

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROVIDENCIA CUESTIONADA NO ES EL ORIGEN DE LA VULNERACIÓN IUSFUNDAMENTAL

Para la Sala la providencia cuestionada no es el origen de la lesión iusfundamental del actor, por cuanto no se acreditó la falla del servicio en el proceso judicial, lo que hace evidente que no se presentó el defecto fáctico invocado, sin embargo, corresponderá a este juez constitucional analizar si, tal afectación en cambio, sí proviene de hechos u omisiones de las autoridades de la seguridad social del municipio donde reside y si en ese sentido hay lugar a conceder el amparo de sus derechos.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL / DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS - Reconstrucción genital / ENFOQUE DIFERENCIAL / ESTADO INTERSEXUAL / AMBIGÜEDAD SEXUAL / CONVOCATORIA INMEDIATA DE JUNTA MÉDICA

En el sub lite, se evidencia que desde el proceso de reparación directa que se adelantó, se viene solicitando la protección de los derechos a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna, del señor “CARLOS ANDRÉS G.C.”, los que se consideran afectados por parte de las autoridades accionadas, con ocasión de los procedimientos quirúrgicos que se le vienen realizando desde la época de su nacimiento, y que el actor requiere una cirugía reconstructiva o faloplastia, o el procedimiento que se determine en junta médica, con la participación de psiquiatra, psicólogo, endocrinólogo, internista, ginecólogo, urólogo, trabajador social y cirujano plástico, situación que aunque la misma Subsección “A” del Consejo de Estado evidenció, no se le ha practicado al paciente el procedimiento que requiere para consolidar su condición masculina ni se han adelantado los trámites para proporcionar espacios de capacitación y orientación vocacional, para que el joven defina y fortalezca su proyecto de vida, de acuerdo a las recomendaciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (...) Para la Sala es evidente que a “Carlos Andrés G.C.” no se le ha prestado una atención adecuada a su padecimiento, ni se le han realizado los procedimientos médicos que requiere, pues como se observa, al momento de presentarse la acción de tutela, ni siquiera se encontraba afiliado al sistema subsidiado de salud, y solo hasta la medida preventiva que se adoptó durante el trámite de segunda instancia de la solicitud de amparo, fue que el actor tuvo acceso a aquel. (...) Adicionalmente, es claro que “Carlos Andrés G.C.” requiere que se le realice la cirugía pertinente para afianzar su condición masculina, acorde a los informes que reposan en el expediente, lo cual demandará de evaluaciones con médicos especialistas en varias áreas de la medicina y la conformación de un comité interdisciplinario, de apoyo y terapéutico tanto para él, como para su familia. (...) Para amparar los derechos fundamentales del actor, se ordenará a la Secretaría de Salud de Dosquebradas, a través de la EPS MEDIMAS realice los procedimientos médicos necesarios para la reconstrucción o reasignación sexual masculina a “Carlos Andrés G.C.”, a través de las intervenciones que encuentre más adecuadas y efectivas para eliminar por completo el padecimiento que por tal situación viene padeciendo “Carlos Andrés G.C.” desde hace ya 33 años. Para el efecto, se ordenará que se convoque inmediatamente a junta médica para que se realice la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de todos los medios terapéuticos y de apoyo que se estimen convenientes.

FUENTE FORMAL: LEY 1618 DE 2013

NOTA DE RELATORÍA: La Sección Quinta retoma las consideraciones de la sentencia T-622 de 2014 de la Corte Constitucional respecto a la protección de derechos fundamentales ante ambigüedad sexual o estados intersexuales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03131-01(AC)

Actor: CARLOS ANDRÉS G.C. Y OTROS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Y OTROS

Decide la Sala la impugnación¹ presentada por la parte actora, por intermedio de apoderado, contra el fallo del 19 de abril de 2018, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por medio del cual **negó la solicitud amparo**.

I. ANTECEDENTES

1. La tutela

Los señores “CARLOS ANDRÉS G.C.” y familia, a través de apoderado judicial, ejercieron acción de tutela contra la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a “*la identidad, dignidad humana, debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia*”, presuntamente con la sentencia de segunda instancia que profirió el 30 de agosto de 2017, dentro del proceso de reparación directa² que adelantaron contra la Empresa Social del Estado HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA, mediante la cual revocó el fallo de primera instancia, que había declarado la caducidad de la acción y, en su lugar, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda³.

Posteriormente, dentro del trámite de la segunda instancia de la solicitud de amparo, la Consejera Ponente, al evidenciar que la acción de tutela no estaba encaminada a atacar propiamente la providencia judicial señalada y con el fin de

¹ Folios 114 a 118.

² De radicado No. 66001-23-31-000-2008-00153-01 (54781).

³ Como se explicará más adelante, la Sala encuentra que el ataque no es contra la providencia judicial señalada sino que esa decisión constituye un hecho dentro de la solicitud de amparo.

proteger el derecho a la salud del señor “CARLOS ANDRÉS G.C.”, mediante auto del 8 de junio de 2018⁴, entre otras cosas, dispuso decretar como medida provisional su afiliación al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud y “VINCULAR como parte tutelada al Alcalde y al Secretario de Salud del Municipio de Dosquebradas (Risaralda)” (la subraya es de la Sala).

1.2. Hechos de la acción

La Sala resume los hechos relevantes de la tutela de la siguiente manera:

El 7 de febrero de 1985 nació “Carlos Andrés G.C.” en el Hospital San Vicente de Paul, descrito por los galenos como “de sexo masculino con genitales ambiguos”, por lo que fue remitido al Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

El entonces recién nacido fue valorado por el médico Guillermo Henao del Hospital San Jorge de Pereira, quien determinó que la condición descrita de “*genitales ambiguos*” era indicativa de que se trataba de una niña⁵ y procedió a realizarle una cirugía denominada “*vaginoplastia*”.

Señaló el apoderado judicial de la parte actora que a medida que el menor iba creciendo, se le empezó a notar una condición “*más masculina que femenina*”, a pesar de las hormonas femeninas y demás tratamientos ordenados por el médico tratante, por lo que, en 1988, a sus 3 años de edad, el mismo cirujano pediatra tomó la determinación de reintervenir al paciente “*mediante una reconstrucción de labios y clítoris que al principio parecía más un pene con testículos (otra vez vuelve a manipular sus genitales)*”.

Con el pasar de los años, se hicieron más evidentes sus rasgos y comportamientos masculinos, situación que le generó un ambiente de rechazo, discriminación, entre otros; tanto en el ámbito familiar, como en el educativo y social en el que se desarrollaba.

A la edad de 10 años, en el último control al que asistió con el cirujano Luis Guillermo Henao del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, éste le manifestó que todo lo que él había hecho en los anteriores procedimientos quirúrgicos “*se había dañado*” y que por esa razón no lo volvía a intervenir, a lo cual, quien entonces se llamaba Natalia, también manifestó que tampoco se volvería a dejar realizar algún procedimiento por parte de ese cirujano.

A sus 15 años de edad, Natalia tomó la decisión de llamarse “*Carlos Andrés G.C.*” y comenzó a darse a conocer como una persona del sexo masculino y a realizar los trámites para modificar sus documentos personales y, en razón a ello, se hizo necesario que su familia, iniciara tratamiento psicológico con el fin de comprender lo que estaba ocurriendo y que su familiar fuera aceptado como un ser del género masculino.

⁴ Folios 130 y 130 vuelto.

⁵ Razón por la cual la familia decidió llamarla Natalia “G.C.”.

En el año 2007 se le realizó a “Carlos Andrés G.C.” una ecografía pélvica que arrojó como resultado: *“órganos genitales ambiguos, hiperplasia de clítoris con masculinización externa, útero pequeño en anteversión, endometrio de 6mm, ovarios excluidos ecográficamente y riñones normales con notable hiperplasia subrenal”*.

En ese mismo año se le realizaron a “Carlos Andrés G.C.” análisis *citogenéticos* con indicación del estudio hermafrodita y con un *cariotipo* en todas las metafases analizadas con complemento cromosómico normal de 46XX.

En el 2008 se le realizó a “Carlos Andrés G.C.”, por parte del ICBF de Risaralda, unas pruebas psicológicas, tendientes a determinar su identidad de género, las cuales arrojaron como resultado que se identificaba con los roles del masculino y que el tiempo en que se pretendió que fuera mujer le generó traumas, además de un pobre concepto de sí mismo e inseguridades por la forma como ha transcurrido su vida y sobre su función sexual, pues sus tendencias, actitudes y comportamientos son enteramente masculinos, pero como *“no está dotado físicamente”*, temía comprometerse en una relación afectiva estable con una mujer, lo que aseguró, que era uno de sus más grandes anhelos.

Manifestó que la experta del área de psicología, en síntesis consideró que había un grado de afectación en la persona por no poder ejercer su rol masculino, con conductas y actitudes 100% de hombre que requerían consolidar su condición desde la disposición física.

Indicó que el Hospital Universitario San Jorge de Pereira aseguró que la decisión de la *vaginoplastia* practicada, obedeció a los exámenes de *cariotipo* y *citogénico*, los cuales determinaron que el recién nacido era de sexo femenino, pues arrojó un valor por resultado cromosómico de 46XX, es decir, que genéticamente era una niña; adicionalmente, que no se le realizaron cortes de piel, órgano ni tejidos, teniendo en cuenta que el tratamiento quirúrgico consistía en remodelar obligatoriamente los genitales hacia el sexo femenino, ya que se trataba de un *pseudo hermafroditismo* femenino producido por una hiperplasia suprarrenal congénita, que provocó una virilización de los órganos genitales de personas femeninas y con ovarios que son corregidos con cirugía a temprana edad que se justificaba desde el punto de vista fisiológico y psicológico.

Agregó que la entidad hospitalaria también sostuvo que luego de la cirugía reconstructiva, el paciente volvió a masculinizarse, *“por no haber seguido el tratamiento con esteroides que le fue formulado”*, y que, por ello, resultaba imposible obtener los resultados esperados, que en todo caso, no había incurrido en falla alguna ya que su actuación fue acorde a los protocolos médicos y legales vigentes para el año 1985.

En atención a lo anterior, el 7 de abril de 2008, los tutelantes presentaron demanda de reparación directa contra el Hospital Universitario de Pereira, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados como consecuencia de los procedimientos médicos realizados dentro

de la institución por el médico Luis Guillermo Henao, al joven “Carlos Andrés G.C.” (antes Natalia G.C.).

Como consecuencia de ello, pidieron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de indemnización de perjuicios morales, el valor equivalente en pesos a 1.000 SMLMV, para cada demandante; por indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, que se ordenara al Hospital San Jorge de Pereira, a practicar, a su costa, la cirugía reconstructiva o faloplastia, o el procedimiento que se determine en junta médica, con la participación de especialistas en psiquiatría, endocrinología, ginecología, cirugía plástica, entre otras y, por perjuicios que determinaron “daño a la vida de relación”, la suma de 3.000 smlmv para el principal afectado, 1.000 smlmv para su madre y su hermano menor y 500 smlmv para su abuela, tía y prima, respectivamente.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, con sentencia del 4 de diciembre de 2014 declaró probada la excepción de caducidad, propuesta por la demandada y se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo.

