



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 660012331000200800153 01 (54.781)

Actor: CARLOS ANDRÉS GIRALDO CARDONA Y OTROS

Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – REPARACIÓN DIRECTA

Temas: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - responsabilidad del Estado por la práctica de una cirugía de cambio sexo sin el consentimiento del afectado / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL - no se acreditó en el caso concreto / PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE PERSONAS TRANS - reafirmación sexual quirúrgica.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 4 de diciembre de 2014, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite

En escrito presentado el 7 de abril de 2008, por intermedio de apoderado judicial, los señores Carlos Andrés Giraldo Cardona, Rosaura Hurtado de Cardona, María Liliana Cardona Hurtado, esta última actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Julián Esteban Giraldo Cardona; Claudia Milena Cardona Hurtado, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Catalina Morales Cardona, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del Hospital Universitario San Jorge 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 Giraldo Cardona (antes Natalia Giraldo Cardona)”*.



Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron 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 concepto de indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente pidieron que se ordenara al Hospital demandado practicar, a su costa, 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.

Finalmente, por perjuicios que denominó “*daño a la vida de relación*”, se solicitó en la demanda la suma de 3.000 SMLMV para el principal afectado, 1.000 SMLMV para su madre y para su hermano menor y 500 SMLMV para su abuela, tía y prima, respectivamente.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones, narró la demanda, en síntesis, que

La demanda y su corrección fueron admitidas por el Tribunal Administrativo de Risaralda mediante proveído de fecha 14 de julio de 2008, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público¹.

1.2.- El Hospital Universitario San Jorge de Pereira contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por los actores; para el efecto manifestó que, contrario a lo afirmado en la demanda, la decisión de someter al ahora demandante a una vaginoplastia se basó en exámenes clínico científicos, como lo fueron el Cariotipo y el Citogenético, con base en los cuales se determinó que el sexo del bebé era femenino, pues estos arrojaron un resultado cromosómico equivalente de 46XX, es decir, de sexo genéticamente femenino.

De igual forma, señaló que al recién nacido en ningún momento se le realizó un tratamiento con cortes de piel, de órgano o de tejido, pues el tratamiento quirúrgico

¹ Fls. 52 a 56 C. 1.



consistió en *“remodelar obligatoriamente”* los genitales hacia el sexo femenino, pues se trataba de un caso de *“pseudo hermafroditismo femenino, producido por la hiperplasia suprarrenal congénita, la cual provoca una virilización de los órganos genitales de personas femeninas y con ovarios. Son entonces mujeres con genitales externos anómalos, los cuales son corregidos con una cirugía realizada a temprana edad, la cual se justifica no sólo desde el punto de vista fisiológico, sino también desde el psicológico”*.

Adicionalmente señaló que, luego de la cirugía reconstructiva, el paciente *“volvió a masculinizarse”*, por no haber seguido con el tratamiento con esteroides que le fue formulado, por lo cual resultaba imposible que si no se tuvo una *“adherencia al tratamiento”* se hubieran obtenido los resultados esperados; dicha consecuencia le fue informada a los familiares del paciente, pese a lo cual omitieron dar continuidad al referido tratamiento.

Como consecuencia de lo anterior, manifestó que no se incurrió en falla alguna del servicio médico asistencial en el presente asunto, dado que los médicos actuaron en todo momento de acuerdo con los protocolos médicos y legales vigentes en la época (1985), sin que se observe la existencia de relación alguna de causalidad entre las atenciones brindadas al actor y su situación actual, dado que la misma es propia del cuadro clínico que presenta (pseudo hermafroditismo femenino).

Con fundamento en los anteriores argumentos, propuso las excepciones consistentes en *“ausencia de falla del servicio”* e *“inexistencia de nexo causal entre el acto médico y el daño”*.

Finalmente, propuso la excepción de caducidad de la acción, para cuyo efecto indicó que, habida cuenta de que el supuesto daño que originó la presente acción se habría producido con la intervención quirúrgica practicada el 7 de febrero de 1985, debía haberse interpuesto la demanda dos años después de dicha cirugía. Sin embargo, manifestó que, en gracia de discusión, de aceptarse que el ahora demandante sólo comprendió el daño causado, debía concluirse igualmente que la demanda se encuentra caducada, pues cuando cumplió 15 años tomó la decisión de cambiarse de sexo, por lo que a partir de esa fecha conoció la magnitud del supuesto daño antijurídico y, por ende, a partir de ese momento debían contarse los



dos años del término de caducidad de que trata el Código Contencioso Administrativo².

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 30 de abril de 2009 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 5 de noviembre de 2014, dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto³.

La parte actora, luego de referirse a los hechos materia del proceso y al acervo probatorio recaudado, indicó que dentro del *sub judice* se encontraban acreditados los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la institución médica demandada, a título de falla del servicio; concretamente, porque *“se sometió al recién nacido a procedimientos quirúrgicos que cambiaron su humanidad, lo cual alteró su condición natural y no solo eso, sino que se lo abandonó en su tratamiento”*⁴.

En sus alegatos, el Hospital demandado reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda respecto de la ausencia de falla del servicio frente la atención hospitalaria brindada al paciente recién nacido, e insistió en que de acuerdo con los exámenes clínicos que se le han practicado *“se puede establecer, sin lugar a dudas, que genéticamente, el accionante es de sexo femenino”*⁵.

Así pues, señaló que de acuerdo con el dictamen emitido por medicina legal, podía inferirse que una cosa era la definición genética del paciente, esto es, que sea de sexo femenino y otra es su identidad y orientación sexual, relacionados estos últimos tópicos con su sexo social y preferencias sexuales, siendo ajenas estas a la ciencia médica, es decir, no pueden ser modificadas por la medicina.

