JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 20 SECRETARÍA N°40

F. T. (R.F.) CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 12330/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00022964-0/2018-0

Actuación Nro: 12099981/2018

Ciudad de Buenos Aires, 17 de septiembre de 2018.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que T. F. inició la presente acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante, ObSBA- con el objeto de que se ordene a la demandada la cobertura integral de una cirugía de feminización facial completa y los estudios prequirúrgicos correspondientes (fs. 1).

Relató que es una persona *trans* que con el correr de los años fue feminizando su aspecto físico. Señaló que, en razón de haberse de automedicado con hormonas a fin de adecuar su aspecto a su identidad de género, alcanzó niveles excesivamente altos de prolactina (fs. 1 y vta. y 3 vta.). Indicó que luego de suspender la automedicación por prescripción de la División de Endocrinología del Hospital General de Agudos *"Carlos G. Durand"*, comenzó un tratamiento de reemplazo hormonal con control médico. Expuso que solicitó a la demandada la cobertura integral de dicho tratamiento, la que le fue otorgada por decisión del 2 septiembre de 2015 (fs. 1 vta).

Manifestó que tiene voluntad de ejercer su derecho de rectificación registral reconocido por la ley 26.743 pero afirmó haber postergado ese acto para evitar ser objeto de burlas ya que considera que sus rasgos faciales son preponderantemente masculinos (fs. 1 vta.).

Indicó que peticionó a la obra social demandada la cobertura de una cirugía de feminización facial, solicitud que fue denegada –según relató- mediante respuestas evasivas e injustificadas, en flagrante violación a la ley de identidad de género (fs. 1 vta. y 6 vta.). Expresó que interpuso recurso de reconsideración contra dicha decisión, el que fue rechazado con fecha 16 de noviembre de 2016 (fs. 1 vta.). Añadió que, ante esta nueva negativa, previo asesoramiento en el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), realizó una nueva

presentación en la que hizo referencia a los tratamientos realizados con un médico endocrinólogo andrólogo de la División de Endocrinología del Hospital General de Agudos *"Carlos G. Durand",* la que también fue desestimada el 24 de enero de 2018 (fs. 1 vta.).

En cuanto a la vía procesal elegida, aseveró que se encuentran presentes todos los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo. En efecto, consideró que la negativa de cobertura por la obra social demandada restringe de manera arbitraria su salud física, psíquica y social, ocasionándole un daño tangible y concreto que exige una inmediata reparación (fs. 5).

Remarcó que es parte de un colectivo históricamente vulnerado cuyos derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la salud integral y a la dignidad personal se ven sistemáticamente afectados, lo que produce una situación que asemejó a la *"muerte civil"* (sic, fs. 3 vta).

Concluyó que dada su situación económica le es imposible afrontar el pago de la intervención quirúrgica solicitada y requirió a tal fin el cumplimiento de la normativa vigente por parte de la demandada (fs. 5). Al respecto, sostuvo que la ley 26.743 reconoce el derecho a adecuar la corporalidad en función de la identidad autopercibida como un elemento central de la dignidad de las personas. Apuntó que el concepto de salud implica un estándar más amplio que excede la ausencia de afecciones y enfermedades (fs. 2/3).

Destacó que en virtud de la Constitución Nacional, la Constitución local y diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, no puede sostenerse legislación ni reglamentación alguna que desconozca el principio de no discriminación y remarcó el deber de establecer medidas de acción positiva para remover los obstáculos que impidan el desarrollo de la igualdad real de oportunidades de los grupos vulnerables (fs. 4).

Por último, puntualizó que la ley 26.743 y su decreto reglamentario 903/PEN/15 incorporaron al Plan Médico Obligatorio, con carácter enunciativo, una serie de cirugías destinadas a garantizar la identidad de género autopercibida. Por ello, señaló que rechazar la cobertura por no encontrarse enumerada la cirugía requerida en el mencionado decreto reglamentario implicaría desconocer la voluntad del legislador de acercar a las personas *trans* a la mayor salud y dignidad posible a través de la adecuación corporal (fs. 4 y vta).

