe realizarse en un centro de atención que cuente con altos estándares de asepsia e higiene necesarios para que se realice esta intervención, la cual debe ser gratuita y pública en razón a su condición diferencial por ser sujetos de especial protección constitucional.

IX. Conclusiones

Pese a la inclusión de procedimientos quirúrgicos relativos a la reasignación de sexo dentro del Plan Obligatorio de Salud, el condicionamiento de la expedición del certificado de disforia de género o trastorno de identidad evidencia la sistemática violación de derechos humanos a hombres y mujeres transexuales, dada la indebida categorización del binarismo de género. Además, el sometimiento a patrones de valoración cultural negativos, patologiza la transexualidad como una enfermedad mental, dada la ausencia de acciones focalizadas para la protección de los derechos de las personas pertenecientes a estos grupos tradicionalmente discriminados y marginados. Con el fin de superar la ausencia de políticas públicas para los enfoques diferenciales, se hace necesario que el Estado adopte las recomendaciones establecidas en los principios de Yogyakarta, de tal manera que se garantice el acceso a los servicios de salud necesarios para el tránsito de género.

²⁶⁸ Clínica Jurídica en Género y Derechos Humanos Universidad de Medellín, Caso Clínico: El Derecho a la Identidad Sexual en Colombia: Una mirada a su desarrollo Jurisprudencial y a los avances de su protección, 2 Facultad de Derecho. Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA (2016), <http://www.unaula.edu.co/sites/default/files/Caso%20cl%C3%ADnico%20el%20derecho%20a%20la%20identidad%20sexual.pdf>

²⁶⁹ *Id.*