La anterior decisión obedeció a que a la edad de 15 años, “Carlos Andrés G.C.” tenía plena conciencia de su cuerpo e identificación de sexo, por lo que a partir de allí, tanto el menor, como su familia, podían determinar el alegado daño producido con la cirugía de vaginoplastia practicada, por lo que al momento de presentarse la demanda (7 de abril de 2008), ya había operado la caducidad de la acción de reparación directa. Señaló el Tribunal que incluso de aceptarse que el término debía contarse desde que “Carlos Andrés G.C.” adquirió su mayoría de edad y por ende su capacidad legal para acudir en nombre propio a través de apoderado judicial ante la Jurisdicción, también habría caducado la acción dado que la mayoría de edad la adquirió el 7 de febrero del año 2003 y la demanda la presentó el 7 de abril de 2008.

La sentencia fue recurrida con escrito de 29 de septiembre del 2015, en el que los demandantes, además solicitaron al Consejo de Estado que se le diera prelación a la decisión, por las circunstancias particulares del asunto y teniendo en cuenta que para esa fecha “Carlos Andrés G.C.” ya tenía 29 años de edad y desde los 22, había acudido a los estrados judiciales para obtener la reparación de los daños que padece, los cuales se prolongan en el tiempo⁶.

La Sección Tercera, mediante providencia del 24 de febrero de 2016 resolvió favorablemente la petición de prelación del fallo, argumentando, entre otras cosas que:

“Descendiendo al caso concreto se tiene que la Sala encuentra que al tema de que trata el proceso reviste una especial importancia en atención a la excepcionalidad del mismo, dado que es evidente que el afectado directo ha estado expuesto toda su vida a una constante violación de sus derechos fundamentales, entre otros, a la identidad y dignidad humana, los cuales son

⁶ Folios 231 a 241 del cuaderno No. 1 de la acción de reparación directa.

considerados como base de los Derechos Humanos y teniendo en cuenta que el artículo 63A de la Ley 270 de 1996 faculta al Juez para fallar preferentemente los asuntos en los que exista o pueda existir una grave violación a Derechos Humanos, es procedente acceder a la solicitud formulada”.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, con sentencia del 30 de agosto de 2017 revocó la decisión del Tribunal, al considerar que la caducidad debía contarse desde el momento en que se determinó la afectación psicológica del paciente (2008), por lo que en el caso de la referencia, no había operado; no obstante, negó las pretensiones de la demanda.

Para tomar dicha determinación, la autoridad judicial accionada consideró que no hubo falla en la prestación del servicio médico por parte del Hospital Universitario San Jorge de Pereira toda vez que, aunque no existía prueba que diera cuenta de la realización de la cirugía de la vaginoplastia practicada a “Carlos Andrés G.C.”, dicho procedimiento era el recomendado por el protocolo médico en casos como el que presentaba el recién nacido, es decir, en pacientes con “*pseudo hermafroditismo*” o “*desorden del desarrollo sexual*”⁷ y concluyó que no había lugar a ordenar la reparación pretendida ya que se acreditó que el hospital siguió el protocolo de atención para la patología presentada⁸.

Agregó la Sección Tercera del Consejo de Estado, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concedido la protección a personas *trans* que solicitan la realización del proceso de reafirmación sexual, por lo que advierte la necesidad de que se salvaguarden tales derechos, a través de las vías legales y constitucionales procedentes⁹.

1.3. Pretensión constitucional

Para lograr el restablecimiento de los derechos vulnerados, la parte actora formuló la siguiente pretensión:

“... que se [les] amparen los derechos fundamentales a la igualdad, identidad, dignidad humana, debido proceso y al acceso a la administración de justicia, los cuales les han sido vulnerados por esa colegiatura, al proferir sentencia de segunda instancia el 30 de agosto de 2017, además por haberse incurrido en vías de hecho en dicha decisión, en el proceso en Acción de Reparación Directa por responsabilidad médica que los actores adelantaron en contra de la entidad EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA, el cual se tramitó con el radicado 66001-23-31-000-2008-00153-01 (54781)”¹⁰.

1.4. Fundamentos de la tutela

⁷ Folio 289 del cuaderno No. 2 del expediente de la reparación directa.

⁸ Folio 289 vuelto, del cuaderno No. 2 del expediente de la reparación directa.

⁹ Folio 291 del cuaderno No. 2 del expediente de la reparación directa.

¹⁰ Folio 6.

La parte actora expuso los siguientes argumentos contra la decisión proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

1.4.1. Indicó que en la providencia se incurrió en una vía de hecho, con lo que se le ha causado un daño enorme a “*Carlos Andrés G.C.*”, quien es una persona depresiva, con escaso conocimiento y valor de su propia persona.

Manifestó que un año antes de proferirse la sentencia, la misma Sala, al momento de decidir sobre la prelación del caso, generó una expectativa en los demandantes al asegurar que el caso revestía una especial importancia en atención a la excepcionalidad del mismo, dado que “es evidente que el afectado directo ha estado expuesto toda su vida a una constante violación de sus derechos fundamentales, entre otros, a la identidad y dignidad humana (...)”; es decir, que la Sección reconoció que “*Carlos Andrés G.C.*” ha sido objeto de violación de sus derechos fundamentales y culmina el proceso con un fallo negativo en el que además hace referencia a la protección de los derechos de las personas *trans*, reconocidos por la corte Constitucional.

El apoderado judicial de la parte actora indicó que si bien ya le informó a la familia de “*Carlos Andrés G.C.*” sobre la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, éste no tiene el mínimo conocimiento al respecto, en atención a que *“en las condiciones que está y quedó este muchacho puede cometer cualquier locura e incluso atentar contra su vida”*, pues con los argumentos de la prelación se le generó una falsa ilusión.

Agregó que “*Carlos Andrés G.C.*” no es una persona que por voluntad, capricho o inclinación sexual esté buscando o haya escogido ser masculino, sino que nació siéndolo pero que desde su niñez le fueron practicadas cirugías, sin su consentimiento, para obligarlo a ser mujer y que si bien no hay historia clínica para acreditarlo, sí hay testimonios que así lo demuestran.

Indicó que en el caso concreto se presenta una situación que no fue resuelta por el juez ordinario, pues “*Carlos Andrés G.C.*” no necesita una reafirmación sexual, sino una cirugía reparativa o correctiva del daño que se le causó, por lo que consideró que el análisis del asunto debió haber sido mucho más profundo.

Señaló que el fallo censurado se apoyó únicamente en un dictamen *“que dice mucho y a la vez dice poco”* y olvidó tener al ser humano en su integridad como vino al mundo, con sus defectos e imprecisiones, que si no se le hubieran hecho los procedimientos quirúrgicos de *vaginoplastia* y *reconstrucción de labios*, seguramente la opción sí hubiera sido la de acudir a una reafirmación sexual quirúrgica bajo el sistema de seguridad social del país, pero acá se trata de un paciente al que manipularon y que sin junta médica, lo adecuaron a la fuerza, sin que se aportara al proceso la historia clínica, ni aplicarse el precedente jurisprudencial sobre su no aportación¹¹.

¹¹ No indica cuál.

Aseguró que la Sección Tercera del Consejo de Estado se equivocó al considerar que no es posible inferir que el supuesto cambio de sexo en el paciente, hubiera sido determinado por el presunto error médico, pues no existió un supuesto cambio de sexo sino que en efecto se dio plenamente cuando el médico determinó y escogió el que debería tener; tampoco fue un hipotético error médico, sino que fue un error patente, de una decisión del galeno sin consentimiento del paciente o de sus familiares.

Afirmó que el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 dispone que *“El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”* y que en el caso concreto no corría peligro la vida del paciente, como de hecho lo precisó la Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado.

1.4.2. En cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, identidad y dignidad humana, violados a *“Carlos Andrés G.C.”* y reconocido así en el auto de prelación de fallo, consideró extraño y grave que la Sección Tercera los evidenciara y no hubiera ordenado el amparo del perjudicado y su restablecimiento.

Situación que además de haberse comprobado, se encuentra plenamente demostrada en el proceso con el informe psicológico y la declaración de la doctora Nelly Sánchez Escobar, quien lo evaluó y concluyó que *“Carlos Andrés G.C.”* estaba afectado por no poder ejercer completamente su rol de género masculino y que se siente insatisfecho por su función sexual; así mismo, precisó que su conducta, tendencias y actitudes son 100% masculinas y recomendó la realización de la cirugía pertinente con el fin de que pueda afianzar su condición masculina.

Señaló la parte actora que en las pruebas testimoniales obra la declaración de la profesional mencionada, quien ratificó el informe de la valoración del paciente, así como el informe citogenético del 23 de junio de 2007 del Instituto de Investigaciones Científicas y Medicina Preventiva de Bogotá *“Fundación Arthur Stanley Guillo”*, en los mismos términos, que a su juicio reflejan que el fallo enjuiciado no guarda consonancia con las pruebas, pues de haberlas tenido en cuenta, habría accedido a las pretensiones de la demanda.

1.4.3. Indicó que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se refirió a los factores determinantes del género sexual en los seres humanos y señaló que ninguno, por sí solo, fija el género de una persona, aunque la no diferenciación de alguno de los 6 primeros factores produce los estados intersexuales, y los enumeró así:

- i) Sexo cromosómico: Aquel que viene determinado por nuestros cromosomas XX (para mujer) o XY (para hombre), normalmente.
- ii) Gónadas: presencia de ovarios, testículos o, en situaciones excepcionales, *ovotestis*.

- iii) Genitales internos: Aparato reproductor masculino o femenino, sin tener en cuenta las gónadas.
- iv) Genitales externos: aparato reproductor masculino o femenino, sin tener en cuenta las gónadas.
- v) Patrones de hormonas sexuales: sustancias que determinan de formas muy importantes la apariencia sexual.
- vi) Centros nerviosos superiores de comportamiento.
- vii) Asignación ambiental de género.
- viii) Diferenciación psicosocial. Comportamiento sexual de la propia persona y de la relación de ésta con los de su alrededor.

Por lo anterior, afirmó que evidentemente no era suficiente el hecho de que la prueba citogenética hubiera dado un resultado de 46XX, para determinar el género sexual de “Carlos Andrés G.C.”, pues para el efecto se requiere el estudio de los demás componentes que son necesarios a la hora de asignar el sexo y, frente a la falta de historia clínica, el fallador de la segunda instancia del proceso de reparación directa, se limitó a señalar que no había tal.

1.4.4. Aseguró que también se violó el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia al no haberse valorado en su conjunto las pruebas, pues se desconocieron las testimoniales y la respuesta del Instituto de Medicina Legal sobre la forma como debe asignarse el género sexual de una persona, además, porque se confunde un informe rendido por una profesional en psicología y se le atribuyó al instituto que hizo el estudio citogenético, además se tomaron en cuenta pruebas realizadas 20 años después del daño cuando no hubo exámenes previos a realizar los procedimientos, no se aportó historia clínica y no hubo alguna respuesta de la autoridad accionada, por ese hecho.

Relató que el acceso a la administración de justicia se afecta cuando el fallo no resuelve la realidad del proceso y se hace necesario acudir vía tutela como mecanismo reparador y corrector de las falencias judiciales.