En este contexto, peticionó el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la obra social demandada dar cobertura a la intervención quirúrgica solicitada.

Finalmente, fundó en derecho, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal.

II. Que a fs. 28 el Tribunal citó a la parte actora y a la ObSBA a la audiencia que se celebró el 13 de junio de 2018.

Por otro lado, se requirió a la demandada que remitiera copia certificada de las carpetas N° 6857/15 y 6150/16 y toda otra actuación relacionada con el reclamo de la parte actora.

III. Que en el marco de la referida audiencia, luego de un intercambio de opiniones, las partes acordaron diferir el tratamiento de la medida cautelar para el momento del dictado de la sentencia definitiva.

Asimismo, en virtud del fracaso del intento conciliatorio, se corrió traslado de la demanda y de la documentación adjunta por el plazo de diez (10) días (ver acta de audiencia de fs. 77 y vta).

IV. Que, al contestar demanda, la ObSBA solicitó que se rechazara la presente acción (fs. 84/89 vta.)

Sostuvo que la cuestión debatida no podía ser objeto de reclamo por la vía de amparo dado que la actora no se encontraba en una situación de riesgo para su salud y negó que el supuesto acto u omisión que se le atribuye lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías de raigambre constitucional (fs. 84 y vta).

Manifestó que el amparo es un proceso excepcional utilizable en situaciones que, por carencia de otras vías más aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales. Consideró que el reclamo efectuado por la actora requiere un debate que debe resolverse por la vía ordinaria (fs. 84 vta. y 85).

En cuanto al fondo del asunto, remarcó que otorgó a la actora cobertura para un tratamiento hormonal y, en consecuencia, alegó haber cumplido con todas las obligaciones que surgen de la ley de identidad de género (fs. 85 vta.).

Expuso que la pretensión era vaga por no indicar con claridad cuáles intervenciones requería. Consideró que lo que verdaderamente perseguía la actora era una cirugía facial estética para adecuar su rostro a los cánones de belleza vigentes (fs. 85 vta. y 86).

Indicó que si bien la ley de identidad de género reconoce el acceso a determinadas cirugías a fin de adecuar el cuerpo a la identidad autopercibida, su decreto reglamentario no incluye en el listado de intervenciones quirúrgicas contempladas ningún tipo de cirugía facial (fs. 86 vta.).

Señaló que aun cuando el propio decreto establece el carácter enunciativo de dicha enumeración, en los casos en los que las normas presentan vaguedades o imprecisiones que puedan derivar en situaciones ajenas al propósito de la ley, debe recurrirse al método de interpretación lógica o histórica de la norma en orden a lo cual debe acudirse a los debates parlamentarios de los cuales surge la intención del legislador de no incluir tratamientos estéticos de ninguna índole (fs. 87).

Por otra parte, destacó que la ObSBA no se encuentra registrada como agente del Sistema Nacional de Seguros de Salud y, por ende, no resulta beneficiaria del fondo solidario de distribución. Aseveró que la ley establece ciertos márgenes de discrecionalidad en cabeza de las obras sociales para brindar cobertura a sus afiliados y citó las prescripciones de la ley 24.091.

Por último, planteó la cuestión federal.

V. Que a fs. 91, en uso de las facultades conferidas por el artículo 29, inciso 2, del CCAyT, se requirió a la parte actora que adjuntara al expediente una indicación de su médico tratante que detalle los procedimientos quirúrgicos que integrarían la cirugía de feminización facial solicitada en el escrito de inicio.

A fs. 103 la actora presentó un escrito acompañando la indicación médica con el detalle de los procedimientos y dos presupuestos.

