



Reasignación de sexo, entre la dignificación del individuo y el control del Estado. Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional bajo el lente de Paul B. Preciado

Doi: <https://doi.org/10.59514/2954-7261.3114>

Juan Felipe Parra Rosas. Abogado de la Universidad del Rosario con profundizaciones en Derechos Humanos y Derecho Constitucional de la misma universidad. Magister en Derecho y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes y la Universidad del Rosario. Asistente de investigación de la Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia. (jf.parra12@uniandes.edu.co) - Orcid (<https://orcid.org/0000-0001-7898-3535>).

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Parra Rosas, J. F. (2023). Reasignación de sexo, entre la dignificación del individuo y el control del Estado. Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional bajo el lente de Paul B. Preciado. *Revista Calarma*, 2(2), 101–117. <https://doi.org/10.59514/2954-7261.3114>

Declaración de autor

El autor declara que ha participado en todo el proceso científico de esta investigación, que incluye la conceptualización, metodología, redacción y edición. También declara que no tiene ningún conflicto de interés potencial con respecto a la autoría y publicación de este artículo.

Resumen

Este texto presenta las reglas jurisprudenciales para el acceso y garantía de los procesos quirúrgicos en la reasignación sexual construidas por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela proferidas desde el 2012 hasta el 2021. Estas son abordadas bajo el marco teórico del control y disciplinamiento construido por Paul Preciado en *Testo yonqui*. De esta manera, el lector encontrará un análisis de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en cirugías de reasignación de sexo, con especial énfasis analítico en su incidencia en el control de la decisión del sujeto mediante la interferencia del Estado a través de las subreglas creadas por el juez constitucional.

Palabras clave: jurisprudencia; Corte Constitucional; reasignación de sexo; disciplinamiento; control; trans.

Reassignment of Sex between the Dignity of the Individual and the Control of the State. A Look from the Jurisprudence of the Constitutional Court through the Lens of Paul B. Preciado

Abstract

This text presents the jurisprudential rules for access and guarantee of surgical processes in sexual reassignment built by the Constitutional Court in its guardianship sentences handed down from 2012 to 2021. These are addressed under the theoretical framework of control and discipline built by Paul Preciado in *Testo Junkie*. In this way, the reader will find an analysis of the jurisprudential line of the Constitutional Court in sex reassignment surgeries, with particular analytical emphasis on its incidence in the control of the subject's decision through State interference through the sub-rules created by the constitutional judge.

Key Word: jurisprudence; Constitutional Court; sex reassignment; discipline; control; trans.

Redesignação de sexo, entre a dignidade do indivíduo e o controle do Estado. Um olhar desde a jurisprudência do Tribunal Constitucional sob o lente de Paul B. Preciado

Resumo

Este texto apresenta as normas jurisprudenciais de acesso e garantia dos processos cirúrgicos de redesignação sexual construídas pelo Tribunal Constitucional em suas sentenças tutelares proferidas de 2012 a 2021. Estas são abordadas sob o referencial teórico do controle e disciplina construído por Paulo Preciado em *Testo junkie*. Desta forma, o leitor encontrará uma análise da linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional nas cirurgias de redesignação sexual, com especial destaque analítico para a sua incidência no controle da decisão do sujeito por interferência do Estado através das sub-regras criadas pelo juiz constitucional. Palavras chave: jurisprudência; Tribunal Constitucional; redesignação de sexo; disciplinar; ao controle; trans.

Introducción

La construcción identitaria del individuo es un proceso que parte de la intimidad del sujeto, de su relación con otros, su posición, percepción y vínculo con el mundo tangible y otra serie de factores en los cuales confluyen variables que terminan identificando quién es en un determinado periodo (Paredes, et al., 2013). De esta manera, como lo afirma Judith Butler, las implicaciones del significado de ser o no ser parten por comprender el lugar que ocupa el no ser dentro del campo del ser; es decir, “qué significa vivir, respirar, intentar amar como un ser que no es ni totalmente negado ni totalmente reconocido como tal” (Butler y Soley, 2013).

Esta relación tan humana en la construcción del sujeto se da con mayor fuerza cuando se escapa de las estructuras sociales de disciplinamiento, como lo es el género o el sexo (Sánchez, 2015). Como lo muestra Foucault (1985) en *Un misterioso hermafrodita del siglo XIX, Herculine Barbin*, las personas que no encajan en los ideales comunes y mayoritarios de la clasificación de hombre o mujer están sometidos a un tortuoso camino de discriminación y control por el Estado, en el cual, como fue el caso de Herculine, la muerte parece ser una salida.

