

CAUSA Nº 43632-E CCALP “MARECO ZOHE CAMILA ALEJANDRA C/ INSTITUTO DE OBRA MEDICO ASISTENCIAL (IOMA) S/ AMPARO”

En la ciudad de La Plata, a los once días del mes de Julio del 2024 reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa “MARECO ZOHE CAMILA ALEJANDRA C/ INSTITUTO DE OBRA MEDICO ASISTENCIAL (IOMA) S/ AMPARO”, en trámite ante el Juzgado de Familia n° 2 del Departamento Judicial La Plata (expte. Nº LP-61293-2023), con arreglo al sorteo de ley, deberá observarse el siguiente orden de votación: Señores Jueces Dres. Claudia Angélica Matilde Milanta, Gustavo Juan De Santis y Gustavo Daniel Spacarotel.

ANTECEDENTES:

I.- Contra la sentencia que rechaza la acción de amparo, se alza la parte actora e interpone recurso de apelación (v. presentación de fecha 27 de mayo de 2024).

II. Remitida la causa al Tribunal y hallándose en estado de resolver, corresponde plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN:

¿Es admisible y, en su caso, fundado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de grado? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN:

A la cuestión planteada, la Dra. Milanta dijo:

I.- A salvo la admisibilidad del recurso por haber sido deducido en tiempo y forma, ante el Tribunal competente para intervenir en segunda instancia (conf. art. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 3, 16, 17 y 17 bis, ley 13.928, con modif. de la ley 14.192; v. recurso y contest. del memorial de agravios), corresponde analizar y resolver lo atinente a su procedencia sustancial.

II.- 1. La presente acción de amparo es entablada por la parte actora, Zohe Camila Alejandra Mareco, contra el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires (IOMA) con el objeto que otorgue cobertura y autorización de una lipotransferencia glútea y trocantérea que le fuera prescripta por su médica tratante para adaptar sus caracteres masculinos a la imagen femenina con la que se autopercebe de acuerdo con los derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género (Ley Nº 26.743).

Manifiesta que es afiliada a IOMA y que la demandada ha rechazado lo peticionado.

Aduce que dichas intervenciones complementan el proceso de feminización que se encuentra transitando, conforme el cual ya le han realizado en la primeras etapas un implante mamario y una orquiectomía, ambos con la cobertura de la demandada (ver punto “VI. Objeto” de la demanda).

2. Mediante el pronunciamiento de grado, el *juez* resolvió rechazar la acción de amparo interpuesta.

Para así decidir, una vez expuestos los antecedentes del caso, los requisitos de procedencia y la normativa aplicable sostuvo que no encontraba en autos elementos que permitieran otorgar la prestación que se solicita.

Ello así, luego de considerar que el programa médico obligatorio establece en forma expresa que los agentes del seguro de salud se encuentran obligados a brindar exclusivamente las especialidades reconocidas por la autoridad sanitaria nacional, entre las cuales incluye a la cirugía plástica reparadora pero excluye a las cirugías estéticas (Resolución 201/02 del Ministerio de Salud , Anexo I ap 2.1).

Luego, ponderó la prueba pericial rendida en autos donde se describió a la práctica como un complemento estético.

Con estos argumentos entendió que no se verificaba por parte de la demandada una conducta que merezca reproche alguno al rechazar la prestación por no encontrarse dentro de las establecidas en la ley 26.743, y alcanzó alcanzando así la decisión ya consignada.

Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios.

III.- Contra el pronunciamiento de grado se alza la parte actora e interpone recurso de apelación (ver presentación de fecha 27-V-24.) expresando agravios que, en lo sustancial, se reseñan seguidamente.

Esgrime que la sentencia de grado no se ajusta a los parámetros legales que nuestro ordenamiento jurídico tutela en el marco del derecho a la salud e identidad de género.

Considera que se realiza una interpretación sesgada de lo peticionado y del derecho cuya vulneración se denuncia con la actitud de la demandada.

Entiende que la intervención que se peticiona, si bien puede tener un perfil estético, ello debe ser interpretado y comprendido en el marco de los derechos que se peticionan.