Corrido el pertinente traslado (ver cédula de fs. 106 y vta.), la ObSBA sostuvo que las cirugías peticionadas por la actora no tenían por finalidad restablecer la función o apariencia normal o corregir las deformaciones creadas por defecto de nacimiento sino que, por el contrario, buscaban lograr un embellecimiento facial (fs. 108). En esta línea, reiteró que se trataba de cirugías estéticas destinadas a lograr un rostro perfecto y que, como tales, no se encontraban contempladas en la ley de identidad de género ni en su decreto reglamentario (fs. 108 y vta.).

Finalmente, pasaron los autos a sentencia.

VI. Que, dado que la demandada ha cuestionado la admisibilidad formal de la vía elegida, corresponde en primer lugar abordar ese reparo.

Conforme establecen los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la acción de amparo procede, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

El artículo 14 de la Norma Fundamental local define al amparo como una acción expedita, rápida y gratuita, desprovista de formalidades procesales que afecten su operatividad. Dicha norma expresamente aclara que el agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia (conf. art. 14, C.C.A.B.A.).

En el ámbito local la acción de amparo se rige, asimismo, por las disposiciones de ley 2145 que regula su procedencia en sus artículos 2 y 5, en sentido concordante con lo normado por el artículo 14 de la C.C.A.B.A.

En cuanto a la admisibilidad de la acción de amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba (conf. Fallos: 325:2583; 323:2097 y 323:1825, entre otros).

A su vez, es preciso que, ponderado de modo prudente, exista la necesidad de una actuación judicial urgente.

En esa línea, el Tribunal Superior de Justicia ha señalado que "[l]*as circunstancias … que operan como conditio sine qua non para admitir un amparo son, básicamente, la necesidad de una actuación judicial urgente que prevenga o repare consecuencias notoriamente disvaliosas para quien acciona, y el carácter manifiesto de la*

conducta lesiva" (T.S.J., *"GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: `Akrich, Gustavo Raúl c/ GCBA s/ amparo´"*, 29/11/06; voto del Dr. Maier).

De ello no se sigue la caracterización del amparo como una acción excepcional. Por el contrario, toda vez que éste constituye una garantía constitucional para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías establecidas para protegerlos, la procedencia de aquél debe ser analizada con criterio razonablemente amplio, resultando admisible siempre que el acto o la omisión impugnada reúna las características y los efectos que prevén los textos constitucionales (conf. Sala I, "*Carini, Carlos Daniel y otros c/ GCBA s/ amparo*", expte. EXP 3.931/0, 08/05/2002).

El criterio amplio con que debe analizarse la admisibilidad del amparo encuentra su razón de ser en la propia redacción de la Constitución de la Ciudad que, como se dijo, lo estableció como un procedimiento desprovisto de formalidades procesales que puedan afectar su operatividad, circunstancia que evidencia la voluntad del constituyente de crear un remedio amplio, expedito y rápido que privilegie la procedencia de la acción por sobre su rechazo liminar (conf. Sala I, "*Gerpe, Adriana Beatriz c/ GCBA-Secretaría de Educación s/ amparo"*, Expte. 49/00, "*Serres, Luis Alberto y otros c/ GCBA s/ amparo- otros",* expte. EXP 1899/2018-0, 12/06/2018 y "*Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo – otros",* expte. EXP 1861/2017-0, 11/08/2017).

En esta línea de pensamiento, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho que la acción de amparo no es subsidiaria, residual, ni de excepción sino que, por el contrario, es una acción principal que sólo cede ante la existencia de otro medio judicial más idóneo, esto es, más expedito y rápido (T.S.J., "*T., S. c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) s/ recurso de inconstitucionalidad"* expte. 715/00, 26/12/00).

VII. Que, en este tren 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).

VIII. Que las objeciones de la demandada a la vía elegida se centran en que el planteo introducido por la actora requeriría un debate y actividad probatoria de una amplitud incompatible con el cauce procesal del amparo. Sin embargo, lo cierto es que la ObSBA no ha ofrecido prueba alguna ni ha explicado qué pruebas o defensas se vio privada de oponer en atención a las características del proceso.