Precisamente, este texto busca estudiar en la actualidad cómo el Estado colombiano regla el procedimiento de reasignación de sexo, el cual es necesario para afianzar la identidad de los sujetos en el tránsito de un sexo a otro. Para lograr este propósito, el texto se concentrará en presentar la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana que, como en muchos asuntos, ha sido la encargada de crear las reglas sobre las cuales se accede y se realizan los procedimientos de reasignación de sexo en el país. Posteriormente, el texto presentará un análisis desde los lentes teóricos de Paul Preciado¹ para identificar cómo las reglas de la Corte pueden ser vistas como parte del tecnocapitalismo avanzado, ya que pueden ser identificadas como “nuevos dispositivos microprostéticos de control de la subjetividad con nuevas plataformas técnicas biomoleculares y mediáticas” (Preciado, 2020).

Además, este texto pretende mostrar, mediante la metodología de análisis jurisprudencial para la identificación de las reglas y fallos de la Corte en la materia y el contraste epistemológico con las ideas de Paul Preciado, que el derecho constitucional produce un discurso de control

¹ Es filósofo, comisario de arte y escritor español, considerado uno de los pensadores contemporáneos más influyentes por su trabajo sobre las políticas del cuerpo, el género y la sexualidad. Sus textos son un referente para los análisis sociales de los efectos que tienen los dispositivos de poder (como el derecho) en la construcción de la identidad del sujeto.

que se articula con la producción capitalista de la subjetivación sexual de los sujetos, en la que el sexo entra a formar parte de los cálculos del poder a través de los discursos sobre la masculinidad y la feminidad. De esta forma, el texto llega a la conclusión de que las técnicas de normalización de las identidades sexuales, como lo es la cirugía de reasignación de sexo, se transforman en agentes de control y modelización de la vida por medio de todo el entramado regulatorio creado por el derecho.

Por tanto, propongo al lector la siguiente estructura del abordaje temático. En primera medida presentaré la metodología utilizada. Seguidamente expondré el análisis dogmático de los fallos y las reglas jurisprudenciales creadas por la Corte en los casos de la cirugía de reasignación de sexo. Luego, presentaré cómo esas reglas creadas pueden ser vistas dentro de los conceptos de tecnocapitalismo y disciplinamiento del sujeto, siendo manifestaciones de poder y control del Estado a la identidad de cada uno de los sujetos. Por último, expondré una reflexión final al respecto.

Metodología: un análisis de las reglas jurisprudenciales en los procesos de reasignación sexual

Para comenzar es importante tener claridad a qué me refiero con análisis jurisprudencial, como lo propongo en este texto. El análisis de sentencias es un mecanismo investigativo que clasifica, interpreta, teoriza y evalúa los fallos judiciales producidos por los órganos facultados para dirimir conflictos en los Estados. Siendo así, este mecanismo indaga sobre los puntos centrales y álgidos del raciocinio judicial, más aún cuando tiene un efecto distributivo al momento de conceder, crear o conceptualizar derechos. Ahora bien, el análisis no es estático y no existe un molde único para abordar los contenidos y efectos de las sentencias, pues da libertad al investigador de emplear el enfoque y el encuadre metodológico que le sea más útil (Coral, 2012).

En ese sentido, este texto busca realizar un análisis convergente de las sentencias de reasignación de sexo proferidas por la Corte Constitucional Colombiana entre 2012 y 2021. En un primer lugar, siguiendo a Diego López (2000), este escrito identifica las reglas y subreglas vigentes creadas para los procesos de reasignación de sexo por parte de la Corte Constitucional. En este nivel de análisis se presentará el desarrollo de esta línea jurisprudencial, buscando dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles son las condiciones que deben existir para que se garantice el procedimiento de reasignación de sexo?

La segunda línea metodológica trazada para analizar estos fallos se fundamenta en el análisis de los argumentos utilizados por la Corte Constitucional a la luz del marco teórico de Paul B. Preciado. Lo que me interesa de manera particular es mostrar cómo la decisión judicial es susceptible de ser analizada partiendo de las ideas políticas, económicas o filosóficas de los operadores judiciales. Es decir, que en este segundo nivel de análisis tomo las sentencias como un lugar privilegiado en donde, partiendo de un marco teórico, puedo rastrear las concepciones o ideas que se tienen referente, en este caso particular, a la construcción identitaria del género y del sexo. Esta metodología es aún más útil cuando se está frente a sentencias que ofrecen soluciones a casos difíciles, en los que los jueces desplegaron todo un arsenal y estrategia argumentativa para fundamentar la solución dada (González, 2021).

