



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SETENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
(JUZGADO CINCUENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE TRANSITORIO – ACUERDO PCSJA 18-
11127)

Bogotá D.C., 23 de noviembre de 2021

Acción de tutela N° 2021-1214

Se decide la acción de tutela interpuesta por **DANIEL TOVAR AGUILAR** contra **FAMISANAR E.P.S.**, tramite en el cual se vinculó al Ministerio de Salud, Adres, Superintendencia Nacional de Salud, Fundación Hospital San Carlos, Fundación Hospital San Ignacio, Sociedad de Cirugía del Hospital San José, IPS Cafam calle 48, IPS Colsubsidio calle 63, Dr. David Vásquez, Dr. Juan Mateus a través de IPS Colsubsidio, Dr. Luis Conde a través de Famisanar EPS.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que, en salvaguarda de sus derechos, a la salud, la integridad, la libertad de expresión, la vida digna y a la identidad de género, los cuales considera vulnerados por la E.P.S. Famisanar, se ordene *i)* a Famisanar E.P.S. convocar comité médico multidisciplinario de disforia de género *ii)* ordenar el traslado a una entidad de la red Famisanar E.P.S que pueda prestar el servicio requerido *iii)* conminar a la encartada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en acciones presuntamente lesivas de los derechos fundamentales.

Como sustento de sus pretensiones adujo, en síntesis, que está afiliado en calidad de cotizante a la E.P.S. Famisanar en el régimen contributivo.

Manifiesta que actualmente se encuentra en el programa denominado “Disforia de Género”, en los hospitales San Carlos y San José, al cual fue incluido por autorización del médico especialista en la materia.

Posteriormente mediante correo electrónico de fecha 11 de marzo de 2021, fue notificado de la inclusión al programa arriba señalado en el Hospital San José, autorización que sin previo aviso le fue cancelada y en su lugar fue remitido a la sede Colsubsidio Calle 63 dónde seguido a la valoración respectiva, recibió orden médica para ser visto por Ginecología, Endocrinología y Psiquiatría.

En cumplimiento al inciso anterior, se dirigió a la cita de Ginecología el día 07 de julio de 2021, la cual no fue adelantada por indicación verbal del médico tratante, al informar que previamente debería ser valorado por Psiquiatría y Endocrinología.

Expone que el día 12 de Julio de 2021, asistió a la cita de Psiquiatría y debido a la respuesta presuntamente despectiva del médico tratante al insinuar que se encontraba en una situación de desorden mental, decidió retirarse del lugar.

El día 05 de agosto de 2021, fue valorado por el médico endocrinólogo Juan Mateus, quien le informó que el centro médico Colsubsidio no cuenta con los servicios requeridos para el programa al cual fue incluido “Disforia de Género”, por tanto, le indica que las sedes donde pueden brindarle los servicios solicitados son el Hospital San José y/o el Hospital San Ignacio.

Informa que ha realizado solicitudes por derecho de petición a la señalada E.P.S, con radicado 1219820 y Q1226198 de fecha 11 y 20 de agosto de 2021, y como respuesta fue remitido nuevamente con el mismo médico endocrino.

De igual manera elevó derecho de petición ante la Superintendencia Nacional de Salud con radicado 202131002541132, sin que a la fecha hubiese recibido respuesta alguna.

Finalmente manifiesta la accionante, que debido a la conducta presuntamente omisiva de la E.P.S, le han sido vulnerados los derechos alegados mediante la presente acción.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce el actor la violación de sus derechos fundamentales a la salud, la integridad, la libertad de expresión, la vida digna y a la identidad de género.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el 11 de noviembre de 2021 y notificada en debida forma a todos los intervinientes.

IV. CONTESTACIÓN A LA TUTELA

HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO: Argumenta que no está legitimada en la presente causa para referirse a los hechos descritos por el accionante, ni mucho menos para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas.

Manifiesta que sobre esa entidad no recae la responsabilidad por suministros, autorizaciones o insumos, ni tampoco la asignación de la IPS tratante, teniendo en cuenta que esa competencia está estrictamente en cabeza de la E.P.S, al tenor de lo que establece el Decreto 4747 de 2007 y la Ley 100 de 1993 en su artículo 185, máxime cuando los servicios que presta el Hospital San Ignacio frente a los pacientes que hagan parte de las entidades promotoras de salud, se realizan en razón a la existencia previa de un contrato de prestación de servicios médicos con la respectiva E.P.S.