Manifiesta que feminizar o adecuar estéticamente la construcción del género está plenamente integrada en la ley 26.743 por lo que catalogar a las prácticas requeridas como meramente estéticas, esconde un profundo prejuicio y falta de criterio, en relación a qué tipo de cirugías presentarían correspondencia con la adecuación al género, debido a que suprime la posibilidad de igualar en condiciones justas a personas que por el solo hecho de ser, quienes quieren ser, ya no se les respeta ni pueden lograr objetivos de inserción y sociabilización básicos.

Efectúa un análisis de la ley de Identidad de Género y su decreto reglamentario n°903/2015 y esgrime que no deja lugar a dudas de su alcance en relación al amparo de cirugías no expresadas en el texto normativo, las que son meramente enunciativas, como lo es la pretendida objeto de la presente acción de amparo.

En cuanto al análisis y conclusiones acerca de la prueba pericial producida en autos, manifiesta que la experta es clara y contundente en relación a la necesidad y pertinencia de la intervención, acorde a su estructura corporal y que la misma se encuentra incluida en la ley 26.743.

Sostiene que de acuerdo a su contextura física o estructura corporal - como lo menciona la experta- dicho complemento, si bien se trata de una cirugía estética, no puede tomarse literalmente como tal, sino en su función de adecuar la construcción del género, plenamente integrada en la ley.

Con estos fundamentos solicita se revoque la sentencia y se haga lugar al recurso.

IV.- Sustanciada la impugnación y contestado el memorial de agravios, corresponde abocarse al fondo de la cuestión planteada ante esta Alzada, que se circunscribe en determinar si la amparista tiene derecho -o no- a acceder a la autorización y cobertura de las intervenciones que fueran solicitadas y prescriptas por su médica tratante, en el marco de ejercer su derecho a la identidad de género, tratamiento requerido judicialmente frente al rechazo de la demandada.

1. Al respecto, anticipo mi opinión favorable a la procedencia de la pretensión con el alcance que se expondrá, frente al cuadro de situación que se encuentra la amparista en aras a garantizar y realizar su derecho a la salud y a la identidad de género - dirigida a la autorización y cobertura de una cirugía de lipotransferencia glútea y trocantérea - que fuera prescripta por su médica tratante, de conformidad a los derechos reconocidos en la ley de identidad de género (26.743) para adaptar sus caracteres masculinos a la imagen femenina con la que se autopercibe.

En efecto, no encontrándose controvertida en la situación que se encuentra la amparista, transitando un proceso de reasignación de género, ni su condición de afiliada al IOMA, advierto que la decisión desestimatoria fundada en que las intervenciones requeridas por la aquí actora revisten carácter estético y por ende se encuentran fuera del programa Medico Obligatorio se muestra contraria a la protección y tutela del derecho a la salud (art 33 y Art 75 inc 22 de la Constitución Nacional, art. 12, inc. c el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 4,5 y 26 de la Convención sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica y art 6 inc 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 36 inc. 8 CP) y del derecho a la identidad de género (ley 26743 y su decreto reglamentario). Que, en este orden de ideas, es oportuno recordar que cuando se trata de cuestiones vinculadas a prestaciones de salud, corresponde a los jueces buscar soluciones que se avengan a la urgencia que conllevan esta clase de procesos, por lo que deben encausar los trámites por vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar

al inicio de un nuevo proceso (conf. Fallos: 335:76; 327:2127; 329:4918; 330:4647; 331:563).

2. Dicho ello cabe resaltar que la aquí actora inicia la presente acción de amparo a fin de obtener cobertura y autorización de la intervención de lipotransferencia glútea y troncatérea que le fuera prescripta por su médica tratante de acuerdo a los derechos reconocidos por la ley de Identidad de género n°26.743, frente al rechazo del IOMA.

De la documental acompañada en el libelo de inicio surge intervención de la Dra. María Fernanda Romero Gauna, Especialista Jerarquizada en Cirugía Plástica Estética y Reparadora- MP 113.624 y MN 103.404- que frente al tratamiento de feminización que se encuentra atravesando Mareco Zohe Camila Alejandra amparada en la Ley de Identidad de Género N° 26743, propone lipotransferencia glútea y trocantérea.