En esta oportunidad procesal el Ministerio Público guardó silencio⁶.

² Fls. 58 a 71 C. 1.

³ Fls. 89 y 170 C. 1.

⁴ Fls. 171 a 184 C. 1.

⁵ Fls. 187 a 182 C. 1.

⁶ Fl. 194 C. 1.



1.4.- La sentencia de primera instancia

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia el 4 de diciembre de 2014, oportunidad en la cual declaró probada de forma oficiosa la caducidad de la acción.

Para arribar a tal decisión, el Tribunal consideró, básicamente, que de conformidad con lo probado en el presente asunto, podía concluirse que el joven Carlos Andrés Giraldo Cardona a la edad de 15 años -febrero de 2000- tenía plena conciencia de su cuerpo e identificación de su sexo, por lo que, a partir de este momento, tanto el menor como su familia podían determinar el alegado daño producido con ocasión de la cirugía de vaginoplastia, de lo cual era razonable inferir que a partir de ese momento el ahora demandante tuvo conocimiento y entendimiento pleno del daño que originó la presente acción, de manera que al haberse interpuesto la demanda el 7 de abril de 2008, debía concluirse acerca de la caducidad de la acción.

A lo anterior agregó que, aun aceptándose que solo hasta la mayoría de edad tuvo la plena capacidad legal para interponer la presente acción a nombre propio, lo cierto era que dicha mayoría de edad la adquirió el 7 de febrero de 2003, pero dado que la demanda se presentó el 7 de abril de 2008, la conclusión no podía ser otra sino que la demanda se formuló cuando había operado la caducidad de la acción⁷.

1.5.- El recurso de apelación

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 10 de julio de 2015 y admitido por esta Corporación el 6 de agosto de esa misma anualidad⁸.

En su escrito de impugnación, la parte recurrente indicó que dicha cirugía - vaginoplastia- se realizó sin consentimiento alguno del principal afectado, lo cual iba en contra de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en

⁷ Fls. 195 a 229 C. Ppal.

⁸ Fls. 231 y 250 C. Ppal.



este tipo de casos, con base en la cual se garantiza la plena autonomía del menor para autodeterminar su género y su identidad sexual.

Adicionalmente, manifestó que debía tenerse en cuenta que el daño en el presente caso se ha prolongado de forma indefinida en el tiempo, es decir, sus consecuencias no han cesado, sino que se siguen materializando con el transcurrir del tiempo; lo anterior, dado que la vaginoplastia que le fue practicada al ahora demandante al momento de su nacimiento le impide en la actualidad adelantar su proyecto de vida como una persona de sexo masculino, dadas las consecuencias en su integridad personal después de dicha intervención⁹.

1.6.- Una vez se dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, las partes reiteraron íntegramente los argumentos expuestos a lo largo del trámite de la presente acción¹⁰.

En su concepto, el Ministerio Público manifestó que debía revocarse la decisión que declaró la caducidad de la acción y, como consecuencia, estudiar el fondo del asunto y acceder a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, indicó que habida cuenta de que los efectos de la intervención quirúrgica que le ocasionó el daño siguen presentándose en la actualidad, la caducidad no ha operado aún.

En cuanto al fondo del asunto, manifestó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (SU-337 de 1999), los cirujanos pediatras deben esperar por lo menos hasta los cinco años de edad para que el menor tenga la posibilidad de escoger su sexo, motivo por el cual por habersele practicado la cirugía de vaginoplastia a los pocos días de nacido el ahora demandante, debía concluirse que se incurrió en una falla del servicio médico asistencial, circunstancia que genera la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios en la forma en que se deprecó en la demanda¹¹.

⁹ Fls. 231 a 241 C. Ppal.

¹⁰ Fls. 190 a 191 C. Ppal.

¹¹ Fls. 256 a 267 C. Ppal.



1.7. A través de auto del 24 de febrero de 2016, la Sala que integra esta Subsección del Consejo de Estado decidió conceder en este caso la solicitud de prelación de turno para fallo formulada por la parte actora¹².

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II.- CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, para cuyo efecto se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia de la Sala; **2)** legitimación en la causa por activa; **3)** lo probado en el proceso; **4)** caducidad de la acción impetrada; **5)** ausencia de falla medica asistencial en el caso concreto; **6)** protección constitucional respecto de la reafirmación sexual quirúrgica de personas *trans*; **7)** decisión sobre costas.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dado que la demanda se presentó el 7 de abril de 2008 y la pretensión mayor se estimó en una suma equivalente a 3.000 SMLMV, por concepto de indemnización de perjuicios por daño a la vida de relación a favor del demandante principal, monto que supera el exigido -500 SMLMV-, para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época¹³.

2. Legitimación en la causa por activa

¹² Fls. 270 a 274 C. Ppal.

¹³ Ley 446 de 1998.



Con ocasión del daño que originó la presente acción, esto es, la vaginoplastia practicada a Carlos Andrés Giraldo Cardona luego de su nacimiento, concurrieron al proceso Rosaura Hurtado de Cardona, María Liliana Cardona Hurtado, Julián Esteban Giraldo Cardona; Claudia Milena Cardona Hurtado y Catalina Morales Cardona, quienes actúan en calidad de madre, hermano, abuela, tía y prima del principal afectado y acreditaron dicho parentesco con los respectivos registros civiles de nacimiento aportados al proceso, motivo por el cual se concluye que tales demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa en el presente asunto¹⁴.

La Sala procederá a establecer los hechos que se encuentran debidamente acreditados dentro del proceso para, posteriormente, analizar la caducidad de la acción impetrada, el supuesto daño antijurídico y la eventual responsabilidad patrimonial que se le imputa a la entidad demandada.