IX. Que, desde otro ángulo, toda vez que la obra social demandada también postuló la falta de idoneidad del amparo en razón de que, según alegó, en autos no se habría invocado una afectación al derecho a la salud, resulta oportuno realizar algunas consideraciones respecto del alcance que debe otorgarse al mencionado derecho.

El derecho a la salud 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).

En el orden local, el derecho a la salud se encuentra ampliamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde expresamente se establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria, y en la ley básica de salud 153, que tiene por objeto garantizar *"el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin"* (art. 1, ley 153).

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). A su vez, el Máximo Tribunal federal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas (conf. doct. "*Campodónico de Beviacqua, Ana Karina c/ Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas"*, 24/10/2000, Fallos: 323:3229).

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un reciente fallo en el que, por primera vez en su historia, 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).

Asimismo, resulta oportuno recordar que, conforme la definición que postula desde 1948 la Organización Mundial de la Salud, *"la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"* (http://www.who.int/about/mission/es)

Así, se advierte que tanto desde la perspectiva que exponen los órganos jurídicos como desde la que brindan los organismos especializados en temas de salud 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.

A la luz del concepto amplio de salud que se adopta, es claro que la falta de correspondencia entre el aspecto físico de una persona y su identidad sexual autopercibida podría afectar su salud. En efecto, *"cuando sabemos que la salud apunta a un estado personal de bienestar no solamente físico o corporal, sino además psíquico y moral, podemos adherir a la idea de que quien en su vida personal y social se siente mujer pero genitalmente es varón (o a la inversa) sufre una distorsión que, al repercutir dañinamente en su identidad, afecta su salud"* (Bidart Campos, Germán J., *El sexo, la corporeidad, psiquis y el derecho: ¿Dónde está y cuál es la verdad?*, publicado en RDFRDF 2002-21-173 cita online: 0029/000135).

Lo expuesto conduce a descartar las objeciones formales efectuadas por la obra social demandada en cuanto a que no se ha alegado afectación al derecho a la salud de la actora.

Por todo lo dicho, la vía del amparo resulta admisible.

X. Que, despejados los óbices formales, resulta conveniente realizar una reseña del marco normativo aplicable al *sub examine.*

El derecho a la identidad de género se encuentra reconocido expresamente en la ley 26.743 (sancionada el 9 de mayo de 2012; promulgada el 23 de mayo de 2012) y, de manera implícita, en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad y en diversos instrumentos internacionales que tutelan el derecho a la identidad y a la dignidad de las personas.

De acuerdo con el artículo 1 de la ley 26.743, toda persona tiene derecho: *"a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada".*

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 *"[e]sto 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, 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 de género autopercibida, 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).

Es dable apuntar que, como criterio interpretativo, la ley establece que toda norma o reglamentación deberá interpretarse y aplicarse siempre a favor del ejercicio del derecho a la identidad de género (conf. art. 13, ley 26.743).

XI. Que la definición de identidad de género que adopta la ley 26.743 se encuentra en consonancia con los Principios de Yogyakarta, los cuales abordan una amplia gama de normas de derechos humanos y su aplicación a los asuntos de la orientación sexual y la identidad de género. Estos Principios afirman la obligación primordial de los Estados de implementar los derechos humanos. Cada Principio va acompañado de detalladas recomendaciones para los Estados.

Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género fueron adoptados unánimemente por un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos, luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006.

En la Introducción a los Principios de Yogyakarta 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.

Según reza su Preámbulo, *"la 'identidad de género' se refiere a 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 *"[t]odo 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"*.

Tal como se ha señalado, la definición que brinda el artículo 2 de la ley 26.743, *"permite distinguir claramente la identidad de género y la orientación sexual e independiza la identidad de género de la sexualidad morfológica constituida por los caracteres genitales que diferencian ambos sexos (…) Lo que importa es cómo una persona siente el género independientemente del sexo que se le haya asignado al nacer por sus caracteres sexuales externos. Y lo trascendente es el reconocimiento legal de que la identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad"* (Medina, Graciela, *"Comentario exegético a la ley de identidad de género"*, en *Identidad de género - Muerte digna*, Suplemento Especial 2012 (mayo), La ley 2012-C, 1042).