2. Trámite de la tutela

2.1. La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante auto del 23 de noviembre de 2017¹² admitió la tutela, ordenó notificar a los Magistrados de la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado y al Tribunal Administrativo de Risaralda, como **tutelados** y al gerente del Hospital Universitario San Jorge de Pereira como **tercero con interés** por haber actuado como demandado en el proceso de reparación directa que dio lugar a las providencias objeto de tutela, así mismo, negó la prueba solicitada por la parte actora, consistente en la realización de una inspección judicial sobre el proceso de reparación directa, al considerar que los medios probatorios del proceso eran suficientes para decidir la acción de tutela.

¹² Folios 54 y 54 vuelto.

2.2. Mediante providencia del 8 de junio de 2018¹³, la Consejera Ponente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, **decretó**, como medida provisional, la afiliación del señor “*Carlos Andrés G.C.*” al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud.

Así mismo, al advertir que la tutela podría materialmente no estar dirigida propiamente contra la providencia judicial que se censura, sino que la parte actora insiste es en la necesidad de un tratamiento para “*Carlos Andrés G.C.*”, resolvió vincular, como **parte tutelada** al Alcalde y Secretario del Municipio de Dosquebradas (Risaralda) y ordenó al mencionado alcalde que incluyera a “*Carlos Andrés G.C.*” al Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales – SISBEN y su afiliación al Sistema Subsidiado de Seguridad Social en Salud, en el término de 5 días calendario, y que inmediatamente fuera realizada la afiliación, informara al Despacho la Empresa Promotora de Salud del Régimen Subsidiado – EPSS, en la que hubiera sido incluido el actor como afiliado, con el fin de que también fuera vinculada a la presente acción de tutela.

2.3. Mediante providencia del 27 de junio de 2018¹⁴, se dispuso la vinculación de la EPS MEDIMAS, como **tercera con interés**, en atención a que podría verse afectada con las órdenes que se puedan dictar en el curso de la acción de tutela.

Remitidas las misivas del caso, se dieron las siguientes intervenciones.

3. Intervenciones

3.1. Tribunal Administrativo de Risaralda

El magistrado Juan Carlos Hincapié Mejía se opuso a las pretensiones de la tutela a la que le dio contestación, en los siguientes términos.

En primer lugar, manifestó que no había intervenido en la decisión adoptada dentro del proceso de reparación directa.

En segunda medida, se refirió a la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales e indicó que ese Tribunal no incurrió en vulneración de derecho alguno ya que realizó un análisis juicioso del acervo probatorio, a la luz de las disposiciones normativas y jurisprudenciales aplicables al asunto, razón por la que concluyó que en el asunto de la controversia, había operado el fenómeno de la caducidad de la acción de reparación directa.

Consideró que no es posible exigirle al *ad quem* que le dé a las disposiciones normativas y a las pruebas obrantes, la misma valoración realizada por el *a quo*, pues el análisis jurídico, jurisprudencial y probatorio, queda sujeto al estudio bajo la sana crítica del juzgador, por lo que en el caso en estudio, no hubo un error

¹³ Folios 130 y 130 vuelto.

¹⁴ Folios 159 y 159 vuelto.

grosero sino que se presentaron discrepancias en la interpretación, que no dan lugar a ser controvertidas vía tutela.

En tercer lugar, pidió la desvinculación de ese Tribunal de la acción de tutela y negar el amparo de los derechos invocados, teniendo en cuenta que la providencia proferida por esa Corporación, no adolecía de vicio alguno que la hiciera susceptible de un amparo constitucional y que hiciera necesario dejar sin efectos la decisión.

3.2. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”

Dio respuesta a través de la Consejera Martha Nubia Velásquez Rico, quien se opuso a la prosperidad del amparo deprecado al señalar que esa Sala, con la providencia que se censura, no vulneró los derechos fundamentales de la parte accionante.

Afirmó que la providencia atacada no incurrió en el defecto fáctico alegado toda vez que si bien, mediante auto del 24 de febrero del 2016, se le otorgó prelación de turno para fallo al asunto objeto del litigio, ello se hizo a través de una providencia de mero trámite que se limitó a señalar una posible vulneración de derechos fundamentales, pero esa decisión de ninguna manera implica un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, pues todo lo relacionado con los elementos de la responsabilidad estatal, como el daño antijurídico, la imputación fáctica, la imputación jurídica y las causales eximentes de responsabilidad, entre otros tópicos, deben ser analizados en la sentencia que decida el fondo del asunto, con base en las pruebas allegadas al proceso y en la normativa aplicable, como en efecto ocurrió.

Indicó que no es cierto que la valoración probatoria hubiera sido equivocada sino que, contrario a ello, el análisis de las pruebas, que además eran escasas, fue el correcto y se analizó a la luz de las obligaciones legales y constitucionales; para sustentar su dicho, transcribió apartes de la providencia.

Aseguró que la decisión que adoptó esa Sala, fue acorde a los planteamientos expuestos y las pruebas obrantes, y mediante ella, se concluyó que no era posible imputar al Estado el daño que originó la acción de reparación directa por no haberse acreditado la alegada falla del servicio por parte del hospital demandado y no resultaba procedente dar aplicación a los conocidos títulos de imputación de carácter objetivo, es decir, el daño especial y el riesgo excepcional, por lo que es claro que no se vulneraron los mencionados derechos a los accionantes.

Finalmente afirmó que la providencia cuestionada se profirió con apego estricto al ordenamiento jurídico, por el cual debía regularse y decidirse el recurso de alzada y sus fundamentos quedaron consignados de forma clara y expresa.

3.3. Hospital Universitario San Jorge de Pereira (HUSJ)

Se manifestó a través del Asesor Jurídico de la ESE HUSJ, quien se opuso a las pretensiones de la tutela.

Se refirió a la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, de acuerdo a las decisiones de la Corte Constitucional y consideró que con la providencia censurada no se vulneró derecho alguno a los tutelantes y que se evidencia es con la solicitud de amparo pretenden acceder a una tercera instancia dentro del proceso de reparación directa.

Indicó que la parte actora fundamentó la solicitud de amparo en el concepto rendido por el Ministerio Público, el cual no tiene el carácter de vinculante.

Señaló que la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado cumplió debidamente todas las etapas del proceso y valoró en debida forma las pruebas recaudadas.

Manifestó que no hubo desconocimiento del derecho a la igualdad de la parte actora toda vez que la jurisprudencia se analiza y aplica dependiendo de las particularidades de cada caso.

Agregó que para la época en que ocurrieron los hechos (1986), la ESE HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA no tenía vida jurídica, pues la calidad de ESE la adquirió solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993. Además, afirmó que tampoco existía jurisprudencia que regulara la materia de manera específica en casos como el del asunto, y no le era posible al hospital prever un futuro pronunciamiento de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre el tema y en el que se apoya la parte accionante.

Consideró que de las pruebas obrantes en el proceso no se puede evidenciar que se hubiera incurrido en un error, pues los mismos exámenes dan cuenta de que el paciente es genéticamente de sexo femenino, como en efecto lo corroboraron los exámenes periciales obrantes en el expediente, que indican que en los casos de “*pseudo hermafroditismo*” el protocolo médico a seguir, siempre es la *vaginoplastia*, en consecuencia, no hubo cambio o reasignación de sexo con la cirugía practicada, pues ello es diferente a la preferencia sexual que tenga el paciente.

Por lo anterior, solicitó que se deniegue, por improcedente, la solicitud de amparo ya que no se reúnen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referentes a que la cuestión que se discuta, resulte de evidente relevancia constitucional, que afecte los derechos del accionante.

3.4. Alcaldía Municipal de Dosquebradas (Risaralda)

Se manifestó a través del Secretario de Planeación –*Despacho al cual se encuentra adscrita la Dirección del SISBEN de esa entidad territorial-I*, quien señaló que tan pronto se recibió en esa Secretaría la notificación de la tutela, se

dio cumplimiento a la medida provisional decretada y se ordenó al SISBEN disponer lo concerniente a la inclusión inmediata del ciudadano referido en la base de datos del SISBEN, obteniendo como respuesta de esa dependencia que desde el 14 de abril de 2015, el usuario “CARLOS ANDRÉS G.C.” figura registrado en la base de datos del SISBEN bajo la ficha de afiliación No. 77803, con un puntaje de 29.97 y validado por el DNP desde esa fecha, lo cual lo habilita para acceder al régimen subsidiado en salud, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 3778 de 2011.

Aseguró que lo anterior indica que, con base en las certificaciones que se anexan, el ciudadano en mención ya se encuentra inscrito en el SISBEN y tiene derecho pleno a acceder a los servicios de salud en el régimen subsidiado, por lo que la Secretaría de Salud Municipal de Dosquebradas realizó las gestiones pertinentes con la EPS MEDIMAS para que se le preste de inmediato, la atención en salud que requiera.

Así, indicó que la Alcaldía Municipal de Dosquebradas cumplió a cabalidad con lo dispuesto en el auto de 8 de junio de 2018 y la persona se encuentra debidamente inscrito y afiliado, por lo que pidió la desvinculación del ente territorial de la tutela.

3.5. EPS MEDIMAS

Guardó silencio.

4. Fallo de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de abril de 2018 **negó** la solicitud de amparo.

En primer lugar, afirmó que se encontraban cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En segundo lugar, precisó que la parte actora considera que la Sección Tercera, Subsección “A” vulneró sus derechos fundamentales por cuanto **i)** se le generó una falsa expectativa a la parte demandante, con el auto del 24 de febrero de 2016, mediante el cual se le dio prelación de fallo al caso bajo estudio y **ii)** incurrió en defecto fáctico al no valorar la totalidad de las pruebas que daban cuenta de los procedimientos de que fue objeto el señor “Carlos Andrés G.C.” y de la ausencia del consentimiento informado, respecto de los cuales se pronunció como sigue:

Frente al primer argumento, indicó que la parte actora no lo enmarcó en ninguna de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Agregó que aunque en el auto del 24 de febrero de 2016, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A” decidiera conceder la prelación de fallo con fundamento en que el paciente ha estado expuesto toda su vida a constante violación de sus derechos, esa decisión, en modo alguno constituía un

prejuzgamiento del caso. En efecto, dicha decisión se hizo con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y 63A de la Ley 270 de 1996, que faculta al juez a dar prioridad, cuando se advierte que se está ante un posible caso de violación de derechos humanos; sin embargo, la decisión sobre si existió o no responsabilidad del Estado, es un tema que corresponde resolverse en la sentencia.

Indicó que en atención a ello, se limitaba a estudiar si en la sentencia se configuró la causal específica del defecto fáctico.

Para resolver el asunto, transcribió la relación de las pruebas que hizo la autoridad judicial accionada en la decisión y señaló que el Consejo de Estado, con fundamento en el análisis de tales medios de prueba determinó que el daño no podía ser atribuido a la entidad demandada, pues encontró demostrado que el cambio de sexo del actor no se dio como consecuencia de un error médico por parte del personal adscrito al hospital demandado, pues desde el momento del nacimiento, el paciente presentó ambigüedad en su anatomía externa genital, como se registró en el dictamen pericial presentado por el Hospital San Vicente de Paul de Medellín, por lo que, no era posible establecer que la entidad demandada incurriera en una falla médica o restado probabilidades u oportunidades de curación al demandante con la intervención quirúrgica, ya que de hecho, el procedimiento que se le realizó, era el recomendado en situaciones de *pseudo hermafroditismo* o de *desorden del desarrollo sexual*, como era el caso de “*Carlos Andrés G.C.*”.