3. Lo probado en el proceso

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso se tienen acreditados, básicamente, lo siguiente:

- Según la “*constancia de nacido vivo*” expedida por el Hospital San Vicente de Paul de Pereira y de acuerdo con el registro civil de nacimiento de Carlos Andrés Giraldo Cardona, se tiene que dicha persona nació el 7 de febrero de 1985 en esa institución hospitalaria¹⁵.

- El 30 de noviembre de 1985 se registró el nacimiento del bebé de sexo femenino con el nombre de Natalia Giraldo Carmona; no obstante, el **16 de noviembre de 2000** se registró el nombre de Carlos Andrés Giraldo Carmona con el sexo masculino, esto es, cuando el ahora demandante contaba con quince (15) años de edad¹⁶.

- Mediante oficio del 17 de mayo de 2007, el Hospital Universitario de Pereira manifestó que no conservaba la historia clínica de la intervención quirúrgica -

¹⁴ Fls. 1 a 6 C. 2.

¹⁵ Fls. 2 y 7 C. 2.

¹⁶ Fls. 1 y 2 C. 1.



vaginoplastia- que se le habría realizado al recién nacido en **febrero de 1985**, toda vez que de acuerdo con la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Protección Social, el tiempo máximo de conservación de las historias clínicas era de 10 años desde la última intervención¹⁷.

- El 5 de junio de 2007 el Centro de Imágenes Diagnósticas de Pereira realizó una ecografía pélvica a Carlos Andrés Giraldo, que arrojó el siguiente resultado (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“Órganos genitales ambiguos.

“Al examen físico se aprecia hiperplasia de clítoris con masculinización externa.

“El útero en anteversión pequeño mide 4.9 X 1.5 X 2.1. Cms.

“Endometrio regular de 6 mm.

“Ovarios excluidos ecográficamente.

“Se hace exploración de riñones, los cuales son de aspecto normal con notable hiperplasia subrenal.

“Opinión:

- ***Útero pequeño atrófico sin desarrollo ovárico.***

- ***Hipertrofia cliptoridiana, como primera probabilidad diagnóstica se plantea síndrome androgenital por hiperplasia subrenal congénita y exceso de producción de esteroides andrógenos por deficiente sistema 21 hidroxilasa, recomendando TAC abdominal para corroborar la hiperplasia subrenal congénita y estudio de perfil hormonal”¹⁸ (negritas adicionales).***

- El 23 de junio de 2007 el Instituto de Investigaciones Científicas y Medicina Preventiva de Bogotá “Fundación Arthur Stanley Gillow” practicó un **estudio psicológico** al señor Carlos Andrés Giraldo, en el cual se concluyó lo siguiente (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“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.

¹⁷ Fl. 8 C. 2.

¹⁸ Fl. 9 C. 2.



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

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

*“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***¹⁹ (negrillas adicionales).

De igual forma, en el examen o **estudio citogenético** practicado por dicho instituto médico al hoy demandante, se concluyó lo siguiente:

*“Indicación del estudio: **Hermafrodita.***

“Metodología empleada: Cultivo de sangre periférica. Técnica específica para linfocitos. (...).

*“Cariotipo : **En todas las metafases analizadas se observó un complemento cromosómico normal de 46 XX***²⁰.

- En el informe técnico legal practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá a Carlos Andrés Giraldo Carmona el 15 de septiembre de 2009, se consignaron, entre otras, las siguientes conclusiones²¹ (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“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, hay una alta probabilidad que la causa de la ambigüedad sea debida a una enfermedad en la glándula suprarrenal en la cual se estaría produciendo un aumento de hormonas masculinas las cuales cambiarían el aspecto externo de los genitales, a nivel ecográfico se observa útero sin visualización de ovarios ni testículos.

“Respuestas a interrogantes:

- ***La anatomía externa es masculina o femenina? R/. Ambigua, a nivel estrictamente genital predomina un aspecto femenino, a nivel corporal las características sexuales secundarias (desarrollo del vello facial, axilar) son de predominio masculino.***
- ***Qué síndrome presenta el remitido?. R/. Un estado intersexual, tiene genitales ambiguos con una definición de sexo genética y otra hormonal y psicológica.***
- ***Nivel de ansiedad?. Por responder por psiquiatría.***

¹⁹ Fls. 10 a 13 C. 2.

²⁰ Fl. 10 C. 2.

²¹ Fl. 42 C. 2.



- *Es posible realizar al remitido cirugía correctiva genital o cirugía de reconstrucción genital? R/. sí es posible realizar un cambio externo de femenino a masculino pero sin garantía de funcionalidad.*
- ***Identidad sexual? R/. por responder por psiquiatría.***
- ***El síndrome que padece el remitido es una condición psicológica o psiquiátrica? R/. Abarca ambas, una no excluye a la otra.***
- *Conforme a las condiciones genitourinarias es posible realizar una cirugía de faloplastia? R/. sí es posible.*
- ***Cuál es diagnóstico actual del remitido? R/. Corresponde a un estado intersexual, el cual puede tener diferentes causas. No hay en la historia clínica aportada los estudios que soporten un diagnóstico clínico, hay una ecografía con sospecha de hiperplasia suprarrenal congénita. (...)²² (negrillas y subrayas adicionales).***

- El 30 de junio de 2011 se realizó un nuevo examen clínico a Carlos Andrés Giraldo Carmona por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal de Bogotá, en el cual se concluyó lo siguiente (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“El examinado es un individuo con hermafroditismo, el cual en su primera infancia fue sometido al parecer a un procedimiento quirúrgico estableciéndose órganos sexuales femeninos, situación que no se puede comprobar porque no se anexó la constancia clínica de tal procedimiento.