A continuación, presentaré un análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional relacionadas con casos en los que se discutía la garantía de los procedimientos de reasignación de sexo. Cabe señalar que este análisis es mucho más específico que el presentado por Olga Lucía Cancho (2016) en el artículo un *Análisis terapéutico de precedentes: un estudio de la intersexualidad a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional* y la tesis doctoral de Richard Tamayo (2020), puesto que estos textos presentan un análisis general de los fallos en lo relacionado con intersexualidad e identidad de género; mientras que éste se enfoca únicamente en los procedimientos de asignación de sexo.

La Corte Constitucional y las reglas en los procesos de reasignación sexual y de afirmación de género de las personas transgénero. Una mirada desde la jurisprudencia

La Corte Constitucional, guardiana de la constitución y los derechos fundamentales de los sujetos en el Estado colombiano, se ha encargado de regular el procedimiento de reasignación de sexo, el cual se encontraba en un vacío regulatorio, siendo este vacío aprovechado por las Entidades Promotoras de Salud para “ponerles” trabas a los usuarios del sistema que buscaban la reasignación de sexo, arguyendo altos costos que estas cirugías podrían acarrear y su no inclusión en el Plan de Beneficios en Salud. Las reglas existentes que regulan el acceso y garantía de las cirugías de reasignación de sexo parten de distintos casos de tutela que estudió la Corte entre 2012 y 2021, en los que personas en el tránsito de un sexo a otro han tenido que acudir para enfrentar la burocracia del sistema de salud que se niega a garantizarles esta cirugía crucial para afianzar su construcción identitaria.

Dentro de ese panorama, la historia jurisprudencial respecto al derecho de las personas transgénero a acceder a los servicios de salud que los médicos especialistas les prescriben para afirmar su identidad sexual y de género, comienza en el 2012. En la sentencia T-876 de

ese año la Corte se enfrentó al caso de un hombre transgénero que contaba con una orden médica para la reconstrucción micro quirúrgica, con colgado antebraquial radial, más injerto de costilla y manejo mamario con liposucción. Pese a que existía una orden del médico tratante, la Entidad Prestadora de Salud se negó a realizar dicha cirugía argumentando que ésta no se encontraba dentro del Plan Obligatorio de Salud- Subsidiado (antes de la Ley 1751 de 2015).

En esta ocasión la Corte amparó el derecho a la salud y la vida digna con fundamento en que el derecho a la salud de las personas trans exige un cuidado apropiado y oportuno que respete sus identidades diversas y les dé acceso a la prestación de salud que requieran para lograr su bienestar, atando dicha garantía a los términos señalados por el médico tratante. Textualmente la Corte dispuso en su fallo que:

Los galenos tratantes han considerado que el medio idóneo para que el joven tenga una calidad de vida en condiciones dignas, es realizarle la cirugía de cambio de sexo. En consecuencia, encuentra la Sala que con dicho procedimiento se lograría el aludido estado de bienestar psíquico, físico y social, que ha anotado la jurisprudencia de este tribunal constitucional. Adicionalmente, la falta de correspondencia entre la identidad mental del accionante y su fisionomía podría conllevar a una vulneración a su dignidad en el entendido de que no le es posible bajo esa circunstancia vivir de una manera acorde a su proyecto de vida (Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 29 de octubre de 2012. MP. Nilson Pinilla).

Ese mismo año, pero en la sentencia T-918 de 2012, la Corte estudió la negativa de una Entidad Promotora de Salud (EPS)² a la realización de las cirugías para la afirmación sexual de una mujer trans, argumentando que las cirugías eran estéticas y no existía ningún riesgo para su vida y salud. Particularmente en este caso existía una orden del médico tratante, la cual prescribía la necesidad de hacer una penectomía total, orquidectomía bilateral simple y vaginoplastia. La Corte decidió amparar los derechos de la accionante reiterando el principio de integralidad en el derecho a la salud, según el cual

La atención de los usuarios, cuyo estado de salud afecte su integridad o su vida en condiciones dignas, debe comprender todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como

² Son las entidades responsables de la afiliación, y registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones al sistema de salud colombiano por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.

necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones (Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 8 de noviembre de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

Lo interesante de este caso es que los magistrados encontraron que los procedimientos ordenados estaban incluidos de manera explícita en el POS (Plan Obligatorio de Salud), por lo que el problema de la financiación no existía. Es decir, que los argumentos economicistas presentados por las Entidades Promotoras de Salud carecían de un fundamento real, mostrando, a su vez, un desconocimiento estructural relativo a la normativa o una discriminación estructural que salió a la luz a través de estos litigios.