Reseñado sucintamente el panorama, se advierte que por medio de la ley 26.743 se han otorgado herramientas eficientes –superadoras en muchos aspectos de otras similares que existen en el derecho comparado- tendientes a hacer operativas las decisiones personalísimas e individuales de cada persona respecto de su identidad de género. En otras palabras, la ley, al desjudicializar la toma de decisiones, ha reconocido que éstas pertenecen a un espacio de intimidad al cual el Estado es ajeno y gobernado únicamente por la persona.

XII. Que, posteriormente, mediante el dictado del decreto 903/PEN/2015 se aprobó la reglamentación del artículo 11 de la ley 26.743.

De acuerdo a la reglamentación, *"[s]e entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: Mastoplastía de aumento, Mastectomía, Gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, Vulvoplastía, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo"* (conf. anexo I, dto. 903/PEN/2015).

Asimismo, se definió a los tratamientos hormonales integrales como aquéllos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al

sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercibido (conf. anexo I, dto. 903/PEN/2015). La reglamentación expresamente establece que todos los productos deben estar aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

XIII. Que a fin de ilustrar la cuestión es conveniente apuntar que cuando se habla de cirugías de adecuación sexual no se hace referencia a una sola operación sino a múltiples operaciones. Sobre el tema, se ha señalado que *"los hombres que desean tener apariencia femenina total deben someterse al menos a tres cirugías a saber: Implante de senos, orquidectomía bilateral o extirpación quirúrgica de testículos y vaginoplastía, con más los tratamientos hormonales de por vida y en algunos casos con cirugías en las cuerdas vocales para obtener una voz femenina. Estas pueden ir acompañadas de cirugía de feminización facial que es un conjunto de procedimientos quirúrgicos que modifican el esqueleto facial en mujeres trans, brindándoles una armonía facial más femenina, aportando un gran beneficio en la vida social y emocional de estas mujeres"* (Medina, Graciela, "*La ley de identidad de género. Aspectos relevantes"*, La Ley, 2012- A, 770).

En el *sub lite*, según la indicación obrante a fs. 95/96, suscripta por el Dr. Marcelo Di Maggio, los procedimientos que componen la cirugía de feminización facial cuya cobertura se peticiona son: *"Remodelación de la región frontal y seno frontal con osteotomías múltiples; Remodelación de las órbitas y de la expresión de la mirada. Osteotomías y fresado; Corrección de la línea de implantación pilosa c/avance del c. cabelludo; Lifting de las cejas; Remodelación de la mandíbula con osteotomías múltiples; Remodelación del mentón con osteotomías y colocación de prótesis; Lifting de labio superior; Cirugía de reducción de la nuez de Adán; Rinoplastia".*

Dichas prácticas fueron indicadas por el mencionado médico, quien como parte del grupo de cirugías que la actora requiere en el proceso de readecuación de su cuerpo. El profesional consignó que el diagnóstico de F. es disforia de género e indicó que la cirugía tendría una extensión aproximada de ocho (8) horas.

XIV. Que, en atención a los términos en que quedó trabada la litis, en orden a determinar si la cirugía de feminización facial requerida debe ser cubierta por la ObSBA deberá dilucidarse si -como sostiene la demandada- el hecho de que la reglamentación del artículo 11 de la ley 26.743 no incluya en el listado ningún tipo de cirugía facial conduce a sostener que se trata de una práctica (o conjunto de prácticas) excluida de aquéllas cuyo acceso garantiza la ley de identidad de género.

Como ha quedado planteado el caso, la controversia suscitada es de pura interpretación normativa.

A fin de resolver el conflicto hermenéutico de autos, resulta atinado señalar que el decreto 903/PEN/2015, luego de listar las intervenciones quirúrgicas

totales y parciales que ayudan a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida, expresamente aclara que se trata de una "*enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo*" (conf. anexo I, dto. 903/PEN/2015; énfasis agregado).