“Pertenece a la cultura propia del Eje cafetero colombiano y no se le encontraron alteraciones al examen mental diferentes a una inteligencia bajo del promedio, lo cual es compatible con su bajo desempeño laboral y académico. (...)²³ (negrillas adicionales).

- Finalmente, obra el dictamen pericial practicado al ahora demandante por el Hospital Universitario San Vicente de Paul de Medellín el 26 de septiembre de 2014, en el cual se consignaron las siguientes conclusiones (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“Se trata de un paciente con sexo genético femenino (cariotipo 46XX), y sexo gonadal femenino (útero y ovario), con una hiperplasia suprarrenal congénita ocasionada por un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la glándula suprarrenal, donde tiene deficiencia de una enzima, lo que no permite que se sinteticen adecuadamente los esteroides, y hace que se produzcan cantidades excesivas de andrógenos.

Estas hormonas masculinas anormalmente elevadas generaron la virilización de sus genitales externos (sexo genital), con antecedente de vaginoplastia en la infancia en 2 ocasiones, lo que era concordante con el

²² Fls. 49 a 51 C. 2.

²³ Fls. 159 a 162 C. 2.



sexo genético, la falta de medicación para controlar la persistencia del influjo hormonal masculino generó el desarrollo de características sexuales secundarias masculinas (sexo fenotípico), con lo cual en la actualidad se siente plenamente identificado, identidad sexual masculina (sexo social).

Por las pruebas aportadas consideramos que se trata de una deficiencia en la encima 21 hidroxilasa, en la forma clásica virilizante simple. (...).

“Su orientación, rol social e identidad de género es masculina. Sin embargo cabe aclarar que no es claro el aspecto de la genitalidad, ya que el paciente no ha hecho uso de sus genitales. (...).

“Clínica y técnicamente no tiene contraindicación para las múltiples cirugías que esto implicaría. (...).

“Respecto de los factores que determinan el género sexual en los seres humanos, dada la complejidad del género sexual hace imposible en la actualidad dar una respuesta exacta a esta pregunta. Hasta ahora se considera que es multifactorial, tiene influencia genética, hormonal, ambiental, social, entre otros. Lo que hace que el sexo genético no sea siempre acorde con el género sexual. (...).

“No se alteraron las condiciones naturales del señor Carlos Giraldo Cardona, ya que presentaba una enfermedad que llevaba a la normal virilización de sus genitales femeninos, y la cirugía referida por el paciente parece entonces concordante con su cariotipo femenino. (...).

“Requiere apoyo interdisciplinario por psiquiatría y psicología para mejorar su proyecto de vida. Requiere además continuar vigilancia estrecha por endocrinología para control hormonal y por riesgo de desarrollo de tumores de origen adrenal. Dicho apoyo puede ser brindado en su ciudad de origen.

“Según el DSM5 se habla de disforia de género en adolescentes y adultos cuando:

a. Hay una marcada incongruencia entre el sexo que se siente o expresa y el que se le asigna, de una duración mínima de 6 meses, manifestada por un mínimo de 2 de las siguientes características:

1.- Una marcada incongruencia entre el sexo que uno siente o expresa y sus características sexuales primarios o secundarios (o en los adolescentes jóvenes, los caracteres sexuales secundarios previos).

2.- Un fuerte deseo por desprenderse de los caracteres sexuales propios primarios o secundario, a causa de una marcada incongruencia con el sexo que se siente o se expresa (o en adolescentes jóvenes, un deseo de impedir el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios previstos).

3.- Un deseo fuerte por poseer los caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios, correspondientes al sexo opuesto.

4.- Un fuerte deseo de ser de otro sexo (o de un sexo distinto del que se le asigna).

5.- Un fuerte deseo de ser tratado como del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna),

6.- Una fuerte convicción de que uno tiene los sentimientos y reacciones típicos del otro sexo (o de un sexo alternativo distinto del que se le asigna).



*b. El problema va asociado a un malestar clínicamente significativo o a deterioro en el social, laboral u otras áreas importantes del funcionamiento*²⁴ (negritas adicionales).

Respecto de la pregunta consistente en que si se habría incurrido en un error médico por “*haber alterado la condición de Carlos Andrés Giraldo Cardona*”, se concluyó lo siguiente:

“Como se refirió antes, no se alteraron las condiciones naturales ya que presentaba una enfermedad que llevaba a la anormal virilización de sus genitales femeninos, y la cirugía referida por el paciente parece entonces concordante con su cariotipo femenino”²⁵ (negritas adicionales).

- El Hospital San Vicente de Paul de Pereira allegó al proceso un protocolo médico denominado “*Curso de actualización en neonatología quirúrgica - Enfoque diagnóstico del recién nacido con desorden del desarrollo sexual (mayo de 2009)*”, del cual resulta pertinente citar los siguientes apartes (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

“Una nueva propuesta de clasificación: En el año 2006 se reunió el Comité internacional de estados intersexuales, y teniendo en cuenta que con el advenimiento de nuevos métodos de diagnóstico y nuevos descubrimientos en el campo de la embriología y la genética, muchos de los pacientes se quedaban por fuera de la tradicional clasificación, por otro lado, el término ‘hermafrodita’, es despectivo y estigmatizante. Por estas razones en consenso se propuso una nueva clasificación, esta obliga a un diagnóstico más completo y por ende a tomar mejores decisiones terapéuticas y se recomienda utilizar el término “desórdenes del desarrollo sexual”:

- 1.- DDS: Cromosómico.
- 2.- **DDS: 46, XX**
- 3.- DDS: 46, XY

“(…).