Además, la Corte hizo un llamado de atención, al advertir que:

Las empresas promotoras de salud vulneran el derecho a gozar el nivel más alto de salud de las personas trans cuando se niegan a brindarles atención médica, a pesar de que existe una prescripción por parte del galeno tratante, bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo (...) Así las cosas, se tiene que la parte accionada debió acceder y tramitar la prestación de esos servicios desde el momento que fueron solicitados (Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 8 de noviembre de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

Al año siguiente, la Corte abordó dos casos en la sentencia T-552 de 2013. El primero era de una mujer transgénero que presentó una petición ante su EPS en la que solicitó la autorización de la cirugía de reasignación de sexo, sin que se hubiesen expedido órdenes médicas. Y el segundo caso involucró a un joven transgénero, menor de edad, cuyo médico tratante ordenó tres intervenciones quirúrgicas: mastectomía, histerectomía, ooforectomía, suplemento hormonal masculino y reconstrucción de pene, uretra y escroto. Siendo negados por la EPS quien señaló que el médico tratante debía justificar dichos procedimientos médicos.

Dentro del primer caso, se evidencia el complejo entramado que la Corte Constitucional creó para garantizar el derecho de las personas trans para tener acceso a la cirugía de reasignación de sexo. Por ejemplo, la Corte ordenó a la EPS conformar un grupo interdisciplinario para que evaluara a la accionante y ordenó, además, que ese grupo de profesionales estudiara la pertinencia de suministrar hormonas femeninas a la accionante dejando su decisión atada a un entramado normativo y burocrático.

Ese mismo año en la sentencia T-771 de 2013, se examinó el caso de una mujer transgénero a quien le negaron la realización de la mamoplastia de aumento ordenada por su médico tratante.

Nuevamente la negativa tuvo como fundamento el argumento de que el procedimiento no estaba en el POS y la vida y salud de la accionante no estaban frente a un riesgo inminente. En ese caso la Corte concluyó que la mamoplastia de aumento no tenía una finalidad estética, aclarando que:

La mamoplastia de aumento en situaciones como a la que se enfrenta esta Sala tiene un carácter funcional, al ser un medio para reafirmar la feminidad de la accionante, elemento esencial de su identidad y condición para garantizar su derecho a la salud en el sentido integral del mismo (Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 7 de noviembre de 2013. MP. María Victoria Calle Correa).

Más recientemente, la Corte volvió a abordar el tema en las sentencias T-421 de 2020 y T-231 de 2021³. En la primera, tras verificar la prescripción emitida por la junta multidisciplinaria en la que ordenó una serie de procedimientos médicos, incluidos en el Plan de Beneficios en Salud y con cargo a la Unidad de pago por capitación para una persona transgénero, la Corte fue enfática en que “no existe un paquete único y estandarizado para el proceso de afirmación de la identidad sexual y de género de las personas trans, sino que en cada caso los médicos especializados son quienes deciden cuál es el plan de manejo adecuado” (Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 28 de septiembre de 2020. MP. Cristina Pardo Schlesinger). También es enfática en señalar que el médico tratante tiene el conocimiento especializado para establecer el procedimiento apropiado para la persona que se encuentra en este proceso de transición, sin que exista un estándar o fórmula única.

Por último, en la sentencia T-231 de 2021, la Corte se refiere al caso de una mujer cuya EPS no le había permitido realizar los procedimientos quirúrgicos pertinentes para la reasignación de sexo, al considerar que el servicio solicitado se encontraba excluido de la Resolución 244 de 2019 y no fue ordenado de forma explícita en un fallo de tutela precedente. Frente a este caso, la Corte tutela el derecho de la accionante señalando que:

Para que las personas transgénero puedan acceder a un procedimiento quirúrgico de reafirmación de identidad sexual y de género, a través del sistema de salud, es necesario que sean valoradas por su médico tratante, que para el efecto es la junta médico multidisciplinaria que se compone para hacer la valoración y seguimiento en cada caso concreto, a fin de que estos especialistas ordenen, con base en la mejor experiencia médica disponible y en la historia clínica del usuario interesado, los procedimientos que

³ Se excluye la sentencia T- 236 de 2020, ya que la Corte no entra a abordar los hechos en concreto, declarando la carencia actual de objeto.

necesita la persona de acuerdo con su idoneidad física y mental, y sin poner en riesgo su integridad (Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 19 de julio de 2021. MP. Alejandro Linares Cantillo).