Aseguró que si bien no se valoró la prueba testimonial de la señora Libia G., quien señaló que la última atención al paciente fue en el año de 1997 y narró los procedimientos de que fue objeto “*Carlos Andrés G.C.*”, tal omisión no era determinante en el sentido de la decisión, básicamente porque si bien la parte demandante pretendió que se tomara como prueba indiciaria la ausencia de la historia clínica, por haber transcurrido menos de 10 años desde la última intervención conforme al mencionado testimonio, esa historia clínica permitiría advertir los procedimientos que se le practicaron al paciente, los cuales, conforme a los hechos de la demanda de reparación, consistieron en una *vaginoplastia*, frente a lo cual la autoridad accionada indicó que, a pesar de no haber prueba sobre la práctica de ese procedimiento, advertía que era la intervención quirúrgica adecuada en el caso del señor “*Carlos Andrés G.C.*”, de acuerdo al protocolo médico, por lo que con la historia clínica, o sin ella, la sentencia hubiera llegado a la misma conclusión.

Agregó que en todo caso, la parte actora no mencionó en la demanda que la última intervención médica se le hubiera realizado al paciente en 1997 y que en consecuencia el hospital demandado tuviera la obligación de aportar la historia clínica, por lo que como los testimonios que se rinden dentro de un proceso tienen como finalidad acreditar un hecho expuesto en el escrito de la demanda y no pueden constituir hechos distintos para abrir una *litis* sobre nuevos temas, en el asunto no había lugar a ello.

Adicionalmente, indicó que el argumento referente a la ausencia del consentimiento informado por parte de los familiares del paciente, no tiene la virtualidad de cambiar la decisión que adoptó la Sección Tercera, Subsección "A" del Consejo de Estado teniendo en cuenta que el demandante, en los alegatos de conclusión del proceso de reparación directa, expuso que hubo una alteración del estado natural con la vaginoplastia que se practicó y que, por ende, tal situación debía valorarse bajo los mandatos de la Constitución Política y, para el efecto citó jurisprudencia relativa a la falta de consentimiento informado en relación con el paciente, pero el consentimiento informado por los padres del menor no fue un tema que se hubiera cuestionado al interior del proceso de reparación directa y por consiguiente, no tenía la incidencia de demostrar que el Hospital hubiera incurrido en falla del servicio porque el consentimiento informado se dio por hecho, por lo que el estudio del caso se restringió al fundamento de la demanda de reparación directa, consistente en *"el cambio de sexo del demandante con el procedimiento de la vaginoplastia"*.

Concluyó el *a quo* que el testimonio de la señora Blanca Libia G. no era determinante para comprobar que el hospital demandado hubiera incurrido en falla del servicio y en consecuencia, no incidía en la decisión, la cual indicó que contó con una valoración probatoria que no resultaba caprichosa ni arbitraria, y menos aún, que fuera vulneradora de los derechos fundamentales de los demandantes, pues obedeció al análisis probatorio permitido a los jueces y al ejercicio de los principios de la inmediación y de la sana crítica en la apreciación de la prueba, por lo que no encontró que con la providencia se hubiera incurrido en el defecto fáctico alegado.

5. Impugnación

La parte tutelante, por intermedio de apoderado judicial, impugnó la sentencia del 19 de abril de 2018, la que solicitó fuera revocada y en su lugar, amparados los derechos fundamentales invocados.

Como sustento de su inconformidad, consideró, en primer lugar, que el *a quo* le dio a la tutela un tratamiento como si se tratara de resolver una segunda instancia, al precisar que *"el consentimiento informado de los padres del menor es un tema que no se cuestionó al interior del proceso de reparación directa y que, por consiguiente, no tenía la incidencia de demostrar que el Hospital Universitario San Jorge de Pereira incurriera en falla del servicio, porque el consentimiento informado se dio por hecho, de ahí que el estudio del caso se restringió al fundamento de la demanda"*.

Así mismo, se opuso a la decisión de tutela de primera instancia, en cuanto, a renglón seguido, indica que *"el testimonio de la señora Blanca Libia [G.] no era determinante para comprobar que el hospital demandado incurrió en falla del servicio y, en consecuencia no incide en la decisión de la sentencia del 30 de agosto de 2017, decisión que, a juicio de la Sala, contó con una valoración probatoria que no resulta caprichosa ni arbitraria y, menos aún, vulnera derechos fundamentales, toda vez que obedece al análisis probatorio permitido a los jueces"*

y al ejercicio de los principios de la inmediación y de la sana crítica en la apreciación de la prueba. La autoridad demandada se refirió al acervo probatorio que consideró conducente, pertinente y útil para resolver el caso puesto a su consideración y estimó que no se encontraban los supuestos para condenar a la institución hospitalaria por falla del servicio”.

A partir de lo anterior, consideró que la Sección Cuarta estaba decidiendo un recurso de alzada, cuando no fue eso lo que se planteó en la solicitud de amparo.

Señaló que en la tutela se dijo que la autoridad accionada había incurrido en una vía de hecho cuando, de manera apresurada, al momento de decidir dar prelación al fallo, generó una expectativa al indicar que *“es evidente que el afectado directo ha estado expuesto toda su vida a una constante violación de sus derechos fundamentales, entre otros, a la identidad y dignidad humana, los cuales son considerados como base de los Derechos Humanos”.*

Frente a lo cual la parte actora dijo *“nos llama la atención que la Sección Tercera, que habiendo reconocido que a este paciente se le estaban violando sus derechos fundamentales, termine por pedir del Gobierno, protección constitucional de la reafirmación sexual quirúrgicas de personas trans”.* Sino que lo que se exigía del Consejo de Estado, era un análisis más profundo del tema, sin incurrir en el error de aplicar una tarifa legal representada en un dictamen que solo evaluó al paciente porque la historia clínica *“se esfumó”* y nada se dice al respecto.

Insistió en que se trata de una persona que si no le hubieran hecho los procedimientos quirúrgicos de *vaginoplastia* y *reconstrucción de labios*, seguramente la opción no hubiera sido otra que la de acudir a la reafirmación sexual quirúrgica bajo el sistema de seguridad social del país, pero que ese no es el caso de *“Carlos Andrés G.C.”*, al haber sido manipulado quirúrgicamente y adecuado a la fuerza sin junta médica y sin aportarse al proceso la historia clínica, como lo exigía el precedente jurisprudencial.

Aseguró que si bien la ley faculta al fallador para darle prelación a una decisión, no lo hace para prejuzgar en una providencia y que es ahí donde se incurrió en una vía de hecho por parte de la autoridad judicial tutelada, pues juzgo previamente, al momento de dar prelación a la decisión, pero erró al momento de fallar, ya que se contradijo.

Agregó que de todas formas, es evidente que se presentó vulneración de los derechos fundamentales de *“Carlos Andrés G.C.”*, incluso sin que así lo hubiera dicho la Sección Tercera en la providencia de prelación.

Como segundo punto, indicó que se planteó la transgresión de los derechos fundamentales a la igualdad, identidad y dignidad humana violados, lo cual fue reconocido en el auto de prelación y demostrado con la declaración de la doctora Nelly Sánchez Escobar, cuando lo valoró psicológicamente y concluyó que el paciente está afectado por no poder ejercer completamente su rol de género masculino, sintiéndose insatisfecho por su función sexual, concepto que fue

reafirmado en la declaración de la misma profesional, y por el Instituto de Investigaciones Científicas y Medicina Preventiva de Bogotá “Fundación Arthur Stanley Gillow”, que hizo suyas sus palabras de la profesional, con el informe del estudio citogenético del 23 de junio de 2007; por lo que consideró que el fallo no guardó consonancia con la producción de la prueba, pues de haber tenido en cuenta estas probanzas, habría accedido a las pretensiones.

En tercera medida, indicó que el fallo de primera instancia guardó silencio y no resolvió de fondo los argumentos expuestos en el concepto de violación de la solicitud de amparo, en los que se señaló que:

“Se viola el debido proceso y por ende el acceso a la administración de justicia, cuando las pruebas no son valoradas en su conjunto, se desconoce en la sentencia pruebas testimoniales y más aún la respuesta del Instituto de Medicina Legal que explica cómo se debe asignarse (sic) el género sexual de una persona ... se toman pruebas realizadas 20 años después del daño para afianzar el fallo, cuando los exámenes previos a realizar los procedimientos nunca existieron, no se aportó la historia clínica y ninguna respuesta hubo al respecto por parte del Consejo de Estado ante este hecho. El acceso a la administración de justicia se ve afectado cuando el fallo no resuelve la realidad del proceso y se hace necesario acudir a la vía de tutela como mecanismo reparador y corrector de las falencias judiciales de los estrados que conocieron del asunto”.

Agregó que es la misma jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la que obliga al juez a acudir al testimonio ante la ausencia de pruebas, como en el caso ocurrió respecto de la ausencia de la historia clínica del paciente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991,¹⁵ el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015¹⁶ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003¹⁷ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción de tutela y las intervenciones durante el trámite de esta instancia, corresponde a la Sala:

¹⁵ «Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política».

¹⁶ «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho».

¹⁷ «Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado».

i. Establecer si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de tutela de primera instancia, a partir de los argumentos dados en la impugnación, y se analizará si la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con base en la providencia cuestionada, vulneró los derechos fundamentales de los tutelantes, de conformidad con los antecedentes de la presente acción.

ii. Adicionalmente, y con independencia de lo que resulte del análisis de los dos asuntos previos, corresponde a la Sala determinar la afectación de los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna del señor “CARLOS ANDRÉS G.C.”, por parte de las autoridades accionadas.

3. Acotación previa

Previo a analizar el caso concreto, la Sala considera pertinente analizar la censura que, además del ataque contra la providencia judicial, se presenta en la solicitud de amparo y si el caso concreto involucra a una persona de especial protección constitucional, por las razones que pasan a explicarse:

3.1. La censura que se presenta en el caso concreto

De los argumentos expuestos y los documentos obrantes en el expediente, la Sala encuentra que si bien el ataque de los actores se presenta contra la decisión judicial de la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dadas las precisiones previas se hará el estudio de la tutela contra la providencia judicial, pero reiterándose que, aún de no encontrarse el defecto fáctico planteado, se estudiará el ataque que se advierte del escrito de la solicitud de amparo, referente a la amenaza de los derechos fundamentales de “Carlos Andrés Giraldo Cardona”.