“2.- DDS 46, XX: Ocupa el primer lugar (90%), de todos los casos de intersexualidad, puede ser secundario a las siguientes causas:

- 1.- *Desórdenes del desarrollo gonadal.*
- 2.- *Exposición androgénica.*
- 3.- *Otras: extrofia de cloaca, atresia de vagina, MURCS, etc.*
- 4.- *Exposición Androgénica.*

“(…). Estas alteraciones en la gran mayoría de los casos se manifiestan como una hiperplasia suprarrenal congénita (HSAC), que en dos terceras partes de

²⁴ Fls. 203 a 209 C. 2.

²⁵ Fls. 203 a 209 C. 2.



los casos pueden ser perdedoras de sal, y pueden amenazar la vida del recién nacido. Al examen médico encontramos:

- *Gónadas simétricas.*
- *Hipertrofia de clítoris.*
- *Defecto del seno urogenital.*
- *Grandes pliegues labio-escrotales.*

“La escogencia del sexo en pacientes con HSAC, debe ser siempre FEMENINO.

“El tratamiento médico es con esteroides ya que estos frenan el eje hipotálamo hipofisiario. El tratamiento quirúrgico consiste en:

- ***Reducción del clítoris.***
- ***Exteriorización vaginal.***
- ***Neovagina, si la requiere.***
- ***Reducción labio escrotal” (negrillas adicionales).***

- De otra parte, obra el testimonio del médico especialista en cirugía pediátrica Luis Guillermo Henao, quien al ser preguntado sobre la cirugía que él le habría practicado al ahora demandante en febrero de 1985, manifestó desconocer dicho caso, amén de que no se contaba con la historia clínica. Sin embargo, señaló que teniendo en cuenta que el joven Giraldo Cardona tiene un cariotipo 46XX con útero y ovarios femeninos con una alteración en el desarrollo de los genitales externos - la que anteriormente se denominada “*seudohermafroditismo femenino*”-, su manejo o tratamiento médico “*siempre debe ser femenino*”²⁶.

- Finalmente, obran el proceso los testimonios de las señoras Martha Rigoza Marín, Adriana Gutiérrez Torres, Aleyda Marín Holguín y Edith Salazar Herrera, quienes en sus declaraciones coincidieron en señalar que el joven Carlos Andrés Giraldo Cardona desde muy temprana edad experimenta continuamente sentimientos de frustración y tristeza, dado que no puede desarrollarse plenamente como una persona del sexo masculino, pues no cuenta con su órgano de reproducción, por lo que afirmaba continuamente que su mayor deseo es poder practicarse la cirugía de faloplastia²⁷.

4. Análisis de la caducidad en el presente caso

²⁶ Fls. 70 a 75 C. 2.

²⁷ Fls. 42 a 57 y 71 a 76 C 2.



Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad para aquellos eventos en los cuales determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro de este plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

Esa figura no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, numeral 8, dispone sobre el término para intentar la acción de reparación directa, lo siguiente:

*“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de **dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa**” (negritas adicionales).*

La ley consagra entonces un término de dos (2) años, contados desde el día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar la acción de reparación directa, período que, vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

Ahora bien, en tratándose del cómputo de caducidad del término de acción de reparación directa, la jurisprudencia de la Sección ha establecido que, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios solo surge a partir de cuando estos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria.

Así pues, en estos eventos se ha establecido que el término de dos años previsto en la ley no podrá empezar a contabilizarse a partir *del “acaecimiento del hecho,*



omisión y operación administrativa”, sino a partir del momento en que el daño adquiere notoriedad²⁸ -cuando esta última no coincide con la causación de aquel, es decir, cuando a pesar de haberse producido, la víctima se encuentra en la imposibilidad de conocerlo²⁹-, o cuando aquel se entiende consolidado –en los eventos en que el daño se prolonga en el tiempo³⁰-, circunstancias que se analizan teniendo en cuenta las particularidades de cada caso.

Ahora bien, en el caso *sub examine*, debe precisarse que la causa *petendi* de la demanda se encuentra dirigida a obtener una indemnización como consecuencia de *“los procedimientos médicos realizados dentro de la institución por el médico Luis Guillermo Henao, al joven Carlos Andrés Giraldo Cardona (antes Natalia Giraldo Cardona)”*.

Asimismo, a lo largo del trámite de la presente acción indemnizatoria, la parte actora manifestó que en el presente asunto se configuró una falla del servicio del hospital demandado, concretamente, porque *“se sometió al recién nacido a procedimientos quirúrgicos que cambiaron su humanidad, lo cual alteró su condición natural”*³¹.

Así pues, para efectos de determinar el inicio del término de caducidad de la presente acción en el presente asunto, la Sala debe tener en cuenta tres momentos respecto del supuesto daño antijurídico alegado en la demanda.

²⁸ Sobre el particular, pueden consultarse, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 30 de abril de 1997, Exp. 11.350, C.P. Jesús María Carrillo; 11 de mayo de 2000, Exp. 12.200, C.P. María Elena Giraldo; 2 de marzo de 2006, Exp. 15.785, C.P. María Elena Giraldo y 27 de abril de 2011, Exp. 15.518, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁹ Condición que, como se deriva de lo sostenido por la Sala Plena de la Sección Tercera, debe analizarse de manera rigurosa. En efecto, en palabras de esta última: *“Frente a estos supuestos la Sala aclara, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el término de caducidad opera por ministerio de la ley, y no puede depender de la voluntad de los interesados para ejercer las acciones sometidas a dicho término* (nota n.º 9 del auto en cita: *‘Ver, entre otras, la sentencia del 24 de abril de 2008. C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación No. 16.699. Actor: Gilberto Torres Bahamón’*), *razón por la cual, en los casos en que el conocimiento del hecho dañoso por parte del interesado es posterior a su acaecimiento, debe revisarse en cada situación que el interesado tenga motivos razonablemente fundados para no haber conocido el hecho en un momento anterior pues, si no existen tales motivos, no hay lugar a aplicación de los criterios que ha establecido la sala para el cómputo del término de caducidad en casos especiales”*. Auto de 9 de febrero de 2011, Exp. 38.271, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

³⁰ Así, por ejemplo, en los casos de ocupación permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos, esta Corporación ha entendido que el daño se consolidó a partir de la culminación de los trabajos, salvo que este se hubiere consolidado antes de que ello ocurra.