Como puede observar el lector, las sentencias de la Corte Constitucional han creado un entramado normativo que puede ser visto como reglas estandarizadas para proteger los derechos de las personas que quieren afianzar su identidad mediante procedimientos quirúrgicos o, en contraposición, como reglas que limitan la decisión de los sujetos para hacerlo, al atarlos a procedimientos engorrosos que en muchas ocasiones posibilitan la negativa de las Entidades Promotoras de Salud. Además, es interesante el comportamiento que tienen estas entidades, las cuales, en los procesos de tutela, escudan su negativa en procedimientos administrativos o formalidades inexistentes, y prefieren llevar este tipo de disputas a la jurisdicción antes de concederlas en el momento en el que el usuario del sistema solicita este procedimiento médico. De alguna manera la existencia de estas sentencias, de los casos que se resuelven y la reiteración de la Corte Constitucional, muestran las dificultades que afrontan muchas personas deseosas de acceder a este tipo de servicios en el sistema de salud, dejando fuera del radar las problemáticas de aquellas personas que no tienen siquiera la posibilidad de accionar.

Cuáles son las reglas consolidadas para la Corte en los casos de reasignación sexual y de afirmación de género de las personas transgénero

Ahora bien, dentro de todo el entramado de sentencias existentes hasta enero de 2022, la Corte ha creado varias subreglas que de alguna manera son el marco de acción que limita y a su vez garantiza la decisión de una persona trans de realizar la cirugía de reasignación de sexo. Esto evidencia cómo, desde el lenguaje de los derechos, los operadores jurídicos crean procedimientos que, si bien garantizan los derechos fundamentales de los accionantes, imponen, al mismo tiempo, lineamientos que limitan la autonomía de los sujetos de desarrollar su intimidad. Para ser más claro, las reglas creadas por la Corte en los casos de tutela de reasignación de sexo permitieron que los sujetos accionantes tuvieran, en todos los casos, un fallo favorable. Sin embargo, reglan la decisión libre de una persona de elegir qué identidad quiere asumir en su vida, reafirmando con una cirugía.

Verbigracia, la Corte Constitucional es clara en señalar que, para que una persona trans pueda acceder al procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo a través del sistema de salud, se debe acreditar que: i) debe estar vinculada al sistema de salud; ii) fue valorada por un médico tratante y una junta médica multidisciplinaria que valoró su caso y le hizo seguimiento; y iii) el grupo de especialistas antes mencionados son los que ordenarán, con base en la mejor

experiencia médica disponible y en la historia clínica de la persona, los procedimientos que necesita la persona de acuerdo con su idoneidad física y mental.

Pues bien, la Corte, en las reglas para la operatividad de la cirugía de reasignación de sexo, ata su materialización y garantía por parte del Estado Colombiano no a la decisión libre del sujeto de reafirmar su identidad, sino a los conceptos técnicos de la junta médica que evalúa la idoneidad física y mental del paciente que quiere tomar dicha decisión, restándole agencia, y constituyéndose en lo que, desde una corriente estructuralista, se podría denominar como un mecanismo de control mediante un procedimiento que domina la decisión de un sujeto al poder de la estructura del sexo y género.

Además, la Corte ha reseñado como un inamovible que exista una decisión médica para realizar el tránsito de sexo, aun en tratamientos únicamente hormonales y no quirúrgicos, extrayendo de la voluntad de los sujetos algo de lo más íntimo como lo es la construcción de su identidad de género. Por ejemplo, la Corte es clara en manifestar que en estos casos se requiere una orden médica de un médico perteneciente a la EPS del paciente. Sin embargo, cabe señalar que excepcionalmente son vinculantes las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la EPS en la que se encuentra afiliado el usuario. Así, la Corte Constitucional ha establecido unas subreglas para que en este supuesto de hecho se proteja igualmente la decisión del sujeto de reafirmar su identidad mediante un procedimiento quirúrgico, las cuales consisten en que:

(i) la EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica; (ii) los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio; (iii) el paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS y (iv) la EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como ‘tratantes’, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados. De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado también puede darse como [consecuencia] del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS (Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 19 de julio de 2021. MP. Alejandro Linares Cantillo).