Del informe circunstanciado presentado por la demandada con fecha 4-X-23 surge *"...A través del Tte. N°11-441-0604702/23, la amparista Mareco Zohe Camila Alejandra, AF N° 2309379294/00, ha solicitado la autorización de la cirugía de lipotransferencia glútea y trocánterea. Acompaña para su autorización, presupuesto emitido por la Dra. María Fernanda Romero Gauna, M.P. 113.624, en concepto de honorarios de equipo quirúrgico, por un valor de pesos novecientos veinte mil (\$920,000.00). Enmarca la solicitud en la Ley 26.743 de Identidad de Género. En fecha 04/08/23, la auditoría médica especializada evaluó la solicitud presentada. Dado que, tal como se observa en la copia digitalizada de las actuaciones obrante en orden n° 12, la afiliada no ofreció documental alguna que evidencie que su cuerpo no se adecuaba a la identidad de género autopercibida, y por ende, la necesidad de modificar el mismo a través de la citada cirugía. Tan solo se acompañó una breve historia clínica en la que se indicaba la edad de la paciente y que concurrió a una consulta para feminización de caderas y glúteos. Por ello, la auditoría médica consideró que lo solicitado no se podría enmarcar en la Ley 26.743 de Identidad de Género y rechazó la solicitud.2.- Las cirugías solicitadas por la afiliada no se encuentran contempladas en normativa alguna de este IOMA. No obstante, de encontrarse debidamente justificadas, su autorización será evaluada por el Directorio del IOMA previo informe médico de la auditoría especializada.... - Por último se informa que las intervenciones Mastoplastía de aumento, Mastectomía, gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, Vulvoplastía, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, entre otras, se encuentran cubiertas en un 100% por este IOMA. Todas ellas se hayan incluidas en el Nomenclador Nacional. En estos casos, la autorización se efectúa de acuerdo a los valores establecidos por el IOMA. 5.- A través del Tte. N° 11-441-7009690/21, la amparista ha solicitado la cirugía de mastoplastía de aumento, la cual fue autorizada en un 100% por este Instituto conforme obra en acta de Directorio 44/2021 (\$305,000.00). Por otra parte, registra tramites*

caratulados como “prótesis” cuya auditoria ha sido efectuada en la Dirección de Prestaciones de Segundo Nivel...”.

Asimismo, en la contestación de demanda, Fiscalía de Estado esgrime que resulta incuestionable que no puede serle exigido al IOMA que otorgue la prestación según el parecer de cada afiliado; esto conduciría innegablemente a una administración caótica e inviable. Agrega que, a fin de autorizar la prestación solicitada, el Instituto debe evaluar si la misma resulta procedente o no en los términos en que ha sido planteada.

3. Abierta la causa a prueba, del informe pericial rendido en autos la perito interviniente Dra. Elvira Tomassoni, especialista en cirugía plástica refiere *“que la actora en función de la ley 26.743 y de conformidad con el protocolo de feminización se ha realizado dos intervenciones quirúrgicas y que desea continuar con la armonización corporal prevista en el Programa de Salud Integral para personas Trans”*. En ese contexto adiciona que *“...De la revisión y anamnesis de la actora, surge que de acuerdo a lo peticionado, más lo que surge de la entrevista y las constancias médicas aunadas esta perito considera que es acorde a su estructura corporal y como complemento estético...”* Asimismo en el informe ampliatorio responde que la prestación requerida de intervención quirúrgica de lipotransferencia glútea y trocánteres para la adecuación de su cuerpo a su identidad resulta una de las practicas previstas en la ley 26.743 (ver presentaciones del 12-IV-24 y del 5-V-24 respectivamente)

Con este cuadro de situación arriban las actuaciones al Tribunal.

4. Puede admitirse que la decisión del magistrado que rechaza la presente acción con fundamento en que la intervención requerida no reviste carácter reparador sino solamente estético y por ende no se encuentra incluida en el Programa Médico Obligatorio a los efectos de ser garantizada por la demandada, se desentiende del plexo normativo que reconoce y tutela la situación de la actora, el contexto en el cual se suscita y en el que ha de ser ponderada la práctica puesta en debate.