Lo anterior, por cuanto si bien se hace un planteamiento sobre la sentencia proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado y se alega la existencia de un defecto fáctico, no se desvirtuó la vigencia o la forma como se aplicó el contenido de los protocolos vigentes para la época de las cirugías practicadas al actor, o algún hecho que evidenciara alguna responsabilidad por parte del Hospital San Jorge de Pereira, demandado en el proceso de reparación directa, sino que se insiste en una afectación de los derechos a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna de “CARLOS ANDRÉS G.C.”, quien con ocasión de la aplicación de un protocolo médico fue intervenido quirúrgicamente en unos procedimientos de *vaginoplastia* y *reafirmación* para forzarlo a ser del género femenino, lo cual aunque no implica una responsabilidad del Estado, conlleva a que éste requiera una serie de tratamientos de distintas especialidades, entre médicos especialistas, psicólogos, psiquiatras, entre otros.

El Despacho Ponente, “con el fin de proteger el derecho a la salud y antes de decidir sobre la impugnación interpuesta”, mediante providencia del 8 de junio ordenó la afiliación al Sistema Subsidiado de Seguridad Social en Salud, así como la vinculación, en condición de tuteladas, de la Alcaldía y la Secretaría de Salud de Dosquebradas; y más adelante, una vez afiliado a la EPS MEDIMAS, dispuso la

vinculación de ésta como tercera, bajo la consideración de que “*podría verse afectada con las órdenes que se pudieran dictar en el curso de la acción de tutela*”; esto, con el fin de que la Sala pudiera dictar las órdenes que se encontraran necesarias para la salva guarda de los derechos fundamentales del actor, pues desde la recepción de la impugnación de la tutela se evidenció que el problema a resolver iba mucho más allá del análisis de la presencia de un defecto fáctico en el fallo de la autoridad judicial tutelada en la providencia cuestionada.

Es que como en cualquier acción de tutela pero con mayor énfasis en un caso como éste, el juez de amparo debe identificar desde el inicio, cuál es el planteamiento que se hace, cuál es el problema jurídico, pero sobre todo y, por encima de todo, cuál es la afectación de los derechos fundamentales de un ser humano con sensaciones, sentimientos, pensamientos, que en cualquiera o en todas esas órbitas (físicas, sensoriales, sentimentales o espirituales) pudo o pueden estar impidiéndole vivir en un estado de felicidad o cuando menos de tranquilidad y posibilidad de realización personal, mental, sexual, familiar, sentimental, profesional, etc.

Para la Sala es bastante notorio que el actor, desde sus 10 años de edad, e incluso posiblemente desde antes, ha pretendido reencauzar su vida a una situación que era ambigua pero que el tratamiento, aunque era el adecuado para el momento de su nacimiento, llevo a que su naturaleza fuera desviada por la decisión de los galenos en aplicación de los protocolos médicos vigentes, por lo que requiere la adopción de medidas que busquen devolver su situación al estado en que se encontraba antes de practicarle tales procedimientos, o que se realicen las intervenciones médicas y los tratamientos que requiera para buscar el mayor acercamiento a ese estado natural en caso de que el mismo ya no sea posible.

Esto demuestra que el tema *decidendum* en este evento rebasa la crítica a la actuación médica porque allí se acudió a los criterios que para el momento del nacimiento del tutelante eran los acogidos, pero frente a los incontrovertibles hechos que hacen desgraciada la vida de este ser humano es necesario auscultar las determinaciones que hoy, a sus 33 años, le permitan reconducir su existir hacia una vida plena de realizaciones personales, familiares, sexuales, etc, situación que se configurará bajo circunstancias ajenas a la actividad judicial, que hacen procedente la intervención del juez de tutela.

3.3. Sujetos de Especial Protección Constitucional

Adicionalmente, dadas las características que reviste la situación del actor, la Sala observa que el asunto involucra a un sujeto de especial protección constitucional, como se pasa a explicar.

La Corte Constitucional, en lo que respecta a la condición de sujetos de especial protección, la ha definido como la que ostentan aquellas personas que debido a condiciones particulares, a saber, físicas, psicológicas o sociales, merecen un amparo reforzado en aras de lograr una igualdad real y efectiva. Por esto, ha establecido que entre los grupos de especial protección se encuentran los niños,

los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia, aquellas que se encuentran en extrema pobreza y “todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta se ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionado”¹⁸.

Lo cual encuentra su fundamento en la Constitución Política que, en los artículos 13 y 43, impone la obligación de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, creando garantías para los grupos marginados.

Para la Sala, “Carlos Andrés G.C.” ostenta una condición especial que lo hace sujeto de esa exclusiva protección a que se refieren las providencias en cita, pues dadas las características físicas que padece con ocasión de las intervenciones quirúrgicas realizadas en su persona, se ubica en una posición de desigualdad material que lo sitúa en escenarios de debilidad manifiesta ya que desde su infancia no ha podido desarrollarse completamente en su entorno como una persona del género masculino, e incluso tampoco como del femenino, pues por los procedimientos practicados fue forzado a ser mujer y su desarrollo físico y mental se inclinaba hacia ser un hombre, sin embargo, la omisión en la reconstrucción o reasignación del sexo masculino, le ha impedido desenvolverse en la sociedad bajo una vida digna.

De conformidad con lo establecido en la Ley Estatutaria 1618 de 2013¹⁹, las personas con y/o en situación de discapacidad (que aunque en este evento no es “discapacidad” *stricto sensu*), son las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras²⁰ incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, Rad. **05001-23-33-000-2017-02109-01**, sentencia del 1º de febrero de 2018, Actora: Alba Lucía Velásquez Zapata; cita que en la providencia se hace al fallo de la Corte Constitucional, Sentencia T-495 de 2010 M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹ Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con *discapacidad*.

²⁰ De conformidad con el numeral 5 del artículo 2º de la referida Ley, las barreras son cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

Pues a partir de los hechos evidenciados en el expediente, se observa que “Carlos Andrés G.C.” no ha podido desarrollarse plenamente en la sociedad en esas condiciones de igualdad respecto de los demás para llevar una vida digna y se encuentra afectado no solo física, sino sexual, social y psicológicamente, lo que requiere la intervención del juez constitucional.

3.4. Análisis del enfoque diferencial

En esta medida, al evidenciarse que en el presente trámite están involucrados derechos fundamentales de una entidad suficientemente significativa, esto es, el derecho a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna, así como el resguardo de una persona de especial protección constitucional, le corresponde a este juez de tutela abordar de nuevo el estudio de fondo del proceso pero, adecuándolo al derecho fundamental que encuentra afectado o vulnerado a la persona que se encuentra en esas especiales circunstancias, previo a lo cual se verificará si se presentó la alegada afectación de los derechos fundamentales de los accionantes, con la providencia judicial censurada, en aras de garantizar el debido proceso de los accionantes.

4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

A pesar de las anteriores precisiones y de la evidencia de que no se trata propiamente de una tutela contra providencia judicial, previo a analizar el fondo del asunto expuesto y, como se señaló, en aras de garantizar el debido proceso de las partes, la Sala hará el estudio correspondiente y se pronunciará sobre los argumentos planteados en contra de la decisión de 30 de agosto de 2017, proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como sigue:

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 31 de julio de 2012²¹, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²², y en ella concluyó que:

“... si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

²¹ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²² El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente...**²³.

Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas afectan algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los “... *fijados hasta el momento jurisprudencialmente...*”. En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional, en principio, contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁴ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: *i)* que no se trate de tutela contra tutela; *ii)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice afectado o vulnerado; y *iii)* inmediatez.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

4.1. Examen de los requisitos: procedencia adjetiva (i. tutela contra tutela; ii. inmediatez y iii. subsidiariedad)

La Sala encuentra que el primero de los aludidos requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales está superado, toda vez que, no se trata de tutela contra tutela, pues a través de la presente acción constitucional se ataca un fallo de segunda instancia dentro de una acción de reparación directa.

²³ Negrilla fuera de texto.

²⁴ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

La inmediatez en este asunto, no refleja problema alguno, ya que la acción de tutela se presentó el **20 de noviembre de 2017**²⁵ y la decisión judicial cuestionada fue proferida el 30 de agosto de 2017²⁶, notificada por edicto desfijado el 27 de noviembre de 2017²⁷, y quedó ejecutoriada el 28 de septiembre siguiente. Así las cosas, el amparo constitucional fue presentado antes de los seis meses a la notificación de la sentencia censurada, término este que se considera razonable.

Finalmente, la Sala considera que se satisface el tercer requisito, esto es la **subsidiariedad**, pues la parte accionante no dispone de otros medios de defensa judicial para controvertir la decisión mediante la cual la autoridad judicial enjuiciada revocó la sentencia del *a quo* y negó las pretensiones de la demanda de reparación directa.

Sin embargo, tal como ya se señaló, en este evento, el análisis trasciende el ataque a la providencia judicial; pues aun cuando se analizará por esta vía, no tendría prosperidad, como se pasa a explicar:

4.2. Caso concreto contra la providencia judicial enjuiciada, de 30 de agosto de 2017, proferida por la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado

La Sala en cuanto al **defecto fáctico** ha indicado que éste se configura en ciertos eventos y ante el cumplimiento de algunas cargas por parte del tutelante, por lo que resulta oportuno poner de presente las reglas que, sobre el particular, decantó esta Sección en sentencia de 11 de febrero de 2016, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2015-03442-00²⁸; así:

“Esta Sala de Sección en decisión del 12 de noviembre del 2015²⁹ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

²⁵ Folio No. 1.

²⁶ Folios 278 a 291.

²⁷ Folio 135, cuaderno del proceso ordinario.

²⁸ Radicación No. 11001-03-15-000-2015-03442-00, Accionante: Mireya García Pinilla; Accionado: Tribunal Administrativo de Santander, Sala de Descongestión, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. **Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate.**

²⁹ Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.**

Evento	Características
<p>Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto</p>	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal c) Se expongan las razones por las cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea. d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
<p>Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
<p>Valoración</p>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana</p>

Evento	Características
<p>irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</p>	<p>crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p>
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde señalar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional. b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración. c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.

Así mismo, debe ser cuidadoso el interesado al formular el cargo, en la medida en que los supuestos de hecho hasta aquí mencionados, se excluyen entre sí, de tal manera que no será posible alegar uno y otro respecto de una misma prueba, como suele ocurrir, pues además de ser desacertado, genera confusión al fallador” (la subraya es de la Sala).

Visto lo anterior, para la Sala es evidente que en el *sub judice* no se configuró el mencionado defecto como pasa a explicarse:

La sentencia del 19 de abril de 2018, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación negó las pretensiones de la acción de tutela, en síntesis, al considerar, por un lado que aunque la autoridad judicial accionada hubiera decidido darle prelación al fallo con fundamento en que el paciente ha estado expuesto toda su vida a constante violación de sus derechos fundamentales, esa decisión no constituía prejuzgamiento del caso en cuanto a la reparación directa que se estaba pretendiendo.

Por otro lado, al aducir que no se presentó en la sentencia el defecto fáctico invocado ya que de las pruebas obrantes en el expediente, no se lograba acreditar la existencia de una falla médica y que, las que presuntamente no fueron valoradas, aún si se hubieran tenido en cuenta, no tendrían la virtualidad de cambiar la decisión del operador judicial, además que las otras pruebas que la parte actora extrañó en la decisión, conllevarían a demostrar hechos que no fueron expuestos en la demanda, como por ejemplo que la última valoración del paciente se dio en 1997, por lo que al haber transcurrido menos de 10 años, debía haberse conservado y aportado su historia clínica; así como el hecho de que para acreditar la ausencia del consentimiento informado por parte de los familiares del entonces menor, se hubiera expuesto en los alegatos, jurisprudencia relativa a la falta de aquél, pero respecto del paciente, mientras que el de los padres del menor no se cuestionó al interior del proceso de reparación directa.