De hecho, el poder decisorio de los médicos sobre el paciente en los casos en los que se estudia una posible cirugía de reasignación de sexo es de tal magnitud por las reglas de la

Corte Constitucional, que es claro que la garantía de la identidad del sujeto no está en sus manos, sino en los procedimientos médicos y psicológicos que ordene el médico tratante. La Corte señala en una de sus sentencias que sólo “el médico tratante [es] quien tiene el conocimiento especializado para establecer el procedimiento apropiado para la persona que se encuentra en este proceso de transición” (Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 28 de septiembre de 2020. MP. Cristina Pardo Schlesinger).

Por último, es importante reseñar como las Entidades Promotoras de Salud en todas las acciones de tutela presentaron argumentos relacionados con la exclusión de este tipo de tratamiento del Plan de Beneficios en Salud (PBS) o el anterior Plan Obligatorio de Salud, sopesando la garantía del sujeto de su construcción identitaria a los gastos en los que incurrirían si autorizaban los tratamientos. Esta postura ignoró ampliamente la jurisprudencia constitucional que había reconocido en múltiples ocasiones que es posible acceder a los servicios de salud excluidos en el PBS, siempre que se cumplan las reglas jurisprudenciales de la sentencia C-313 de 2014, que dispone:

(i) que la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente”; (ii) “que no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario”; (iii) “que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, y (iv) “que el servicio o tecnología en salud excluido del plan de beneficios haya sido ordenado por el médico tratante (Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Si bien en todos los casos parece un común denominador que la negativa de las Entidades Promotoras de Salud, fundamentándose en la exclusión de estos tratamientos del PBS, fue contrarrestada por la Corte amparándose en tanto que los fines de estas operaciones quirúrgicas no tienen como principal uso el estético, pues buscan reafirmar la identidad de sexual y de género de las personas. Así, el argumento de las EPS fue perdiendo peso y dejado atrás, debido, además, a que en el año 2015 se realizó la actualización del Plan de Beneficios en Salud, y mediante la Resolución 5592 de ese año se incluyó diferentes medicamentos, suministros y cirugías para la transición de un sexo a otro, incluyendo la testosterona en todas sus presentaciones, prácticas quirúrgicas que involucran procedimientos de reasignación sexual no clasificados bajo otro concepto, ooforectomía bilateral, salpingectomía bilateral, histerectomía total abdominal y radical, implantes escrotales y mastectomía total y los

laboratorios control para la garantía de procesos de tránsito y la prevención de efectos adversos.

Un análisis desde el lente teórico de Paul Preciado

“Se registran aquí tanto las micromutaciones fisiológicas y políticas provocadas por la testosterona. en el cuerpo de B. P. como las modificaciones teóricas y físicas suscitadas en ese cuerpo por la pérdida, el deseo, la exaltación, el fracaso o la renuncia” (Preciado, 2020).

En este acápite presento un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con las cirugías de reasignación de sexo expuesto anteriormente desde el lente teórico de Paul B. Preciado. Particularmente me gustaría tener como marco analítico su texto “Testo yonqui” (Preciado, 2020) y los conceptos de tecnocapitalismo y técnicas farmacopornográficas que el autor acuña. Dentro de estos conceptos me gustaría plantear que las reglas creadas por la Corte Constitucional son una intromisión del derecho a la decisión identitaria del individuo de manejar su subjetividad y estructurar su plan de vida de manera autónoma. Esto es importante por dos razones. La primera tiene que ver con la idea de que estas reglas contribuyen a que dentro de la transición entre dos identidades exista un control de un régimen de disciplinamiento del sexo- género y la segunda, no menos importante, muestra cómo la decisión del sujeto relacionada con su identidad sexual y de género debe verse expuesta a la aprobación de terceros.

A pesar de que Preciado presenta múltiples compromisos políticos y teóricos en su libro, es claro que tiene como tesis transversal que la ciencia, particularmente la industria del sexo (compuesta tanto por la industria pornográfica como la farmacéutica), ha tenido un papel fundamental en el control de la identidad de los sujetos, pero también ha jugado un rol esencial en la posibilidad de resistir a las categorías impuestas por la gubernamentalidad. En ese sentido, la cirugía de reasignación de sexo les ha permitido a los sujetos moldear su identidad sobrepasando los límites impuestos desde la concepción biologicista binaria del sexo. Sin embargo, para que la cirugía se produzca debe hacerse bajo unos lineamientos impuestos por la misma gubernamentalidad que se materializan en las reglas de la Corte Constitucional.