Asimismo, se muestra alejada de las pautas brindadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a través de la “Guía de prácticas aconsejables para juzgar con perspectiva de género” publicada en el mes de marzo de 2024, donde, fundada en el ordenamiento jurídico vigente propone lineamientos para poder reconocer la dinámica de las relaciones de género, evitando estereotipos.

Cabe tener en consideración que la materia ventilada requiere una especial prudencia debido a los bienes comprometidos, pues cabe recordar como principio rector que, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22º, Const. Nac.) se reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- con rango constitucional y de allí deriva la obligación impostergable de realizar prestaciones positivas del Estado de manera tal que el ejercicio de

aquéllos no se torne ilusorio (CSJN, causas “Campodónico de Beviacqua”, de fecha 24-X-02; “Monteserin”, del 16-VI-01; “Asociación Benghalensis y otros”, del 1-VI-00; c.c. SCBA causa B-65.238, “Toledo” sent. 5-XI-03, entre muchas; en materia cautelar: CSJN: “D., B.”, del 25-III-03; “B., V. L.”, del 24-IV-03; “S., E. G.”, del 18-XII-03; entre otras y doctrina de la mayoría en causas CCALP similares a la presente N°25.790, “Pisano”, res. del 28-07-20 y N°27.369, “Di Candia”, res. del 23-02-21).

En el orden local, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 36 inc. 8 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo encuentra recepción constitucional implícita en el artículo 33 de la Constitución Nacional y expresa en diversos tratados internacionales con rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22 CN), entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c), la Convención sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica-(arts. 4, 5 y 26) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la preservación de la salud debe interpretarse desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una directa vinculación con el principio de la dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos (fallos: 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569).

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se expidió de manera autónoma sobre el derecho a la salud. En dicha oportunidad, tomando el concepto fijado en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, consideró que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral (C.I.D.H. “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, 08/03/2018, párr. 118). Así en función de lo expuesto por los diferentes regímenes normativos existe coincidencia en que la salud no se define únicamente por la ausencia de enfermedad, sino que engloba una serie de condiciones que hacen al bienestar integral psicofísico de las personas.

En virtud del concepto amplio de salud la falta de correspondencia entre el aspecto físico e integral de una persona y su identidad sexual autopercibida podría afectarla o bien, efectivamente la afecta.

Luego y en cuanto al derecho a la identidad de género, en primer lugar, cabe tener en consideración “Los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” que fueron adoptados en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006.

Estos Principios afirman la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos aportando recomendaciones para su aplicación.

Se apoyan en el progreso positivo del derecho internacional y funcionan como una herramienta esclarecedora que ayuda a comprender de qué manera debe aplicarse la normativa vigente en derechos humanos en casos específicos donde se puedan ver vulnerados los derechos del colectivo LGTBI.

Así, en la Introducción se expone que la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

En el preámbulo se define a la identidad de género *“como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*.

El Principio 3 enuncia que *“...todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de la autodeterminación, la dignidad y la libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”*. De conformidad con las recomendaciones que se formulan en el mismo principio *“los Estados ... B. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”*.

En materia de identidad de género cabe también ponderar la ley 26.743 sancionada el día 9 de mayo del año 2012 donde los conceptos utilizados se encuentran en consonancia con los Principios de Yogyakarta.

Así, mediante el artículo 1 se establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su vida conforme a su identidad, a ser tratada de acuerdo a su identidad de género, e inspirada y en sintonía con los principios antes referidos.

Conforme la definición que proporciona el artículo 2 de la referida ley, se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada uno la siente, independientemente de que se corresponda o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. La ley añade que esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (art. 2, ley 26.743).

Asimismo, en el artículo 11 establece el derecho al libre desarrollo personal por el cual todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida. Y concluye que: "*Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.*"

Así, la ley de identidad de género garantiza a toda persona mayor de dieciocho (18) años el derecho a acceder a intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales que permitan adecuar el cuerpo a la identidad autopercebida, a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo personal y al goce de una salud integral (conf. art. 11, ley 26.743).

La ley bajo examen incluye las prestaciones del artículo 11 en el Plan Médico Obligatorio (P.M.O.) e instruye a los efectores del sistema público de salud, sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, a garantizar los derechos reconocidos por ella (conf. art. 11, ley 26.743).