Esta Sala, en ese sentido comparte lo decidido por la Sección Cuarta en el fallo de tutela de primera instancia, frente a la providencia judicial que se enjuicia, por las razones que se pasan a explicar:

En primera medida, en cuanto a la presunta “*vía de hecho*” por parte de la autoridad judicial accionada evidenciada en la supuesta expectativa que generó a la parte actora con la providencia mediante la que le dio prelación al fallo por señalar como fundamento de ello una constante violación a los derechos fundamentales del actor, la Sala encuentra que en efecto, a través del auto del 24 de febrero de 2016, la Subsección “A” de la Sección Tercera de esta Corporación

decidió dar prelación al fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 63A de la Ley 270 de 1996³⁰, que faculta al juez para fallar preferentemente los asuntos en los que “exista o pueda existir” una grave violación a los derechos humanos.

Así mismo, se tiene que en la providencia en mención se señaló:

“Descendiendo al caso concreto, se tiene que, la Sala encuentra que el tema de que trata el proceso reviste una especial importancia en atención a la excepcionalidad del mismo, dado que es evidente que el afectado directo ha estado expuesto toda su vida a una constante violación de sus derechos fundamentales, entre otros, a la identidad y dignidad humana, los cuales son considerados como base de los Derechos Humanos...” (la subraya es de la Sala).

Argumento bajo el cual optó por darle prioridad al fallo de decisión dentro del proceso de reparación directa que estaba conociendo en segunda instancia, pero tal situación no constituye prejuzgamiento, pues si bien el fallador evidenció la afectación de los derechos fundamentales del señor “Carlos Andrés G.C.”, ello no conllevaría automáticamente una decisión favorable en el proceso de reparación directa que versa sobre la verificación de una presunta responsabilidad de la entidad demandada, pues para ello tiene que acreditarse la falla del servicio, lo cual no ocurrió en el análisis del caso pues, si bien se le dio prelación a la sentencia ante la **evidente permanencia en la afectación de los derechos fundamentales del paciente**, en el análisis probatorio la autoridad judicial accionada encontró que no se presentaba la falla del servicio requerida para ordenar una reparación, teniendo en cuenta que no bastaba acreditar el daño sino que se hacía indispensable demostrar la falla como presupuesto del medio de control de reparación directa, y en cambio, como de hecho lo señaló dicho operador judicial en la sentencia, es al juez constitucional al que le corresponderá ordenar el amparo de los derechos fundamentales en caso de que se adviertan afectados o vulnerados, pues se manifestó sobre “*la necesidad de que se salvaguarden sus derechos a través de los mecanismos legales y constitucionales procedentes*”³¹.

Para la Sala, ante la circunstancia de no haberse probado la falla en el servicio, es evidente que la lesión de los derechos invocados no proviene de la sentencia bajo cuestionamiento, pero sí de las autoridades de la seguridad social, quienes han omitido llevar a cabo el tratamiento que requiere el actor, como se explicará más adelante.

³⁰ ARTÍCULO 63A. DEL ORDEN Y PRELACIÓN DE TURNOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación.// (...) (la subraya es de la Sala).

³¹ Folio 290 vuelto del proceso de la reparación directa.

La Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, debía basar su fallo en los hechos de la demanda y en los medios probatorios arrimados al proceso, pues el juez no puede salirse de los extremos de la *litis* y de los medios probatorios arrimados, los cuales deben ser analizados de acuerdo con el asunto que se esté estudiando, que en el caso concreto se trató de una reparación directa que para resolverse favorablemente a las pretensiones de la parte demandante requería necesariamente la demostración de una falla del servicio lo cual no ocurrió.

Adicionalmente, con la tutela no se logró demostrar que la valoración de las pruebas que se extraña en el proceso de reparación directa hubiera sido irregular o que tuviera la virtualidad de cambiar la decisión del fallador, lo cual es indispensable para conceder el amparo constitucional contra providencias judiciales cuando se invoca la presencia de un defecto fáctico.

Así, como se señaló en líneas previas en los antecedentes jurisprudenciales expuestos, se reitera que la simple discrepancia interpretativa que pueda surgir al interior del debate jurídico y probatorio no constituye por sí misma un defecto fáctico que amerite dejar sin efecto la decisión a través de la acción de tutela, ya que ello sería admitir la superioridad del criterio de valoración del juez de amparo constitucional, por encima del juez ordinario, en detrimento del principio de autonomía judicial.

Al juez de tutela le corresponde entonces establecer que ante la posibilidad de interpretaciones diversas y razonables, el juez del conocimiento haya determinado, de acuerdo a la sana crítica, cuál es la que mejor se ajusta al caso analizado, por lo que se debe partir de la valoración de las pruebas realizada por el juez natural y solamente, si ésta resulta ostensiblemente incorrecta, es decir, que se evidencie una arbitrariedad que sea ostensible, flagrante y manifiesta, pero además, que tenga una incidencia directa en la decisión, de modo que el juez constitucional no se convierta en una instancia adicional del juez que ordinariamente conoce de un asunto, lo que no se acreditó en la presente tutela.

En el caso concreto correspondía a la autoridad judicial accionada, a partir de los medios probatorios, determinar la posible responsabilidad del Hospital Universitario San Jorge de Pereira, por los procedimientos quirúrgicos realizados a “Carlos Andrés G.C.” al momento de su nacimiento, consistentes en una *vaginoplastia*; al respecto, el fallador, una vez valoradas las pruebas obrantes en el expediente, determinó que el paciente al momento de su nacimiento presentaba ambigüedad en su anatomía externa genital y que de acuerdo a los protocolos médicos, ese era el procedimiento indicado.

Señaló el fallador que el dictamen pericial realizado el 26 de septiembre de 2014 por el Hospital San Vicente de Paul de Medellín concluyó que el paciente padecía una enfermedad que llevaba a la “*anormal virilización de sus genitales femeninos*”; además, que se trataba de un paciente con “*sexo genético femenino (cariotipo 46XX), y sexo gonadal femenino (útero y ovario)*”, lo cual encontró acorde con lo

manifestado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, del 15 de septiembre del 2009, que señaló que el joven “Carlos Andrés G.C.” desde el punto de vista genético es mujer, desde el punto de vista genital externo es ambiguo, desde el punto de vista genital interno es mujer y desde el punto de vista mental se considera varón.

Agregó la sentencia que de acuerdo a los referidos dictámenes, se tiene que la “*virilización de sus órganos sexuales*” se produjo como consecuencia de una enfermedad en la glándula suprarrenal del paciente, en la que se habría producido un aumento de hormonas masculinas, que cambiaron el aspecto externo de sus genitales.

En seguida, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado hizo la salvedad de que si bien no se contaba en el proceso con una prueba que diera cuenta de la realización de la cirugía de “*vaginoplastia*”, ese era el procedimiento que, de acuerdo con el protocolo médico, debía seguirse en casos como el que presentaba el entonces recién nacido, esto es, cuando tiene “*pseudo hermafroditismo*” o “*desorden del desarrollo sexual*”, casos en los que la escogencia del sexo del paciente, debe ser siempre femenino.

De lo anterior, concluyó que el “*supuesto*” cambio de sexo realizado en la persona de “Carlos Andrés G.C.”, al momento de su nacimiento, no obedeció a un error médico, pues de los elementos de convicción arrojados, pudo determinar que la afectación del paciente consistente en un “*desorden en el desarrollo sexual*” se produjo como consecuencia natural “*de un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la glándula suprarrenal*” y no encontró un criterio de causalidad y/o imputación que le permitiera atribuirle tal comportamiento a la entidad demandada, en razón a lo cual negó las pretensiones de la demanda.

Para esta Sala, la providencia judicial acusada refleja una valoración en conjunto de las pruebas allegadas al proceso, pues de hecho, se relacionó la conclusión del dictamen pericial del Hospital San Vicente de Paul, con el Informe de Medicina Legal y se advirtió su coincidencia; además se describe cómo a partir de uno y de otro se lograba establecer que el paciente padece de una enfermedad que conlleva a la “*virilización de sus genitales*”, lo que aunado a que el procedimiento de *vaginoplastia* realizado era el indicado de acuerdo al protocolo médico en los casos que presentaba el menor, conllevaba a concluir que no hubo una falla del servicio por parte del hospital demandado.

Ahora, si bien es cierto que en la providencia cuestionada no se hizo referencia a la ausencia de la historia clínica del paciente, la cual fue solicitada con la demanda³² y respecto de la que se expidió un certificado sobre su depuración fechado a 17 de mayo de 2007, siendo que a juicio de la actora debió conservarse hasta finalizar ese año de acuerdo a lo establecido en la Resolución 1995 de 1999, teniendo en cuenta que hasta el año de 1997 el paciente fue a consulta a ese Hospital; lo cierto es que no es evidente para la Sala que la mención que

³² Folio 24 del expediente de la reparación directa.

extraña el actor en la providencia sobre dicho documento hubiera modificado la decisión del fallador.

De conformidad con la definición legal, la Historia Clínica de un paciente es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente sus condiciones de salud, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley³³, es decir, que en el caso concreto, dicho documento le permitiría a la parte actora demostrar que al paciente se le practicaron los procedimientos quirúrgicos de *vaginoplastia* y los de corrección posterior a sus tres años de edad, que se señalaron en la demanda; los cuales, a pesar de no encontrarse acreditado con la Historia Clínica del paciente, se tuvieron por ciertos y fue sobre ellos que el fallador de la reparación directa encontró que de acuerdo al protocolo médico de la época eran los indicados en los casos de *pseudo hermafroditismo o desorden del desarrollo sexual*, como el que presentaba el paciente.

Lo anterior, dicho en otras palabras, significa que aún con el documento de la historia clínica el operador judicial accionado hubiera llegado a la misma conclusión, pues no se demostró que a partir de ese medio de prueba se pretendiera acreditar algo diferente a los procedimientos que en la demanda se afirmó que le practicaron al entonces recién nacido, ni se acreditó cómo de ella se lograría concluir la existencia de una falla del servicio y en consecuencia la atribución de responsabilidad en cabeza del hospital demandado.

Igual ocurre con la prueba testimonial que se señala omitida en la sentencia, la cual, de acuerdo a los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante³⁴ son la versión de la enfermera Libia G., sobre lo ocurrido, quien consideró que el médico no debió realizarle dichos procedimientos al paciente por cuanto “... *tenía un clítoris demasiado grande que era un pene pequeño, siempre él cuando orinaba lanzaba chorrito y una niña nunca lanzaba el chorrito*”, por lo que a su juicio, el médico le mutiló su pene cuando debió esperar a que el niño estuviera más grande y se definiera para qué lado se inclinaba.