De esta forma, podemos indicar que las reglas impuestas por la Corte se articulan en lo que se podría decir un mecanismo del “tecnocapitalismo”, puesto que la identidad de los sujetos es objeto de gestión política, imponiendo unos requisitos desde la jurisprudencia para poder acceder a este procedimiento. Como lo afirma Preciado, su caso es privilegiado

porque él pudo acceder sin inconvenientes a la testosterona líquida en Francia sin pasar por evaluaciones médicas, debido a que contaba con el capital necesario para costearlo. Esto se aleja, como lo señala el autor, de la realidad de miles de personas que deben ceder parte de su libertad para acceder a los tratamientos o procedimientos necesarios para afianzar su identidad, como es el caso de la cirugía de reasignación de sexo⁴. Por lo tanto, los sujetos terminan orbitando alrededor de las reglas creadas por la Corte Constitucional, cediendo su libertad y poniendo en manos de un tercero (la junta interdisciplinaria) la posibilidad de afianzar su construcción identitaria.

Otro punto que se ha de tratar relacionado con la construcción de la Corte alrededor de las reglas que ha creado en la materia, es su calidad de prueba. Definitivamente las reglas que surgen para proteger y garantizar los derechos de las personas trans en su transición son muestra de que el género se ha vuelto un mecanismo de producción y significación de los sujetos, que responde a una construcción sociocultural que se traslada a los dispositivos gubernamentales e institucionales de control.

El género se presenta “no como una esencia o una verdad psicológica, sino como una práctica discursiva y corporal performativa a través de la cual el sujeto adquiere inteligibilidad social y reconocimiento político” (Preciado, 2020). De esta manera, partiendo de la idea que desarrolla el autor, estas reglas jurisprudenciales pueden mostrar cómo a las personas trans se les quita parte de su capacidad decisoria, sin embargo, se les permite contar con un canal reglado que pueden utilizar estratégicamente para evadir la negligencia de las Entidades Promotoras de Salud. Lo interesante en este punto es que, si bien se cede parte de la libertad al poner la garantía y acceso a los tratamientos y procedimientos necesarios para la reasignación de sexo en cabeza de un tercero, el sujeto puede hacer uso de esas reglas construidas inicialmente para imponer un lineamiento y controlar la transición para luchar contra la “arbitrariedad” del sistema de salud en virtud de una negativa.

En pocas palabras, desde la óptica de Preciado puede encontrarse que si bien las reglas son materialmente dispositivos de control a la transición y restringe el grado de libertad de los sujetos que buscan acceder a la reasignación de sexo, también cuentan con un espacio para

⁴ Al respecto, el autor señala que: “Algunos toman hormonas siguiendo un protocolo de cambio de sexo, otros se administran hormonas y trafican con ellas sin esperar un cambio de sexo legal y sin pasar por un protocolo psiquiátrico, sin identificarse como «disfóricos de género». Estos últimos se llaman a sí mismos «piratas del género», *gender hackers*. Yo pertenezco a este grupo de usuarios de la testosterona. Somos usuarios copyleft: es decir, consideramos las hormonas sexuales como biocódigos libres y abiertos cuyo uso no debe estar ni regulado por el Estado ni confiscado por las compañías farmacéuticas” (Preciado, 2020).

que los sujetos las usen de manera estratégica. Si bien un tercero (el médico tratante y la junta interdisciplinaria) termina tomando la decisión de si se autorizan o no los procedimientos, los sujetos pueden usar estas reglas para sus beneficios, pues es evidente en las sentencias estudiadas que utilizando las mismas reglas que actúan como dispositivos de control pueden ejercer presión y hacer que las EPS se vean obligadas a realizar la cirugía. De esta manera, este estudio de jurisprudencia, desde la lectura y los marcos analíticos de Preciado, nos muestra cómo existe un espacio en el que los sujetos pueden utilizar los resultados de la ciencia para autodeterminar su identidad y resistir a los moldes impuestos por la sociedad, inclusive apropiándose de las reglas que en teoría buscan controlar la transición.