Arguye entonces, que el Hospital San Ignacio no ha denegado o desconocido los derechos alegados por el actor dentro de la presente

acción, por cuanto, las pretensiones del aquí accionante recaen sobre la entidad Famisanar E.P.S.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: Indicó que de conformidad a la solicitud aducida por el accionante en su acápite de hechos de fecha 24 de agosto de 2021, radicado 202131002541132, corrió el respectivo traslado de la PQRD-21-0954476, a la entidad aseguradora a fin de que el usuario fuera debidamente informado, y en cumplimiento a las funciones de esa superintendencia conferidas a través del decreto 1080 de 2021 en su artículo 19, exhortó a la E.P.S Famisanar, a desplegar las acciones necesarias a efectos de agendar la cita con grupo multidisciplinario de “Disforia de Género”.

Finalmente solicita la desvinculación de esa delegatura frente a cualquier responsabilidad que se pueda indilgar dentro de la presente acción, teniendo en cuenta que la misma no se configura de una acción u omisión acaecida por esa entidad.

HOSPITAL SAN CARLOS: Indicó que, frente a los hechos y pretensiones esbozados por el accionante, no le constan, máxime cuando los mismos se ejecutaron fuera del alcance de su conocimiento.

Seguidamente aduce que a la fecha el usuario no ha sido registrado o atendido en las instalaciones del Hospital San Carlos, ni obra autorización por parte de la E.P.S, para suministrar el servicio solicitado.

Adicionalmente informa que el servicio de endocrinología no está ofertado en esa entidad, por tanto, no se pudiesen garantizar los servicios requeridos por el accionante para su diagnóstico.

Finalmente indica que el Hospital San Carlos no ha vulnerado los derechos deprecados por el actor y en su lugar solicita desvincular a esa entidad de la presente acción.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL: Indicó que no le constan los hechos aducidos por la accionante, por cuanto, esa entidad no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos, ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, *“solo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales”*.

Precisa que las otras entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera, sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones.

Se opone a todos y cada una de los hechos y pretensiones que integran la presente acción, por cuanto, ese ministerio se regla bajo las limitaciones constitucionales y legales establecidas, razón por la que considera estar frente a una falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de responsabilidad imputable aduciendo que esa entidad, no ha violado y/o amenazado los derechos invocados por la actora.

Finalmente solicita la exoneración de ese Ministerio frente a cualquier responsabilidad que se pueda indilgar dentro de la presente acción.

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

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, manifestó que no tiene legitimación para ser parte dentro de la presente acción, habida cuenta que, la asegurabilidad en temas de salud corresponde de forma privativa a la E.P.S. a la que actualmente se encuentre afiliada la accionante, quien además tiene la obligación de prestar la totalidad de los servicios de salud que la afiliada necesite.

Finalmente, solicita negar el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con esa entidad, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción.

SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ:

Señalo que a la fecha el usuario no ha sido registrado o atendido en las instalaciones de esa entidad, ni obra autorización por parte de la E.P.S, para suministrar el servicio solicitado.

Así mismo, puntualiza que, de conformidad con la normatividad vigente, es responsabilidad estricta de la E.P.S, a través de su red de servicios, brindar la atención médica a sus afiliados como establece la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y el decreto 1011 de 2006.

Informa que la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José, no integra la red prestadora de servicios de Famisanar E.P.S, por tanto, es la aseguradora de salud sobre quien recae la responsabilidad de garantizar los servicios solicitados por el actor.

IPS CAFAM: indicó que, de conformidad con la normatividad vigente, es responsabilidad estricta de la E.P.S, a través de su red de servicios, brindar la atención médica a sus afiliados como lo establece la Ley.

Adicionalmente señaló que el grupo multidisciplinario de disforia de género, es un servicio a cargo del asegurador en salud, y en ningún evento corresponde la prestación del mismo a la I.P.S Cafam, por tanto, no está dentro de sus competencias dirimir las presentes controversias generadas entre el actor y la E.P.S Famisanar.