Para la Sala tampoco es evidente en qué forma la valoración de este testimonio en la providencia que se censura, hubiera cambiado la decisión de la autoridad accionada, pues de ella se desprende que a la enfermera le consta que el paciente presentaba una ambigüedad en sus órganos genitales, la que considera que debió dejársele hasta más grande, pero es precisamente de esa ambigüedad, reconocida en la providencia, que el fallador encontró que se realizó la técnica indicada por el protocolo médico para dichos casos, y no se evidencia cómo la consideración de la testigo de que debió esperarse a que el niño estuviera más grande, repercuta en una falla del servicio o en una responsabilidad sobre los galenos, pues se reitera, de los medios probatorios se encontró que se siguió el

³³ Artículo 1º de la Resolución 1995 de 1999 “*Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*”, del Ministerio de Salud y artículo 34 de la Ley 23 de 1981.

³⁴ Folios 171 a 184 del expediente de la reparación directa.

procedimiento indicado y se descartó la falla del servicio.

Ahora, en cuanto al informe del Instituto de Medicina Legal sobre la forma como se debe asignar el género sexual de una persona, si bien no se señala de qué documento se trata puntualmente, a folios 95 a 99 del expediente de la reparación directa, obra un escrito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que en el numeral 12 resuelve el cuestionamiento sobre cuáles son los factores que determinan el género sexual en los seres humanos y detalla ocho, con la salvedad de que ninguno define totalmente el género de una persona.

Al respecto, tampoco se evidencia cómo ello hubiera podido modificar la decisión del fallador y llevarlo a atribuirle una responsabilidad al hospital demandado, pues se trata de un informe de 15 de septiembre de 2009 que no lograría desvirtuar el argumento que fue fundamental para la decisión, consistente en que para la época en que se realizaron los procedimientos (1.985), es decir 24 años atrás, el protocolo médico indicaba que debía escogerse el género femenino y que fue en esa forma que obró el hospital demandado. Se reitera que para que el juez constitucional pueda conceder un amparo de tutela por defecto fáctico se requiere que sea ostensible y que conlleve a evidenciar que la decisión hubiera sido otra diferente, lo que no se reflejó en el caso objeto de estudio por lo que no hay lugar a conceder la tutela contra la providencia judicial que se censura, por las razones expuestas.

Finalmente, frente al argumento consistente en la ausencia del consentimiento informado por parte de los familiares del paciente, la Sala observa que la Sección Cuarta encontró que no tenía la virtualidad de cambiar la decisión que adoptó la autoridad judicial accionada, por cuanto el consentimiento informado por parte de los padres del menor, no fue un tema que se hubiera cuestionado al interior del proceso de reparación directa y por consiguiente, no tenía la incidencia de demostrar que el Hospital hubiera incurrido en falla del servicio porque aquél se dio por hecho, situación que no fue impugnada por la parte actora, por lo que no hay lugar a realizar un análisis al respecto y en consecuencia se mantiene la decisión que sobre el punto tomó el juez constitucional de la primera instancia, que concluyó que no era un argumento de la demanda y que por ende el estudio del caso se restringió al fundamento de la reparación directa, consistente en *“el cambio de sexo del demandante con el procedimiento de la vaginoplastia”*.

5. De la presunta violación de los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna del señor “CARLOS ANDRÉS G.C.”, por parte de las autoridades accionadas

Como ya se ha vislumbrado desde el acápite anterior, para la Sala la providencia cuestionada no es el origen de la lesión *iusfundamental* del actor, por cuanto no se acreditó la falla del servicio en el proceso judicial, lo que hace evidente que no se presentó el defecto fáctico invocado, sin embargo, corresponderá a este juez constitucional analizar si, tal afectación en cambio, sí proviene de hechos u omisiones de las autoridades de la seguridad social del municipio donde reside y

si en ese sentido hay lugar a conceder el amparo de sus derechos, como se pasa a estudiar.

Así, y bajo el criterio ya señalado y el espectro del juez de tutela, la Sala avala lo que hizo la Consejera Ponente, consistente en ordenar la afiliación inmediata de “Carlos Andrés G.C.” a una entidad prestadora de salud, así como de vincular a la Alcaldía y a la Secretaría de Salud del Municipio y, más adelante, a la EPS MEDIMAS, por lo que entra a estudiar de fondo el asunto por cuanto no se trata de una falla como se planteó en el proceso de reparación directa, sino de la negligencia en corregir la afectación que padece el actor, con ocasión de la aplicación de los protocolos médicos vigentes para la época de su nacimiento, en los casos de “*ambigüedad sexual*”.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando éstos se vulneren o amenacen por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por particulares en algunos casos especiales, instrumento de defensa que se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y subsidiariedad.

Ello en razón a que de conformidad con el precepto Superior que la consagra, y en lo que se reitera en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que la reglamenta, el ejercicio de la tutela no es absoluto. Está limitado por las causales de improcedencia, en especial la que establece que no es viable cuando existan otros mecanismos judiciales de defensa. Pero aún si el reclamo es susceptible de poder tramitarse por la vía judicial ordinaria, de manera excepcional la tutela procede siempre que se interponga como mecanismo transitorio, porque el que reclama tal protección constitucional puede padecer un perjuicio irremediable. Tal situación debe acreditarse por éste o poder apreciarse por el juez de tutela con base en las pruebas que en tal sentido se alleguen con la solicitud; prima lo sustancial que es la protección de derechos fundamentales de la persona en condiciones de vulnerabilidad, sobre lo formal.

La tutela debe expresar la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuera posible o del órgano autor de la amenaza o del agravio y la descripción de las demás circunstancias relevantes y no será necesario citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine con claridad el derecho amenazado o violado³⁵.

Cuando la petición se dirige contra la acción de una autoridad, el fallo que concede la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho y volver al estado anterior a la violación, cuando sea posible³⁶.

En el *sub lite*, se evidencia que desde el proceso de reparación directa que se adelantó, se viene solicitando la protección de los derechos a la igualdad, a la

³⁵ Artículo 14 del Decreto 2591 de 1991.

³⁶ Artículo 23 ibidem.

identidad sexual, a la salud y a la vida digna, del señor “CARLOS ANDRÉS G.C.”, los que se consideran afectados por parte de las autoridades accionadas, con ocasión de los procedimientos quirúrgicos que se le vienen realizando desde la época de su nacimiento, y que el actor requiere una cirugía reconstructiva o faloplastia, o el procedimiento que se determine en junta médica, con la participación de psiquiatra, psicólogo, endocrinólogo, internista, ginecólogo, urólogo, trabajador social y cirujano plástico³⁷, situación que aunque la misma Subsección “A” del Consejo de Estado evidenció, no se le ha practicado al paciente el procedimiento que requiere para consolidar su condición masculina ni se han adelantado los trámites para proporcionar espacios de capacitación y orientación vocacional, para que el joven defina y fortalezca su proyecto de vida, de acuerdo a las recomendaciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Para la Sala, la omisión en la realización de dicho procedimiento o el que determine la junta médica, afecta los derechos fundamentales invocados, pues conforme al informe de psiquiatría y de Medicina Legal³⁸ que reposa en el expediente:

“El estado emocional del joven Carlos Andrés está afectado por no poder ejercer completamente su rol de género masculino, sintiéndose insatisfecho por su función sexual.

La conducta, las tendencias y las actitudes del joven son ciento por ciento masculinas.

El joven es un ser humano íntegro con valores y principios sólidos que requiere consolidar su condición masculina desde la disposición física.

Carlos Andrés conoce, comprende y acepta las limitaciones de una cirugía que lograría complementar, de manera precisa, su condición masculina”.

De allí que el mismo informe presenta las siguientes recomendaciones:

“Se sugiere facilitar y comprometer todos los medios posibles para que Carlos Andrés pueda realizar la cirugía pertinente y poder así afianzar su condición masculina, estableciendo la vida de pareja que anhela y consolidando la autonomía que como ser adulto tiene derecho.

Proporcionar espacios de capacitación y orientación vocacional, para que el joven defina y fortalezca su proyecto de vida”.

No puede pasar por alto la Sala que a pesar de que, como se explicó, en principio la tutela pareciera estar dirigida contra una providencia judicial, en el procedimiento del proceso de reparación directa el mismo juez desde el auto mediante el cual optó por darle prelación al fallo, evidenció la afectación de los

³⁷ Folio 6 del expediente de la reparación directa.

³⁸ Folios 113 y 114 del expediente de la Reparación Directa.

derechos fundamentales de “Carlos Andrés G.C.”, como igualmente lo hizo en la sentencia, sin embargo, no podía acceder a las pretensiones porque no se demostró la falla del servicio por parte de la institución que practicó la cirugía, pero sí se refirió a la necesidad de que se salvaguardaran sus derechos a través de los mecanismos legales y constitucionales pertinentes; situación que es precisamente la que se encuentra en estudio de este juez de la acción de tutela que tiene el deber de velar por la protección de esos derechos y de ordenar que las autoridades dispongan lo necesario para que cese la afectación y garantizar al agraviado el pleno goce de sus derechos así como volver la violación al estado anterior, cuando ello fuere posible.

Téngase en cuenta que, si bien no existe falla médica por acción u omisión por parte de los galenos, ello, en manera alguna elimina el hecho de que este ser humano “*íntegro con valores y principios sólidos que requiere consolidar su condición masculina desde la disposición física*”, no ha podido realizarse. La falla, error, desidia e indolencia se origina es en el que, ante tal protuberante diagnóstico y la situación que vive la persona, el sistema de salud en su integralidad ha descuidado su restablecimiento y atención.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la actualidad y a nivel comparado e internacional, los casos de “*ambigüedad sexual*”, en principio no requieren que las cirugías de reasignación de sexo se realicen de manera urgente y, en cambio, pueden generar efectos irreversibles para la persona, por lo que recientemente se cambió la tesis que hasta ese momento había prevalecido al respecto, con el fin de permitir que sea el mismo niño, adolescente o adulto quien decida si se le realiza o no un procedimiento:

“A nivel comparado e internacional, las discusiones sobre el tratamiento de individuos con estados intersexuales se ha ido modificando, pues existe una tendencia a afirmar que las cirugías de reasignación de sexo no son de naturaleza urgente, y en cambio generan efectos irreversibles para el desarrollo autónomo de la persona. A partir de esta reflexión se pretende cambiar la tesis que hasta ahora ha prevalecido sobre la oportunidad de las cirugías y permitir que sea el mismo niño, niña, adolescente o adulto, quien otorgue el consentimiento previo libre e informado y decida, al tiempo que lo desee, si se realiza o no una cirugía. Así pues, existen países en los que se ha incorporado protocolos o guías médicas con el fin de asegurar el respeto de los derechos a la igualdad y no discriminación, la intimidad y la identidad sexual”³⁹.

En la citada decisión de la Corte Constitucional, ese Alto Tribunal consideró que los estados *intersexuales* a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con ellos se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, por lo que requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o reasignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos; y anteriormente, desde su

³⁹ Sentencia T-622 de 2014.

nacimiento debía tomarse la decisión de operarlos y decidir por ellos su sexo biológico según las recomendaciones médicas:

“Los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos. Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente”⁴⁰.