Cabe destacar que la ley no supedita el derecho a acceder a las intervenciones a la obtención de autorización administrativa o judicial, exigiendo únicamente el consentimiento informado de la persona (conf. art. 11, ley 26.743).

A todo lo expuesto cabe también agregar la pauta interpretativa que contiene el artículo 13 de la ley 26.743, según la cual toda norma y reglamentación debe interpretarse y aplicarse a favor del acceso al derecho humano a la identidad de género.

Luego, el decreto n° 903/2015 en su ANEXO I que reglamenta el artículo 11 de la Ley 26.743 establece que "*se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. Las mismas comprenden: Mastoplastía de aumento, Mastectomía, gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, Vulvoplastía, Anexohistrectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo.*"

La ley n°26.743 y su decreto reglamentario n°903/2015 no dejan lugar a dudas del alcance de la misma en relación al amparo de cirugías no expresas en el texto normativo, las que son meramente enunciativas, como lo es la cirugía pretendida objeto de la presente acción de amparo.

En este contexto, el argumento de la demandada en cuanto a que la afiliada no ofreció documental suficiente que evidencie que su cuerpo no se adecuaba a la identidad de género autopercebida aduciendo que *"...Tan solo se acompañó una breve historia clínica en la que se indicaba la edad de la paciente y que concurrió a una consulta para feminización de caderas y glúteos y que en función de ello la auditoría médica consideró que lo solicitado no se podría enmarcar en la Ley 26.743 de Identidad de Género y rechazó la solicitud"* encierra cierta contradicción toda vez que en el informe circunstanciado reconoce que la actora ya ha emprendido diversos tratamientos con el objeto de adaptar su cuerpo al género autopercebido, no pareciendo factible aislar la pretensión de la actual situación general que se encuentra atravesando.

En segundo término, cabe destacar que el rechazo de la demandada que resulta confirmado por la sentencia puesta en crisis en cuanto a que la intervención por la actora requerida no se encuentra dentro de las previstas en la ley n° 26734 también luce desajustada al plexo normativo antes detallado.

El decreto n°903/ 2015, luego de especificar las intervenciones quirúrgicas totales y parciales que ayudan a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida, expresamente aclara que se trata de una enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo (conf. anexo I, decreto n°903 /2015), como ya ha sido consignado.

Tal calificación conduce, en un primer estadio de análisis, a rechazar el argumento expuesto por la demandada. En efecto, dado que no se trata de una enunciación expresa y cerrada, la propia reglamentación deja abierta la posibilidad de que haya otras intervenciones quirúrgicas amparadas por el artículo 11 de la ley de identidad de género que se informen bajo la misma finalidad.

Ahora bien, conforme el dictamen pericial de la profesional médica especializada producido en autos y ya citado surge *"...paciente que en función de la ley 26743- y siguiendo el protocolo de feminización ya se ha realizado dos intervenciones quirúrgicas de manera exitosa y que desea continuar con la armonización corporal prevista en el Programa Integral para personas trans"* y que *"...de la revisión y anamnesis de la actora, surge que de acuerdo a lo petitionado , más lo que surge de la entrevista y las constancias médicas , esta perito considera que es acorde a su estructura corporal y como complemento estético la realización de una cirugía denominada técnicamente liposucción y transferencia de grasa...La zona dadora puede ser el abdomen o los tracánteros e inyectarse en el centro de ambos glúteos que es la zona más proyectada..."* (informe presentado en fecha 12-IV-24).

Asimismo, en ocasión de brindar explicaciones surge que la cirugía solicitada por la actora para la adecuación de su cuerpo feminización a su identidad se encuentra prevista en la ley n°26743 (informe presentado el 5-V-24). Lo expuesto analizado a la luz de los derechos en juego permite concluir que se trata de un conjunto de prácticas que tienen por fin adecuar el aspecto físico de la actora a su identidad de género autopercibida, lo cual lleva a considerarlas comprendidas dentro de las que ampara el artículo 11 de la ley 26.743 para tutelar el derecho al libre desarrollo personal.

Conforme puede advertirse de lo expresado en la demanda y del informe circunstanciado, la amparista ha emprendido diversos tratamientos con el objeto de adaptar su cuerpo a su género autopercibido (ver demanda/contestación de demanda e informe circunstanciado).