³¹ Fls. 171 a 184 C. 1.



En primer lugar, se debe tener en cuenta la fecha de la intervención quirúrgica de vaginoplastia, la cual, según lo manifestado en la demanda se habría practicado en el mes de **febrero de 1985**, esto es, a los pocos días de que el ahora demandante nació; sin embargo, no se puede determinar la fecha exacta de esa intervención, dado que dicha historia clínica habría sido eliminada por el hospital demandado, pues habían transcurrido diez (10) años desde la última intervención médica.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el momento en que el demandante adquirió plena certeza de su identidad sexual con el género masculino, es decir, a partir del momento en que el ahora demandante decidió cambiar su registro civil y pasó de llamarse Natalia Giraldo Carmona a Carlos Andrés Giraldo Cardona, lo cual acaeció el **16 de noviembre de 2000**. Incluso, en este mismo supuesto, podría tenerse se encuentra la fecha en que Carlos Andrés Giraldo Carmona adquirió la mayoría de edad, es decir, el **7 de febrero de 2003**, pues a partir de ese día cuenta con la capacidad plena para ejercer sus derechos y para asumir obligaciones.

En tercer lugar, debe destacarse el **estudio psicológico** practicado al señor Carlos Andrés Giraldo el 23 de junio de 2007 por el Instituto de Investigaciones Científicas y Medicina Preventiva de Bogotá, en el cual se concluyó que **“la conducta, las tendencias y las actitudes del joven son ciento por ciento masculinas // 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”**³² (se ha destacado). Es decir, a partir de ese dictamen pericial, el ahora demandante tuvo certeza científica de su afectación psicológica, como consecuencia de la cirugía de vaginoplastia que le habrían practicado en el hospital demandado.

Así pues, dado que -según se indicó- lo que se pretende es la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Hospital Universitario San Jorge de Pereira por la supuesta falla del servicio médico asistencial por la cirugía -vaginoplastia-, practicada al ahora demandante en el mes de febrero 1985, podría concluirse, **en principio**, que el término de la caducidad de la presente acción habría fenecido en

³² Fls. 10 a 13 C. 2.



febrero de 1987, es decir, dos años después de que haberse practicado dicha intervención.

No obstante, para la Sala dicha fecha de inicio de cómputo de caducidad no puede ser tomada en cuenta en el presente caso, dado que el ahora demandante para esa época -febrero de 1985- no contaba con el grado de consciencia mínimo para entender el presunto daño a su sexualidad como producto de la supuesta cirugía de vaginoplastia.

En este punto relacionado con el momento en el cual el ahora demandante pudo tener conciencia o conocimiento del daño, resulta pertinente citar los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional respecto del interrogante consistente en ¿hasta qué edad se debe esperar para que un menor pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales de “reafirmación de sexo”?

Sobre el particular, la Corte ha manifestado que en cada caso concreto depende de las circunstancias específicas y de la autonomía de cada persona, así como de las conclusiones del equipo médico interdisciplinario. Así ha razonado la Corte (se transcribe de forma literal):

*“No existe una respuesta tajante a ese interrogante, e incluso quienes defienden los protocolos alternativos reconocen que se trata de un problema muy difícil de resolver. Por ende, **en cada caso concreto, corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado.** Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios.*

*“Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños de 8 o 9 años pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos³³. **Sin embargo, la Corte precisa, en segundo término, que en este caso, la menor debe autorizar una intervención médica, que es invasiva, riesgosa e irreversible, por lo cual, conforme a los criterios señalados en esta sentencia, su consentimiento debe también ser cualificado.***

³³ Así, el Presidente del colegio médico de Chile, doctor Enrique Accorsi, señaló en el Consejo de la AMM, durante la 150 sesión, que “debido a la cantidad de estímulos y de información que los menores reciben en la actualidad ya a los 8 o 9 años o incluso antes, tienen perfecta claridad de lo que está bien o está mal, lo que les duele”.



“La Corte considera entonces, que para asegurar la autonomía de la paciente, es deber de estos equipos interdisciplinarios no sólo apoyar psicológicamente a la persona sino también establecer un procedimiento para la adopción de la decisión por la paciente que permita garantizar que la autorización será lo más informada y genuina posible. Así, en algunos casos, es posible que al inicio de la pubertad, la menor goce de la autonomía suficiente para aceptar una intervención quirúrgica, mientras que, en otros eventos, el equipo interdisciplinario puede concluir que es necesario postergar un tiempo más la decisión, pues la persona no goza de una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios de esas intervenciones. Igualmente, es posible que, siguiendo las orientaciones de los protocolos médicos, los equipos interdisciplinarios opten por una autorización por etapas, de tal manera que primero se administren ciertas hormonas, con efectos más reversibles, y sólo después de un tiempo pueda procederse a las intervenciones más irreversibles, como la cirugía.