El asunto de “*Carlos Andrés G.C.*” ocurrió en una época en la que, conforme a la tesis y los protocolos médicos no se esperaba a que fuera el mismo niño o niña quien decidiera al respecto, cuando alcanzara un nivel de madurez suficiente, sino que se realizaban los procedimientos quirúrgicos al poco tiempo de su nacimiento, como en el caso quedó demostrado dentro del proceso de reparación directa.

Sin embargo, tal decisión evidentemente podía tener efectos irreversibles como lo reconoce ahora la Corte Constitucional, en efecto se observa que así ocurrió en el caso concreto de “*Carlos Andrés G.C.*” quien evidencia que desde el procedimiento de la *vaginoplastia* le fueron cercenados sus derechos fundamentales y si bien no hay forma de volver al estado anterior a esa cirugía, con base en los informes obrantes en el expediente, es claro que existen procedimientos que pueden acercarse a una corrección de la situación anómala que se presentó, la cual aunque se probó que fue conforme a los protocolos médicos de la época, viene afectándole desde entonces el derecho a una vida digna, pues con el pasar de los años fue reafirmando su posición mental y psicológica de que se trata de una persona del género masculino, pero para corregir los padecimientos físicos requiere de una intervención quirúrgica que, se evidencia, debe estar a cargo de las entidades vinculadas a este trámite.

Para la Sala es evidente que a “*Carlos Andrés G.C.*” no se le ha prestado una atención adecuada a su padecimiento, ni se le han realizado los procedimientos médicos que requiere, pues como se observa, al momento de presentarse la acción de tutela, ni siquiera se encontraba afiliado al sistema subsidiado de salud, y solo hasta la medida preventiva que se adoptó durante el trámite de segunda instancia de la solicitud de amparo, fue que el actor tuvo acceso a aquel, como se evidencia a continuación⁴¹:

⁴⁰ Sentencia T-622 de 2014.

⁴¹ De acuerdo con el informe visible a folio 152 y siguientes, así como de sus anexos, se observa que “*Carlos Andrés G.C.*” se encuentra registrado en el SISBEN, desde el 14 de abril de 2015 y, una vez consultada la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA, se evidencia que su afiliación a la EPS, en el Régimen Subsidiado, es “efectiva” desde el 19 de junio de 2018.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNIZADO		DATOS	
TIPO DE IDENTIFICACIÓN		CC	
NUMERO DE IDENTIFICACION		*****	
NOMBRES			
APELLIDOS			
FECHA DE NACIMIENTO			
DEPARTAMENTO		RISARALDA	
MUNICIPIO		DOS QUEBRADAS	

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACION EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACION DE AFILIACION	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	MEDIMAS EPS S.A.S. SUBSIDIADO	SUBSIDIADO	19/06/2018	31/12/2999	CABEZA DE FAMILIA

Fecha de impresión: 07/31/2018 12:42:44 Estación de origen: 190.217.19.164

La información registrada en esta página es reflejo de lo reportado por las Entidades en cumplimiento de la Resolución 4823 de 2018.

Respecto a las fechas de afiliación contenidas en esta consulta, se aclara que la Fecha de Afiliación Efectiva hace referencia a la fecha en la cual inicia la afiliación para el usuario, la cual fue reportada por la EPS o EOC, sin importar que haya estado en el Régimen Contributivo o en el Régimen Subsidiado en dicha entidad. Ahora bien, la Fecha de Finalización de Afiliación, establece el término de la afiliación a la entidad de acuerdo con la fecha de la novedad que haya presentado la EPS o EOC. A su vez, se aclara que la fecha de 31/12/2999 determina que el afiliado se encuentra vinculado con la entidad que genera la consulta.

La responsabilidad por la calidad de los datos y la información reportada a la Base de Datos Única de Afiliados - BDUA, junto con el reporte oportuno de las novedades para actualizar la BDUA, corresponde directamente a su fuente de información; en este caso de las EPS, EOC y EPS-S.

Esta información se debe utilizar por parte de las entidades y los prestadores de servicios de salud, como complemento al marco legal y técnico definido y nunca como motivo para denegar la prestación de los servicios de salud a los usuarios.

Si usted encuentra una inconsistencia en la información publicada en esta página, por favor remítase a la EPS en la cual se encuentre afiliado y solicite la corrección de la información inconsistente sobre su afiliación. Una vez realizada esta actividad, la EPS debe remitir la novedad correspondiente a la ADRES, conforme lo establece la normatividad vigente.



Adicionalmente, es claro que “Carlos Andrés G.C.” requiere que se le realice la cirugía pertinente para afianzar su condición masculina, acorde a los informes que reposan en el expediente, lo cual demandará de evaluaciones con médicos especialistas en varias áreas de la medicina y la conformación de un comité interdisciplinario, de apoyo y terapéutico tanto para él, como para su familia.

De tiempo atrás se viene considerando la salud como un derecho fundamental autónomo, y en ese sentido, es una obligación de las entidades prestar su servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia y no permitir que el padecimiento de las personas se prolongue en el tiempo, como el caso de “Carlos Andrés G.C.” que viene sufriendolo desde su nacimiento y que aún luego de 33 años, no ha logrado una protección a sus derechos con la realización de los procedimientos médicos para restablecer su condición masculina.

Si bien corresponde al adecuado y libre ejercicio del “lex artis” de los profesionales de la salud determinar una cirugía o exigir la prestación de un determinado tratamiento médico, como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-1025 de 2002, en el presente asunto ya obran las valoraciones y recomendaciones de los expertos, no obstante, la Sala considera que como los dictámenes rendidos son de hace varios años, es posible que existan en la actualidad nuevas y mejores alternativas para restablecer el padecimiento que por tantos años ha acompañado a “Carlos Andrés G.C.”, por lo que para amparar los derechos fundamentales del actor, se ordenará a la Secretaría de Salud de Dosquebradas, a través de la EPS MEDIMAS y realice los procedimientos médicos necesarios para la reconstrucción o reasignación sexual masculina a “Carlos Andrés G.C.”, a través de las intervenciones que encuentre más adecuadas y efectivas para eliminar por completo el padecimiento que por tal situación viene padeciendo “Carlos Andrés G.C.” desde hace ya 33 años.

Para el efecto, se ordenará que se convoque inmediatamente a junta médica para que se realice la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de **todos** los medios terapéuticos y de apoyo que se estimen convenientes.

En suma, la Sala encuentra que se han afectado los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna de “*Carlos Andrés G.C.*”, por parte de la Secretaría de Salud del Municipio, por no tomar oportunamente las medidas necesarias para la realización del proceso de reconstrucción o reasignación de sexo que requiere. Por lo tanto, bajo el enfoque de una acción de tutela de fondo, se modificará la decisión de primera instancia y se concederá la protección invocada.

Con base en lo anterior, la Sala ordenará a la Secretaría de Salud del Municipio de Dosquebradas – Risaralda, adelantar, a través de la EPS MEDIMAS los procedimientos que requiere “*Carlos Andrés G.C.*”, con una constante atención médica por parte de los distintos especialistas que demande, como por ejemplo, urología, psiquiatría, endocrinología, con el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital y que en el menor tiempo posible integre un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren a “*Carlos Andrés G.C.*” y a su familia, para que por fin pueda gozar de una vida digna con igualdad de oportunidades en el desarrollo de sus actividades diarias.

Para el cumplimiento de la orden que se dispondrá en los términos previamente referidos, las entidades accionadas deberán atender lo dispuesto en la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, “*Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*”, que tiene por objeto garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas en situación especial, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables; así mismo, eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad⁴², por lo que se hace necesario que se realicen las actuaciones a que haya lugar para eliminar las barreras⁴³ que por su condición especial se le vienen presentando a “*Carlos Andrés G.C.*”, que le impiden llevar una vida digna y desarrollarse plenamente en la sociedad, en condiciones de igualdad.

Así mismo, se dispondrá que se le señalen a “*Carlos Andrés G.C.*”, de manera clara, las consecuencias y alternativas que tiene la cirugía de reasignación de sexo conforme al consentimiento que él haya expresado. En caso de que proceda la operación, la EPS MEDIMAS no podrá denegarla con base en interpretaciones restrictivas del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que, no se trata de un procedimiento estético, sino de uno dirigido a garantizar la dignidad humana y la

⁴² Artículo primero.

⁴³ Numeral 5º del artículo 2º de la Ley Estatutaria No. 1618 de 2013.

identidad sexual de una persona que ha sido estigmatizada toda su vida por su estado intersexual⁴⁴.

Finalmente, se ordenará que se mantenga su vinculación al SISBEN y la afiliación a la EPS, en garantía de su derecho fundamental a la salud, hasta tanto su situación económica no varíe de modo tal que pueda afiliarse como cotizante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 19 de abril de 2018, en el sentido de negar el amparo deprecado contra la providencia judicial censurada, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 30 de agosto de 2017 y **ADICIONARLA** en el sentido de **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, a la identidad sexual, a la salud y a la vida digna de “CARLOS ANDRÉS G.C.”, a cargo de la Alcaldía y la Secretaría de Salud de Dosquebradas – Risaralda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Alcaldía y la Secretaría de Salud de Dosquebradas - Risaralda, para que en el término máximo de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, a través de la EPS MEDIMAS, se cite a una junta médica para determinar el procedimiento quirúrgico indicado para la reasignación de sexo del joven “CARLOS ANDRÉS G.C.”, el cual, con el consentimiento del paciente y previo los trámites médicos, psiquiátricos y psicológicos pertinentes, y realice sin demora alguna, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta providencia y que, en todo caso, la primera intervención que requiera, deberá programarse, a más tardar dentro de los 2 meses siguientes a la notificación de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a la Alcaldía y a la Secretaría de Salud del Municipio de Dosquebradas – Risaralda, que mantenga la inclusión de “Carlos Andrés G.C.” en la base de datos del SISBEN y a la EPS MEDIMAS, por el régimen subsidiado, hasta tanto sus condiciones económicas no hayan variado de forma tal que pueda afiliarse directamente en calidad de cotizante, por las razones expuestas.

CUARTO: Por Secretaría General: i) **adóptense** las medidas pertinentes para salvaguardar la reserva y confidencialidad de los nombres, documentos y demás datos que identifiquen al accionante, a su núcleo familiar y los hechos que se relacionen con ellos, por considerarse datos sensibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1581 de 2012⁴⁵, ii) **omítase** publicación con

⁴⁴ En ese mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-622 de 2014.

⁴⁵ Artículo 5º. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las

el nombre completo y los datos de los actores, los cuales en el sistema de gestión deberán incluirse como “Carlos Andrés G.C.” y familia, según el caso **iii) modifíquese** el nombre de los accionantes en la carátula del expediente en la misma forma del numeral anterior y **iv) consérvese** en lugar seguro un documento con la ubicación del actor junto con un ejemplar de la providencia en la que aparezca explícito el nombre completo de todos los tutelantes, por si llegare a ser necesario revelar sus datos frente a una orden judicial o para el cumplimiento de las ordenes acá dispuestas.

QUINTO: DEVOLVER el expediente de la reparación directa con radicado número 66001-23-33-001-2008-00153-01 al Despacho de origen.

SEXTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y enviar copia de la misma al Despacho de origen.

SÉPTIMO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos (la subraya es de la Sala).