Si bien las prácticas médicas cuya cobertura se peticiona podrían ser consideradas autónomamente estéticas, en el caso de acuerdo a las constancias mencionadas, se integran en una situación personal de identidad de género.

A todo lo expuesto cabe insistir la pauta interpretativa que contiene el artículo 13 de la ley 26.743, según la cual toda norma y reglamentación debe interpretarse y aplicarse a favor del acceso al derecho humano a la identidad de género.

Que a la luz de tales consideraciones, corresponde concluir que la cirugía peticionada por la actora no puede ser calificada como estética sino que, por el contrario, se encuentra entre aquéllas que, en los términos de la ley de identidad de género, tienen por finalidad adecuar el cuerpo a la identidad autopercibida y garantizar el goce de una salud integral. Resulta también necesario comprender que la amparista forma parte de un grupo de personas que requiere por parte de los Estados un particular abordaje en relación a las permanentes situaciones de vulneración a la que se encuentran sometidas.

En este sentido cabe destacar lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-24/17, emitida el 24 de noviembre de 2017 donde describe el contexto relacionado con los derechos de las personas LGBTI, a las que define como históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales. Destaca que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y resalta el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a una amplia lista de derechos (derechos laborales, relacionados con la seguridad social, derechos de familia, entre otros) de esta población a la que caracteriza como históricamente discriminada y estigmatizada.

La CIDH en el documento citado destaca que la falta de acceso a derechos se agrava con el entrecruzamiento de la condición de la orientación sexual,

identidad de género y/o diversidad corporal, con otros factores, como el sexo, el origen étnico, la edad, la condición social.

Finalmente, sobre la especial situación de vulnerabilidad de las personas trans, la Corte señala los diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido (OC-24/17, párrafo 42). Añade que los Estados se deben abstener de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto (OC- 24/17 párrafo 61), teniendo en cuenta que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona ((OC- 24/17 párrafo 61).

Así, una de las disposiciones más importantes de este nuevo pronunciamiento se refiere al deber de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género a los siguientes derechos: seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte (OC- párrafo 196).

La CSJN también se ha pronunciado en relación a la situación de vulnerabilidad de grupos al que pertenece la actora y ha dicho que *“no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia”* y agregó que *“...Asimismo, tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo...”*. (Fallos: 329:5266,

Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia s/recurso contencioso administrativo 21/11/2006, consid. 16 y 17).

En función de todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora en cuanto el obrar de la demandada se muestra bajo una interpretación restrictiva y cerrada tanto de la condición y situación de la amparista como de las normas jurídicas aplicables. Así, el obrar resulta lesivo del derecho a la salud, la vida y al de identidad de género de la amparista, resultando ilegítimo. Las distintas prácticas que petitiona la actora y están dentro del plexo jurídico que tutela su derecho a su salud integral y a la identidad de género no pueden deslindarse de la problemática que motiva la causa que no ha sido desmentida ni desconocida.

Ello así, pues, la sola indicación de que la práctica requerida no se encuentra expresamente mencionada en la ley 26.743 resulta insuficiente para denegar la petición, máxime cuando la propia reglamentación de la ley establece que el detalle de intervenciones que contiene no es taxativo (reglamentación del art. 11 ya citado). Por lo demás, cabe agregar que la ley también determinó que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo (art. 13),

Así, una solución contraria implicaría desconocer los derechos que el plexo normativo otorga a la aquí actora y que como antes señalara no ha sido desconocida la plataforma fáctica de la causa.

Tampoco la demandada ha demostrado que las intervenciones cuya cobertura reclama la amparista no sean idóneas a los fines de garantizarle el goce de su salud integral y de su derecho a la identidad de género en los términos de la normativa citada.