La calificación como *"meramente enunciativo y no taxativo"* que hace la reglamentación respecto del listado de intervenciones quirúrgicas conduce, en un primer estadio de análisis, a rechazar el argumento expuesto por la obra social demandada. En efecto, dado que no se trata de una enunciación taxativa, 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 distintas de las listadas en la reglamentación.

XV. Que resta determinar entonces si, concretamente, las prácticas que conforman la cirugía de feminización facial indicada a la actora, cuyo detalle obra a fs. 95/96, deben ser consideradas efectivamente comprendidas en el artículo 11 de la ley 26.743 o si, por el contrario, como sostiene la ObSBA, se trata de una cirugía meramente estética.

Adelanto mi opinión en el sentido que las intervenciones quirúrgicas cuya cobertura aquí se peticiona no pueden considerarse *"cirugías de embellecimiento"* -como alega la ObSBA- desde 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 prácticas que ampara el artículo 11 de la ley 26.743 para garantizar el derecho al libre desarrollo personal.

Conforme se desprende del relato efectuado en la demanda y de la documentación que compone la carpeta Nº 6150/16 adjuntada por la ObSBA, la actora ha emprendido hace tiempo diversos tratamientos con el objeto de adaptar su cuerpo a su género autopercibido. Por ello, si bien las prácticas médicas cuya cobertura se peticiona podrían ser consideradas estéticas en un determinado contexto, ciertamente no pueden calificarse de ese modo en el que rodea a la actora. Adviértase que, entre

otras cosas, la actora se encuentra recibiendo tratamiento hormonal como parte del proceso de readecuación de su cuerpo a su identidad de género autopercibida, circunstancia que es conocida por la obra social demandada ya que le ha otorgado el cien por ciento (100%) de su cobertura (ver fs. 46).

XVI. Que, llegado este punto, cabe recordar que, como tantas veces se ha dicho, no es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal, ya que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra y su exégesis no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone (conf. Fallos: 339:1514).

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (conf. Fallos: 331:858).

XVII. Que, si a pesar de la claridad de los términos de la reglamentación floreciera alguna duda, ella puede ser despejada acudiendo a 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.

XVIII. Que a la luz de todo lo expuesto, 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.

XIX. Que, por otro lado, tampoco se arriba a una conclusión distinta empleando el método de interpretación conforme la voluntad del legislador, como propone la demandada.

Sobre el particular, es oportuno destacar el amplio consenso con el que fue aprobado el texto final de la ley de identidad de género. Adviértase que, en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, el proyecto obtuvo ciento sesenta y ocho (168) votos afirmativos sobre un total de ciento noventa y dos (192) diputados presentes, mientras que en la Cámara de Senadores obtuvo el voto afirmativo de cincuenta y cinco (55) de los cincuenta y seis (56) senadores que formaron el quórum.

Por otra parte, y en lo que concierne al objeto de autos, es útil resaltar el alcance que tuvo en miras el legislador a la hora de establecer la cobertura de las intervenciones quirúrgicas.

Resulta ilustrativa la intervención del diputado Tunessi: *"La gente tiene derecho a adecuar su cuerpo a la identidad que esa persona percibe o cree percibir. No hay derecho si no existe el mismo reconocimiento en las obras sociales. Si no existe reconocimiento en estas últimas, no hay acceso igualitario al derecho que tienen las personas. Entonces, toda prestación está contemplada, porque queda incluida en el Plan Médico Obligatorio para hacer verdaderamente efectivo este derecho. No es cierto que se van a fundir las prepagas o las obras sociales por esta cuestión de reconocer algunas intervenciones quirúrgicas que hoy no son masivas ni generalizadas. De ninguna manera van a poner en quiebra el sistema. Lo que ocurre es que se trata de una excusa para no reconocer en plenitud un derecho, cosa que esta ley hace"* (Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Versión taquigráfica provisoria. Reunión 10ª - 7ª Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011. Período 129º).