Comentario final

Digámoslo cuanto antes: este nuevo modelo no se caracteriza simplemente por la transformación del sexo en objeto de gestión política de la vida, sino, y sobre todo, por el hecho de que esta gestión se opera a través de las nuevas dinámicas del tecnocapitalismo avanzado (Preciado, 2020).

Es llamativo cómo la jurisprudencia relacionada con el proceso de reasignación sexual y de afirmación de género de las personas transgénero tiene una dicotomía intrínseca. Por un lado, la Corte busca crear unas reglas claras para que se surta un procedimiento, en el que las Entidades Promotoras de Salud deban garantizar el derecho a la salud de las personas trans y en este sentido garanticen la cirugía y tratamientos conexos a la reasignación sexual dentro del Plan de Beneficios en Salud. Pero, por otro lado, esos requisitos les quitan agencia a los sujetos de decidir libremente sobre su identidad, ya que pone en cabeza de un tercero la decisión de autorizar o no la intervención quirúrgica, dándole el poder de calificar la idoneidad mental y física de la persona en tránsito.

Así, se despoja al usuario de la salud de la facultad de decidir por sí mismo sobre su plan de vida y los procedimientos necesarios para desarrollar plena y libremente su identidad, pues es el Estado, a través del difícil entramado administrativo de las EPS y las reglas judiciales construidas, el agente que sigue leyendo al individuo bajo los parámetros con los que quiere moldear una identidad estandarizada y normalizada. He allí la utilidad de analizar este tipo de decisiones judiciales y fenómenos a partir de los lentes de Paul Preciado, en donde las nociones de control y disciplinamiento, como mecanismos de poder para estandarizar las identidades de los sujetos y nombrarlas en el entramado normativo, saltan a la luz en el caso de las cirugías de reasignación sexual.

Finalmente, las reglas creadas por la Corte Constitucional se consolidan como parte de verdaderos esquemas de control y disciplinamiento de la transición, por lo que es factible decir que son la manifestación del derecho en lo que Preciado denomina tecnocapitalismo. Ahora bien, esto no quiere decir que el sujeto no pueda resistir a estos controles o pueda usar estas reglas a su favor, como sucedió en los casos estudiados. Sin embargo, quedan varias preguntas sobre la mesa vinculadas con la idoneidad y razonabilidad de que la decisión deba ser avalada por el médico tratante y una junta médica interdisciplinaria, y qué grado de agencia se le está dando al sujeto en este tipo de decisiones que siguen siendo fuertemente regladas por el derecho.

Bibliografía:

- Butler, J., & Soley-Beltrán, P. (2013). Hacerle justicia a alguien: la reasignación de sexo y las alegorías de la transexualidad. *Debate Feminista*, 47, 3-21.
- Camacho Gutiérrez, O. L. (2016). Análisis terapéutico de precedentes: un estudio de la intersexualidad a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. *Precedente*, 9.
- Coral-Díaz, A. M. (2012). ¿Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja? *Opinión jurídica*, 11(22), 17-30.
- Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 19 de julio de 2021. MP. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 28 de septiembre de 2020. MP. Cristina Pardo Schlesinger.
- Corte Constitucional. Sentencia T-771 de 7 de noviembre de 2013. MP. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 29 de octubre de 2012. MP. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 8 de noviembre de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

Foucault, M. (1985). *Herculine Barbin, llamada Alexina B.* Revolución.

Gonzales, J. (2021). El análisis jurisprudencial: más allá del precedente judicial en E. Lozano y A. Barreto *Metodologías de investigación jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*, (ed., 179-199). Uniandes.

López, D. (2000). *La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes en El derecho de los jueces*, Legis.

López, N. P., Higuero, L. Q., Pacheco, R. S., y Soler, I. S. (2013). Factores que influyen en la decisión de las personas transexuales de someterse a la cirugía de reasignación sexual. *Revista de Fundamentos de Psicología*, 5(1), 37.

Preciado, P. (2020). *Testo yonqui*. Vol. 542. Anagrama.

Sánchez J. P. (2015). Herculine Barbin, un hermafrodita descrito por Michel Foucault/ Herculine Barbin, a hermaphrodite described by Michel Foucault. *RIDE Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, 6(11), 840-854.

Tamayo, R. (2020). Recrear el sexo: Construcción discursiva del sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (1993-2019) *Tesis, Doctor en Derecho, Universidad del Rosario*.

*General. Ciencias sociales y
humanas*