En función de todo lo reseñado y teniendo en especial consideración la circunstancias fácticas que rodean el caso de autos, los derechos comprometidos, y las pautas rectoras e interpretativas que surgen del marco normativo referenciado, considero que asiste razón a la parte actora recurrente por lo que corresponde revocar la sentencia en lo que fuera materia de agravio y ordenar a la demandada- IOMA- a otorgar cobertura integral de la prestación que le fuera requerida en el proceso que se encuentra transitando en el marco de la Ley de Identidad de Género (N° 26.743), bajo la estricta responsabilidad profesional y ética del médico que avale dicha intervención, debiendo recordar que el objeto de la presente acción de amparo se enmarca en determinar si dentro del concepto de salud integral de la amparista queda comprendida la práctica que motiva la causa. Con este alcance y supeditación se estima la pretensión (Art 75. Inc. 22, art 33 CN, 36 inc 8 y conc CP, art, 1,2,11 , 13 y conc Ley 26.743, art 1 del Anexo I del Decreto 903/2015 , arts. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 16, 17 y 17 bis y concordantes, ley 13.928, texto según ley 14.192).

V.- Por las consideraciones exteriorizadas en los párrafos que anteceden, propongo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia en lo que fuera materia de agravio y, consecuentemente, hacer lugar a la acción de amparo promovida por Zhoe Camila Alejandra Mareco y ordenar al IOMA a otorgarle la cobertura médica integral de las intervenciones quirúrgicas solicitadas -lipotransferencia glútea y trocánterea- en el proceso que se encuentra transitando, en el marco de la ley de identidad de género n° 26.743. Ello bajo la estricta responsabilidad profesional y ética del médico que avale dicha intervención, debiendo recordar que el objeto de la presente acción de amparo se enmarca en determinar si dentro del concepto de salud integral de la amparista, queda comprendida la práctica que motiva la causa. Con este alcance y supeditación se estima la pretensión (Art 75. inc 22,36 inc 8 y conc CP, art, 1,2,11,13 y conc Ley 26.743, art 1 del Anexo I del decreto 903/2015, arts. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 16, 17 y 17 bis y concordantes, ley 13.928, texto según ley 14.192), con costas del proceso a la demandada vencida (art. 274, CPCC; art. 19, ley 13.928).

Así lo voto.-

A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo:

Como el primer voto, advierto que la intervención quirúrgica que ventila el caso se muestra comprendida dentro de los alcances normativos que valora esa intervención, para considerarla comprendida en el universo de prestaciones con cobertura asistencial (conf. ley 26.743 y decreto n°903/2015),

Desde ese vértice, también encuentro el reproche de legalidad que conduce la lógica decisoria propuesta, que acompaño.

Así, adhiero a esa intervención y me expido en el mismo sentido.

El pronunciamiento sobre costas también concita mi acuerdo.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propiciada por la Dra. Milanta, emitiendo el mío en el mismo sentido decisorio (arts. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 16, 17, 17 bis, 19 y concordantes, ley 13.928, texto según ley 14.192, art. 274 CPCC).

Así lo voto.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, revocándose la sentencia en lo que fuera materia de agravio y consecuentemente, se hace lugar a la acción de amparo promovida por Zhoe Camila Alejandra Mareco ordenándose al IOMA a otorgarle la cobertura médica integral de las intervenciones quirúrgicas solicitadas- lipotransferencia glútea y trocánterea - en el proceso

que se encuentra transitando, en el marco de la ley de identidad de género n° 26.743. Ello bajo la estricta responsabilidad profesional y ética del médico que avale dicha intervención, debiendo recordar que el objeto de la presente acción de amparo se enmarca en determinar si dentro del concepto de salud integral de la amparista, queda comprendida la práctica que motiva la causa.

Con este alcance y supeditación se estima la pretensión (Art 75. inc 22,36 inc 8 y conc CP, art, 1,2,11,13 y conc Ley 26.743, art 1 del Anexo I del decreto 903/2015, arts. 20 inc. 2°, Const. Prov.; arts. 16, 17 y 17 bis y concordantes, ley 13.928, texto según ley 14.192), con costas del proceso a la demandada vencida (art. 274, CPCC; art. 19, ley 13.928).

Difiérese la regulación de honorarios para la oportunidad dispuesta por los artículos 31 y 51, ley 14.967.

Regístrese, notifíquese y devuélvase los autos al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría.



MILANTA Claudia Angelica Matilde
JUEZ

SPACAROTEL Gustavo Daniel
JUEZ

DE SANTIS Gustavo Juan
JUEZ

LÓPEZ RUF María
AUXILIAR LETRADO DE CÁMARA DE APELACIÓN