“La Corte considera que serán cada vez más importante los testimonios y los criterios de los propios menores. Por ello, como dice, en forma sugestiva un especialista sobre en la materia, el profesor William Reiner: ‘En últimas únicamente los niños ellos mismos son quienes pueden y deben identificar quienes y qué son. A nosotros los clínicos y los investigadores nos corresponde escuchar y aprender’”³⁴ (negrillas adicionales).

Las anteriores consideraciones fueron reiteradas en la sentencia T-622/14³⁵, en la cual se denegó una petición de cambio de sexo por parte de un menor de 12 años de edad, pues a juicio de la Corte, aún no tenía la plena conciencia o capacidad para adoptar dicha decisión, dado que **dicha decisión debía ser tomada no solo con base en la autodeterminación del principal afectado, sino también debía fundarse en conceptos médicos idóneos.** Sobre el particular la Corte discurrió así (se transcribe de forma literal):

“Como consideración previa, lo primero que debe tenerse en cuenta en el presente caso, es que a diferencia de los precedentes jurisprudenciales citados en las consideraciones de esta sentencia, Pablo ha manifestado expresamente su consentimiento de querer tener unos genitales masculinos para poder desarrollar un proyecto de vida acorde con sus preferencias. En efecto, el 8 de noviembre de 2013, ante la Comisaria de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, el menor manifestó ‘yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres’³⁶.

*“Del mismo modo, la Sala nota que Pablo tiene actualmente 12 años, edad que es suficiente para presumir que ha llegado a una madurez necesaria para decidir autónomamente sobre su cuerpo. **Como lo ha comprendido la jurisprudencia, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el***

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 12 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, ver también sentencias T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

³⁶ Cuaderno principal, fl. 10.



consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidades de cada caso, se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido³⁷. En ese orden, es claro que en el presente caso Pablo ha superado el umbral crítico de la identificación de sexo, tiene una clara conciencia de su cuerpo y goza de una importante autonomía, que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida como la actual, motivo por el cual no es procedente el consentimiento sustituto paterno para que sea operado³⁸.

“No obstante lo anterior, el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que tiene, no es un factor suficiente para que el juez constitucional ordene a una entidad de salud realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo, pues es igualmente requerido un proceso de evaluación y de observación por profesionales de la medicina y especialistas en este tipo de situaciones, con el objeto de que determinen un diagnóstico preciso y las alternativas terapéuticas a realizar más acordes con el deseo del niño.”

“En ese sentido lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que el consentimiento requiere cumplir con unas características indispensables que legitiman cualquier intervención clínica y cuya ausencia permite catalogar el procedimiento como abusivo, ilícito o ilegal. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, informado, persistente y cualificado. Cuando el menor es quien toma la decisión sobre su identidad sexual, su consentimiento debe entonces cumplir con estos requisitos, y esto implica el acompañamiento de los padres y el seguimiento constante y profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, que no sólo incluya profesionales de la salud sino psicólogos y trabajadores sociales que asistan todo el proceso” (negrillas adicionales).

Ahora bien, descendiendo nuevamente al caso concreto, se tiene que el ahora demandante cuando cumplió quince (15) años de edad decidió de forma voluntaria cambiar su registro civil de nacimiento y pasó de llamarse Natalia a Carlos Andrés Giraldo Cardona **-15 de noviembre de 2000-**, lo cual llevaría a entender que la caducidad de la demanda debía empezar su cómputo desde esa fecha o, incluso desde que cumplió la mayoría de edad, esto es, el 7 de febrero de 2003.

Sin embargo, advierte la Sala que solo a partir del dictamen médico psicológico fechado el **23 de junio de 2007**, se estableció o se determinó científicamente la afección psicológica padecida por el hoy demandante Carlos Andrés Giraldo Cardona, es decir, en esa fecha se precisó, por parte del personal médico idóneo, que su conducta, sus tendencias y sus actitudes eran *“ciento por ciento masculinas”*, y por tal razón, solo a partir de ese momento el ahora demandante tuvo la capacidad de identificar plenamente las secuelas del supuesto cambio de

³⁷ Ver sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Ver sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



sexo, por manera que a partir de esa fecha debe empezar a contabilizarse el término de la caducidad de la presente acción.

En ese orden de ideas, ha de concluir la Sala que por haberse interpuesto la demanda el **7 de abril de 2008**, la misma se interpuso dentro de los dos años que establece la ley para ese efecto, razón por la cual la sentencia de primera instancia será revocada en este punto.

5. Sobre la falla del servicio médico asistencial en el presente asunto

En el presente caso, si bien durante el trámite de la presente acción la parte actora manifestó que la responsabilidad del Hospital Universitario San Jorge de Pereira se ve comprometida, por cuanto le habrían practicado al recién nacido una cirugía de vaginoplastia, esto es, que al ahora demandante se le habría cambiado su sexo, pasando del masculino al femenino, advierte la Sala que la dificultad para la imputación de tales hechos en contra de la administración pública demandada resulta evidente.

Ciertamente, a partir de las pruebas aportadas al proceso, se puede establecer, básicamente, que el demandante Carlos Andrés Giraldo Cardona desde el momento de su nacimiento presentó ambigüedad en su anatomía externa genital, pues según el dictamen pericial realizado el 26 de septiembre de 2014 por el Hospital San Vicente de Paul de Medellín, *“presentaba una enfermedad que **llevaba a la anormal virilización de sus genitales femeninos**”*.

De igual forma, según ese mismo dictamen pericial, *“**se trata de un paciente con sexo genético femenino (cariotipo 46XX), y sexo gonadal femenino (útero y ovario)**”*, conclusión que resulta concordante con lo que manifestó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá el 15 de septiembre de 2009, al señalar que el joven Carlos Andrés Giraldo Carmona *“**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**”*.