XX. Que en razón de todo lo señalado, y considerando el alcance con que debe interpretarse el derecho a la salud según lo desarrollado más arriba, se puede afirmar que la cirugía de feminización facial peticionada se encuentra amparada por la ley de identidad de género y su decreto reglamentario. Ello toda vez que la enumeración efectuada en dicho decreto no es taxativa, que la finalidad perseguida por la actora no es otra que la de adecuar su cuerpo a su identidad de género autopercibida y que el criterio interpretativo siempre debe ser favorable al ejercicio del derecho a la identidad de género.

XXI. Que no puede soslayarse que la actora pertenece a una minoría que históricamente ha sido discriminada, relegada y empujada a la marginalidad, situación que, por medio de la sanción de la ley de identidad de género el Estado ha buscado revertir o al menos mitigar.

Es oportuno recordar las reflexiones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ocasión de revocar la sentencia que había confirmado la

resolución de Inspección General de Justicia por la cual se había denegado personería jurídica a la Asociación *"Lucha por la Identidad Travesti - Transexual"* por considerar que sus objetivos no se vinculaban con el bien común.

En esa oportunidad, el Máximo Tribunal federal resaltó 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"*.

Asimismo, sostuvo que *"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).

XXII. Que en cuanto las manifestaciones vertidas por la ObSBA referidas a que no se encuentra registrada como agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud, cabe señalar que la ley 472 establece que la aludida obra social "*tendrá por objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación*", y que se regirá por las previsiones de la referida ley, las disposiciones que adopten sus órganos de conducción, la ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires 153 y, en forma supletoria y en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones contenidas en las leyes nacionales 23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes (conf. arts. 2 y 3, ley 472).

Asimismo, los criterios de las leyes 23.660 y 23.661 resultan cuando menos orientadores para dilucidar situaciones análogas que puedan plantearse respecto de otras obras sociales, especialmente para determinar las obligaciones mínimas que les atañen en materia de salud. De lo contrario, se estaría aceptando que la sola voluntad de la ObSBA de no adherirse al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 le

permita incumplir obligaciones que pesan sobre el conjunto de los agentes que integran el sistema de salud.

En esta inteligencia, la jurisprudencia local ha receptado *"la proyección social de la actividad de las obras sociales, en tanto al vincularse con derechos personalísimos de la persona humana, como son la salud y la vida, impone apreciar sus deberes bajo el prisma de esta función social de la que son titulares"* (Sala II, *"Freire María Elena c/ ObSBA s/ amparo"*, EXP 42.685, 06/03/12).

XXIII. Que, por último, en atención al modo en que se resuelve y en miras a que el derecho aquí reconocido no se torne ilusorio por el mero transcurso del tiempo, corresponde hacer lugar a la medida cautelar requerida por la parte actora, la cual tendrá idéntico alcance a la condena de autos.

XXIV. Que, en virtud de todo lo dicho y de conformidad con las normas citadas, corresponde ordenar a la ObSBA que, en el plazo de 10 (diez) días, otorgue a T. (R.F.) F. cobertura integral de la cirugía de feminización facial completa, según el detalle que obra a fs. 95/96, y sus exámenes prequirúrgicos correspondientes.

XXV. Que las costas deberán ser soportadas por la obra social vencida dado que no se advierten motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota (conf. art. 14, C.C.A.B.A., y arts. 62, CCAyT y 28, ley 2145).

En mérito de lo expuesto, **SE RESUELVE:**

1. Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y, en consecuencia, ordenar a la ObSBA que, en el plazo de 10 (diez) días, otorgue a T. (R.F.) F. cobertura integral de la cirugía de feminización facial completa, según el detalle que obra a fs. 95/96, y sus exámenes prequirúrgicos correspondientes.

2. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada, en los mismos términos del punto 1.

3. Imponer las costas a la demandada vencida (conf. art. 28, ley 2145 y 62, CCAyT).

Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaría y, oportunamente, archívese.