Finalmente, aduce que esa entidad, no ha violado y/o amenazado los derechos invocados por el accionante, por tanto, solicita desvincular a Cafam I.P.S, de la presente acción.

FAMISANAR E.P.S: Indicó frente a los servicios requeridos por el accionante, se están realizando las gestiones administrativas con la I.P.S Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José, a fin de programar las especialidades del grupo que corresponden a Cirugía Plástica, Endocrinología y Psiquiatría.

Finalmente solicita se declare la improcedencia de la presente acción y en su lugar denegar las pretensiones dentro del actor.

Los demás vinculados permanecieron silentes frente al requerimiento efectuado por el Despacho.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86 constitucional, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde determinar i) si procede la acción de tutela contra particulares, ii) específicamente si es viable para resguardar el derecho a la salud, la integridad, la libertad de expresión, la vida digna y a la identidad de género y de ser el caso, iii) si es procedente, ordenar convocar comité médico multidisciplinario de disforia de género, ii) ordenar el traslado a una entidad de la red de servicios de Famisanar E.P.S que este en capacidad de suministrar el tratamiento requerido iii) y conminar a la encartada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en acciones presuntamente lesivas de los derechos fundamentales.

3. Caso concreto

El juzgado observa que el asunto sometido a su consideración tiene su origen en la no autorización de la cita para comité médico multidisciplinario de disforia de género y el traslado a una entidad de la red de servicios de Famisanar E.P.S que este en capacidad de suministrar el tratamiento requerido por parte del actor.

En virtud de lo anterior, se debe determinar si efectivamente la entidad accionada ha violado los derechos fundamentales del accionante, en razón a los hechos presentados en el escrito de tutela.

El artículo 86 de nuestra Carta Política enseña que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad.

Es un instrumento jurídico, que la Carta Política ha confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tiene dos características esenciales, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional: a- La de ser una acción subsidiaria, por cuanto solo es posible hacer uso de ella cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86 inc.3) b- La de ser una acción inmediata, toda vez que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del Derecho sujeto a violación o amenaza.

Su procedencia se condiciona, entre otros aspectos, a la inexistencia de otros mecanismos de defensa a través de los cuales sea posible la protección de tales derechos cuando estén siendo vulnerados o puestos en peligro, o que existiendo otro medio de defensa, se invoque como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, como para tal efecto lo señala el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 con la condición de que el afectado inicie la correspondiente acción en un máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela.

La acción de tutela no fue concebida para otorgarle un alcance inadecuado, pues no es un instrumento duplicador de las actuaciones judiciales o administrativas, ni un mecanismo creado para pretermitir o reemplazar las distintas instancias judiciales o administrativas. El propósito claro y definido no es otro que el de brindarle protección inmediata y subsidiaria a la persona, pues de lo contrario se introduciría inestabilidad e inseguridad en el régimen jurídico.

Descendiendo al estudio del caso *sub examine*, se tiene como principio constitucional esencial, tanto en el preámbulo constitucional como en sus artículos 1, 2, 5 y 13 el derecho a la igualdad, el cual reza ...” *[t]odas las personas (...) gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*” ... lo anterior debe analizarse en concordancia con los tratados internacionales de los que Colombia hace parte. Puntos de partida que fueron tenidos en cuenta por la H. Corte Constitucional.

Frente al derecho a la salud la H. Corte ha señalado mediante sentencia T-760 de 2008, ... *“Protección cuando la EPS, o la entidad del sector de salud encargada, no brinda la información, acompañamiento y seguimiento necesario para poder asegurar a la persona el acceso a un servicio de salud que requiere”* ...

En cuanto al derecho a la integridad se tiene que ... *“La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio psicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal -por acción o por omisión- vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad”* ...

El derecho a la libertad de expresión reconocido en nuestro artículo 20 superior reza ... *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y*

difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”

... “Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura” ...

Respecto del derecho a la vida digna se tiene que ...“En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados”

Ahora bien, sobre la identidad de género, el Alto Tribunal constitucional en sentencia T – 771 de 2013, expresó: “...El término transgénero constituye una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales basadas en las características físicas sexuales o el sexo que les fue asignado al nacer. El término es genérico toda vez que es empleado para describir una pluralidad de expresiones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, drag queens y drag kings. Así mismo, adoptó la noción de persona trans como la relativa a aquella “(...) que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital,

estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino” ...

Sobre el derecho a la identidad y dignidad de las personas transgénero indicó ... *“Las personas que solicitan atención médica especializada con el fin de adelantar un proceso quirúrgico para modificar sus cuerpos, expresan, viven y se identifican con un género e incluso un sexo determinado, independientemente de las características físicas sexuales y el género con los que se les designó al nacer. En este orden, la denominación de dicho proceso como “cambio de sexo” puede llevar a concluir que el género o sexo con el que se identifican y en el que construyen su vida no tiene existencia actual, lo cual entraría en abierta contradicción con la protección constitucional a su opción e identidad sexual y de género” ...*

Teniendo en cuenta lo antedicho, la accionante sostiene que la entidad convocada ha conculcado los derechos fundamentales de la agenciada, a la salud, la integridad, la libertad de expresión, la vida digna y a la identidad de género y al no autorizar el comité médico multidisciplinario de disforia de género y ordenar el traslado a una entidad de la red de servicios de Famisanar E.P.S que este en capacidad de suministrar el tratamiento requerido por el accionante, por parte de la E.P.S. Famisanar.

En relación a los servicios médicos requeridos, es preciso recalcar que el diagnóstico solicitado está orientado a abrir la posibilidad de acceder a los tratamientos necesarios en aras de alcanzar un mayor nivel de salud de las personas transgénero.

Frente a esto la H. Corte Constitucional ha manifestado que ... *“Los recientes cuestionamientos y modificaciones al interior del lenguaje médico constituyen una razón más para asegurar el derecho a la salud y a la identidad de las personas transgeneristas y transexuales en condiciones de no discriminación. De esta manera, la demanda de atención en salud apropiada implica que las opciones sexuales o de género diversas no sean estigmatizadas como desórdenes, enfermedades o anormalidades, y que el acceso a la salud integral de las personas que buscan su reafirmación sexual mediante cirugías de reasignación sexual no esté supeditado a este tipo de categorizaciones” ...*

Téngase en cuenta que la encartada manifiesta que actualmente se encuentra realizando las gestiones necesarias a fin de garantizar el servicio a través del comité médico multidisciplinario de disforia de género, sin que acompañe tal manifestación con prueba documental u otra que soporte lo esbozado.

Respecto a lo aludido por la accionada, advierte esta oficina judicial, que, mediante verificación realizada a través de comunicación telefónica entablada con el actor, no existe comunicado alguno por parte de Famisanar E.P.S, que permita establecer tal gestión.

Ante la inminente necesidad de velar por la garantía constitucional, es preciso considerar que Famisanar E.P.S., adelante los trámites orientados a posibilitar la valoración médica que analice y decida lo solicitado por el actor, a efectos de obtener los diagnósticos médicos necesarios a través del comité médico multidisciplinario de disforia de género.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR, los derechos fundamentales a la salud, la integridad, la libertad de expresión, la vida digna y a la identidad de género de **DANIEL TOVAR AGUILAR**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a Famisanar E.P.S, el traslado del accionante a una entidad de su red de servicios que cuente con las condiciones necesarias a efectos de adelantar las gestiones médicas requeridas.

TERCERO: En consecuencia **ORDENAR a FAMISANAR E.P.S.** que, a través de Representante Legal y/o quienes hagan sus veces en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la correspondiente notificación de esta providencia, realice y/o convoque un comité médico multidisciplinario de disforia de género, a efectos de que el actor obtenga los diagnósticos médicos necesarios, caso en el cual deberán emitir la correspondiente orden médica que así lo determine, indicando los términos y condiciones de la prestación del servicio. Del cumplimiento de lo anterior habrá de darse noticia oportuna a este despacho judicial, por el medio más expedito.

CUARTO: Notifíquese esta determinación a las partes informándoles que pueden impugnarla dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: En firme este fallo, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ROCÍO CECILIA CASTILLO MARIÑO
JUEZ