A lo anterior, cabe señalar que de conformidad con dichos dictámenes periciales la



“virilización de sus órganos sexuales”, se produjo como consecuencia de una enfermedad en la glándula suprarrenal del paciente, en la cual se habría producido un aumento de hormonas masculinas, las cuales cambiaron el aspecto externo de los genitales de dicha persona.

De otra parte, advierte la Sala que a pesar de que en el proceso no existe prueba alguna que dé cuenta de la realización de la cirugía de **vaginoplastia** que habría cambiado el sexo del ahora demandante, lo cierto es que dicho procedimiento médico, de acuerdo con el protocolo médico a seguir, es el recomendado en casos como el presente, esto es, cuando se presenta “pseudo hermafroditismo” o “*desorden del desarrollo sexual*”.

Ciertamente, de acuerdo con el protocolo médico allegado al proceso por el Hospital San Vicente de Paúl de Medellín, **“la escogencia del sexo en pacientes con HSAC, debe ser siempre FEMENINO”**. Además, de acuerdo con lo señalado por el dictamen emitido por el Hospital San Vicente de Paúl, **“no se alteraron las condiciones naturales del paciente ya que presentaba una enfermedad que llevaba a la anormal virilización de sus genitales femeninos, y la cirugía referida por el paciente parece entonces concordante con su cariotipo femenino”**.

Así pues, del contenido de los elementos de convicción allegados al proceso no es posible inferir que el supuesto cambio de sexo en el ahora demandante hubiese sido determinado por el presunto error médico por parte del personal adscrito al hospital demandado en la realización de la intervención quirúrgica de vaginoplastia; por el contrario, tales medios probatorios muestran que el **“desorden en el desarrollo sexual”** del ahora demandante se produjo como una consecuencia natural de **“un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la glándula suprarrenal”**³⁹.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, forzoso resulta concluir que dicha afección que fundamentó la presente acción no puede ser atribuida –por acción u omisión-, a la entidad demandada, pues no existe criterio de causalidad y/o

³⁹ Así lo concluyó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el dictamen practicado el 15 de septiembre de 2009 (Fls. 49 a 51 C. 2.).



imputación que permita vincular la conducta o comportamiento de la entidad demandada para con los actos o hechos que se endilgan en la demanda.

Así las cosas, con fundamento en los medios probatorios con los cuales cuenta el proceso y a los que ya se hizo referencia, no es posible establecer que el Hospital Universitario San Jorge de Pereira hubiere incurrido en falla alguna del servicio o, incluso, que hubiere restado probabilidades u oportunidades de curación al paciente. Además, no obra en el proceso elemento de convicción alguno que permita inferir, *ab initio*, que al paciente debían practicársele exámenes, tratamientos o prescribirle otro tipo de medicamentos diferentes a los que le habría suministrado la institución hospitalaria demandada, por así exigirlo el protocolo de atención de la patología que presentaba.

Por consiguiente, todas las razones hasta ahora expresadas servirán de apoyo para denegar las súplicas de la demanda.

6. Protección constitucional respecto de la reafirmación sexual quirúrgica de personas *trans*

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones respecto de la ausencia de responsabilidad médica estatal en el presente caso, la Sala considera oportuno y necesario destacar que la corte Constitucional ha estudiado en varias oportunidades casos en los cuales las personas *trans*⁴⁰ solicitan mediante acción de tutela la práctica de procedimientos relacionados con la “*reafirmación sexual quirúrgica*”. En tales casos, la Corte ha sostenido que la autodeterminación sexual como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana implica un “*proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del*

⁴⁰ Desde la sociedad civil, la Organización Colombia Diversa explica que el término *trans* o transgénero “*se ha difundido como un término sombrilla para todas aquellas identidades que implican experiencias de tránsito en el género*”. Teniendo en consideración esta precisión, define de manera genérica a las personas transgénero o *trans* como aquellas que “*viven un género diferente del asignado al nacer, habiendo o no recurrido a cirugías y/u hormonas*”. Así mismo, indica que la mujer *trans* en particular es “*una persona que al nacer fue asignada al género masculino, y la cual se identifica en algún punto del espectro de la feminidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual*”. Por su parte, los hombres *trans* son personas que al nacer fueron asignados al género femenino y se identifican “*en algún punto del espectro de la masculinidad, cualquiera que sea su status transicional y legal, su expresión de género y su orientación sexual*”. En Colombia Diversa – Marina Bernal – (2010), ‘Provisión de servicios afirmativos de salud para las personas LGBT’, Bogotá: Colombia Diversa. Pg. 12.



Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, ‘que no causa daño a terceros’ y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia”. En este orden de ideas, ha concluido que el “Estado no puede interponer barrera alguna para que el individuo decida su desarrollo vital, su modo de ser y su condición sexual”⁴¹.

Así pues, la Corte Constitucional ha concedido la protección a personas *trans* que solicitan la realización del proceso de reafirmación sexual con base en los siguientes fundamentos:

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

⁴¹ Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



La Sala hace suyas estas consideraciones expuestas por la Corte Constitucional frente a la protección de los derechos fundamentales de personas trans y reitera la necesidad de que se salvaguarden sus derechos a través de los mecanismos legales y constitucionales procedentes.

7. Costas

Dado que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 4 de diciembre de 2014, en cuanto declaró la caducidad de la acción.

SEGUNDO: DENEGAR la totalidad de las súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO



Radicación: 660012331000200800153 01 (54.781)
Actor: CARLOS ANDRÉS GIRALDO CARDONA Y OTROS
Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA
Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – REPARACIÓN DIRECTA

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA