



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 23
SECRETARIA N° 46

H., C. M. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO -
SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS

Número: EXP 114755/2022-0

CULJ: EXP J-01-00114755-9/2022-0

Actuación Nro: 1285614/2022

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24 de mayo de 2022.-

VISTOS: estos autos para resolver la medida cautelar solicitada.

RESULTA:

I. A fs. 2/57, mediante actuación 1095523/2022, se presentó la Sra. C. M. H., por derecho propio y como letrada en causa propia, e interpuso acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante, Ob.SBA- con el objeto de que se ordene “*la cobertura integral de la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia) en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 26.743 y su normativa complementaria; arts. 41, 42, 43, 75 y Ccdtes. de la Constitución Nacional, art. 11, 14, 20 y Ccdtes. de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, Ley de Salud de la Ciudad de Buenos Aires N° 153 y en garantía del derecho a la salud integral*” (cfme. fs. 2 del expediente digital).

Por otro lado denunció violencia institucional contra las mujeres con sustento en los hechos que motivaron la interposición de la acción. Ello así, solicitó que “*se dicte la medida preventiva urgente haciendo cesar los hechos de violencia acogiendo favorablemente la medida cautelar peticionada*” (cfme. fs. 2 del expediente digital).

Concretamente, como medida cautelar peticionó que se ordene “*a la demandada que proceda a cubrir la intervención quirúrgica (...) solicitada, en los términos indicados por [su] médico tratante, conforme fuera requerido en el objeto de la presente acción, iniciando a la brevedad el dicho tratamiento hasta tanto se dicte sentencia de fondo*” (cfme. 3 del expediente digital).

Relató que en fecha 18/III/2021, de conformidad con lo oportunamente indicado verbalmente en la Dirección General de la Ob.SBA, en su carácter de afiliada, le envió a la obra social mencionada un correo electrónico requiriendo, en los términos del artículo 1° del Anexo I del decreto 903/2015 reglamentario del art. 11 de la ley 26.743, “*la cobertura del 100 % de cirugía de reasignación genital de femenino (vaginoplastía)*”, acompañando presupuesto “*emitido por la Dra. Claudia Capandegui*”. (cfme. fs. 3 del expediente digital). A fin de acreditar dicho extremo, se remitió al mail ofrecido como

prueba.

Señaló que, en fecha 22/VII/2021, la parte demandada mediante un mail adujo que se retendrían los actuados hasta tanto presentara la documentación que detallaba y cuyo requerimiento ya había sido formulado y notificado a fs. 13. En concreto, requería: *“Resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación de auditoría”* (cfme. fs. 4 del expediente digital).

Como consecuencia de ello, en esa fecha, envió un correo electrónico a la parte demandada solicitando aclaraciones respecto de la supuesta notificación recibida. Ello, toda vez que, según explicó, no había recibido la notificación de fs. 13, como así tampoco se le había indicado número de expediente, carpeta o alguna otra forma de identificación del trámite. A su vez, en dicho contexto, impugnó el requerimiento de resumen de historia clínica con todos sus antecedentes, por cuanto a su entender, excede el requerimiento único del art. 11 de la ley 26.743 que es el consentimiento. En tal inteligencia, reiteró la solicitud de la cobertura formulada en fecha 18/III/2021, en los términos en que fuera peticionada.

Agregó que en la fecha mencionada en el párrafo anterior, recibió un correo electrónico de la parte demandada en donde se le indicó que *“el reclamo no correspond[ía] a es[a] área [y que] [e]n la cadena de mails se enc[ontraba] el correo donde deb[ía] remitirse”* (cfme. 4/5 del expediente digital).

Ante dicha respuesta, en fecha 22/VII/2021, contestó solicitando a la obra social que reenviara su solicitud al área competente o, en su defecto, que le indicara el correo electrónico al cual debía dirigirla.

Con fecha 10/VIII/2021 según comentó, presentó ante la Ob.SBA una nota mediante la cual acompañó su historia clínica y peticionó pronto despacho de su presentación de fecha 18/III/2021.

Con posterioridad a ello, se explayó en relación al contenido de su historia clínica acompañada al reclamo mencionado. En efecto, consignó: *“Paciente de 56 años que refiere identificarse y sentirse mujer. Los adornos, vestimenta y comportamiento son los asignados desde el punto de vista social al género femenino siendo biológicamente hombre. En el marco de la Ley 26.743 de identidad de género, solicita cirugía de reasignación genital feminizante. La paciente se encuentra realizando terapia de reemplazo hormonal la cual debe suspender 30 días antes de la cirugía”* (cfme. 7 del expediente digital).

En lo concerniente al accionar de la demandada, adujo que no la había notificado de resolución alguna y enfatizó que luego de interpuesto el pronto despacho, no se pronunció al respecto. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, consideró al silencio de la Administración como denegatoria tácita (cfme. fs. 7/8 del expediente

digital).

En otro orden de ideas, cuestionó que la parte demandada había asumido una actitud transfóbica. En apoyo a su tesis, aseveró que dicha práctica es recurrente en la conducta de la parte demandada y quedaría plasmada “(...) *al exigir (...) arbitrariamente a las personas trans que judicialice[n] [sus] solicitudes de cobertura de prácticas de salud trans de manera de desalentar las mismas*” (cfme. fs. 8/9 del expediente digital). En esta inteligencia, se refirió al precedente “*Forace, Tatiana (R.F.) contra Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) sobre Amparo - Salud Medicamentos y Tratamientos*”, EXP 12330/2018-0, CUIJ: EXP J-01-00022964- 0/2018-0.

Hizo alusión también, a la Opinión Consultiva N° 24/2017, Acápito 39, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en donde se refiere que “*las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en ‘la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud(...)*” (cfme. fs. 10 del expediente digital. El subrayado pertenece al original).

Asimismo, puntualizó que “[e]l *arbitrario e injustificado retardo de la accionada descripto constituye violencia de género en la modalidad de violencia institucional contra las mujeres*” (cfme. fs. 11 del expediente digital). Reseñó la definición dada por el inciso b) del artículo 6° de la ley 26.485 respecto a la “*violencia institucional contra las mujeres*” y sostuvo que en mérito al artículo 26 inciso a.7. de la Ley 26.485 correspondía adoptar como medida preventiva urgente “*...hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer...*” (cfme. fs. 11 del expediente digital).

Reiteró que habiendo transcurrido un plazo excesivo para que la parte demandada apruebe su petición, continuaba con sus prácticas transfóbicas discriminatorias causándole un perjuicio al no pronunciarse sobre su petición. En mérito de ello, solicitó que se ordene el cese de tales prácticas haciendo lugar a la medida cautelar solicitada y admitiendo la presente acción.

Luego, brindó los fundamentos jurídicos que sostienen su pretensión. En tal sentido, en primer lugar hizo referencia al derecho a una vida digna. Manifestó que se inserta dentro de los “*derechos de tercera generación*” y que adquirió vigencia con lo que se conoce como “*derecho a la identidad personal*”, entendiéndolo como “*el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos*” (cfme. fs. 13 del expediente digital).

A más de ello, recordó que “*el derecho a la identidad personal fue reconocido luego de años y años de lucha de las organizaciones que agrupan a las personas trans*

por medio de la Ley 26.743” (cfme. fs. 13 del expediente digital). A pesar de ello, según explicó, los derechos aún se encuentran pendientes de reconocimiento. Con el fin de sustentar dicha afirmación, señaló que ello quedaría plasmado en la necesidad de recurrir a esta vía, “a fin de acceder a su derecho a la salud integral, adecuación corporal, e identidad, a partir del rechazo tácito a la intervención quirúrgica de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia), que hace a la completitud [su] identidad autopercebida” (cfme. fs. 13 del expediente digital).

En lo que a esta cuestión importa, destacó que “[l]a adecuación de [su] imagen corporal, hace a [su] identidad, [resultando] un elemento fundamental para la construcción [de su] identidad”. A su vez, argumentó que “[l]a dignidad supone así, tal como es reconocida por la ley 26.743, el derecho a adecuar la corporalidad en función de la identidad autopercebida, siendo el cuerpo, la imagen, un elemento central de la dignidad de las personas” (cfme. fs. 13 del expediente digital).

Al referirse al derecho a la salud e integridad física, señaló que la OMS considera a la salud como un derecho fundamental desde el año 1946, y que lo define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”. Añadió que diversos instrumentos internacionales de derechos humanos han consagrado el derecho a la salud, encontrándose en lo más alto del ordenamiento jurídico argentino, gozando de jerarquía constitucional (CN, art. 75, inciso 22) (cfme. fs. 14 del expediente digital). Detalló también la normativa que consagra el derecho de la salud de las personas en el ámbito local, nacional e internacional (cfme. fs. 15/18 del expediente digital).

Afirmó que “la autopercepción de [su] identidad, y el acceso integral a la salud, implican por tanto el reconocimiento de la adecuación corporal, como parte de este proceso de salud, que no solo supone la ausencia de enfermedad, sino que implica un estándar más amplio, en razón del desarrollo individual, el plan de vida y la dignidad de la persona. Así, resulta completamente imposible excusarse, para la cobertura integral de la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia), como parte de [su] adecuación corporal, al acceso a la salud integral, en la enunciación del Decreto Reglamentario 903/2015” (cfme. fs. 18 del expediente digital).

Desde otro vértice, la actora alegó que es una mujer trans, cuyo grupo o colectivo fue históricamente vulnerado. Respecto de dicha cuestión sostuvo que “[l]o trans genera en nuestra sociedad historias de constante menoscabo de derechos de raigambre constitucional, que lleva a las personas a una verdadera ‘muerte civil’, sin lograr respeto por sus derechos. Entre los derechos constitucionales vulnerados podemos enumerar: a la igualdad y la no discriminación, al trabajo, a la seguridad física, a la seguridad social, a la privacidad, a la salud integral, a una adecuada calidad de vida y a la dignidad personal” (cfme. fs. 19 del expediente digital).

En cuanto a la postura asumida por la demandada, manifestó que “(...) *pierde de vista el fondo de la cuestión misma, la voluntad del legislador, que fue el de acercar a las personas trans a la mayor dignidad y salud posible, garantizando el acceso a todas aquellas técnicas médicas, susceptibles de mejorar su calidad de vida, a través de la adecuación corporal. En este caso, la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (Vaginoplastia)*” (cfme. fs. 21 del expediente digital).

En otro orden, se explayó en relación a la procedencia de la vía elegida y expuso que la acción de amparo es la acción expedita, rápida y gratuita que procede, de conformidad con lo establecido por el art. 43 de la Constitución Nacional (cfme. fs. 22 del expediente digital). Ello así, entre otras cuestiones, señaló que la naturaleza de los derechos debatidos, entre los que se encuentran la protección del derecho a la identidad de género y la salud integral, son reconocidos y consagrados por la legislación vigente y exigen una inmediata reparación. Luego, citó jurisprudencia relacionada a esta cuestión.

En punto a los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar, en primer lugar y en lo concerniente a la verosimilitud en el derecho, refirió que se encontraba acreditado de manera cierta el derecho que le asiste. Ello, toda vez que a su entender “[r]esulta *palmaria la vulneración al derecho a la salud, a la adecuación corporal, al desarrollo de un plan de vida acorde a la identidad autopercebida, a la salud integral, y a una vida en dignidad, acorde con el proceso de identificación que ven[ía] realizando*” (cfme. fs. 29 del expediente digital). A más de ello, sostuvo que la verosimilitud en el derecho surge inequívocamente del texto de la ley 26.743 y su decreto reglamentario 903/PEN/2015.

En lo atinente al peligro en la demora, enfatizó que llevaba un prolongado tiempo esperando y reclamando a la demandada. Indicó también que “(...) *el mero transcurso del tiempo, (...) disminuye día a día la probabilidad de obtener un resultado satisfactorio mediante el tratamiento solicitado habida cuenta de [su] edad (58 años) lo que (...) aumenta el riesgo quirúrgico*” (cfme. fs. 28 del expediente digital). A continuación, ofreció contracautela (cfme. fs. 30 del expediente digital).

Con posterioridad, se refirió a la legislación y a la jurisprudencia que consideró aplicables al caso, fundó en derecho su pretensión e hizo reserva de la cuestión federal.

Por último acompañó la prueba documental en su poder (agregada a fs. 37/57 del expediente digital).

II. A fs. 60/62 del expediente digital (cfme Actuación Nro: 1102250/2022), se requirió a la actora que formulara las precisiones que estimara corresponder, dado que en los puntos II.3, II.4 y II.5 del libelo de inicio, consignó como fecha de recepción y remisión de correos electrónicos el día “22 de julio de 2022”. Asimismo, se ordenó correr traslado a Ob.SBA, a fin de que se expidiera sobre la inconveniencia de adoptar la medida cautelar

requerida (cfme. arg. art. 14, Ley 2.145, t.o. año 2018). A idéntico tiempo, como media para mejor proveer, se le requirió que, “(i) Remita copia de la carpeta administrativa N° 620/2021, mediante la cual habría tramitado la solicitud de cirugía de reasignación genital de femenino (vaginoplastía), formulada por la Sra. C. M. H., DNI , N° de afiliación , aclarando el estado en que se enc[ontraba] el trámite en la actualidad. (ii) Indique si [había dado] respuesta a dicho requerimiento y en tal caso cuál ha[bía] sido, acompañando las constancias respaldatorias que den cuenta de ello. En caso que no hubiera brindado respuesta alguna, acredit[ara] fund[ara] y explicit[ara] los fundamentos de la conducta asumida. Explicit[ara] el sustento normativo del requerimiento de “(...) resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación de la auditoría” que le habría cursado a la actora vía mail (cfme. documental obrante a fs. 50/51 del expte. digital). (iv) Remita toda actuación administrativa que se hubiere labrado con motivo de la/s petición/es efectuada/s por la Sra. C. M. H., DNI , N° de afiliación . En particular, deb[ía] identificar y remitir las actuaciones generadas con motivo del pronto despacho interpuesto en fecha 18/VIII/2021 por la accionante (cfme. fs. 56 del expte. digital). (v) Se expida en relación a cualquier otra cuestión que conside[rara] relevante referida a la solicitud de cirugía de reasignación genital de femenino (vaginoplastía), formulada por la Sra. C. M. H., DNI , N° de afiliación . Todo ello, bajo apercibimiento de resolver con las constancias de autos y considerar la negativa a presentarlo una presunción en su contra (cfme. Art. 316 del CCAyT de aplicación supletoria en los términos del art. 26, Ley 2.145)”.

A fs. 63/64 del expediente digital, se dejó constancia del envío de un correo electrónico a la OB.SBA a fin de notificar la providencia identificada bajo la actuación 1102250/2022.

A fs. 65/66 del expediente digital, la actora aclaró que debido a un error involuntario en los puntos II.3, II.4 y II.5 del libelo de inicio consignó “22 de julio de 2022” debiendo haberse consignado “22 de julio de 2021”, lo que solicitó se tuviera por enmendado.

III. A fs. 69/104 del expediente digital, se presentó la demandada por medio de sus letrados apoderados, los Dres. Laura V. Cisneros Argañaraz y Raúl Poma, quienes acreditaron su personería con la copia del poder general que obra a fs. 93/104 del expediente digital. En atención a la requisitoria efectuada en autos, en primer lugar remitieron copia de las actuaciones administrativas 620/2021, y en relación a ellas aclararon que se encontraban en “trámite pendiente de resolución”.

Seguidamente, reconocieron que en el marco de las actuaciones administrativas se le había solicitado a la Sra. C. M. H. un resumen de historia clínica, con todos sus antecedentes para la evaluación de la auditoría médica. En lo que refiere a dicha

requisitoria, precisaron que para la realización de una auditoría médica, el documento esencial resulta ser la historia clínica, por cuanto allí se registra la totalidad de las prestaciones médicas recibidas por la paciente. A mayor abundamiento, señalaron que la evaluación que realiza la auditoría tiene por objeto evitar que se produzca un daño en la salud de la afiliada, “(...) *con sustento en la normativa constitucional y los tratados internacionales*” (cfme. fs. 70 del expte. digital).

A fs. 72/92 del expediente digital, luce aportada la documentación acompañada por la parte demandada, la cual se corresponde con la carpeta 620/2021, caratulada H. C. REASIGNACIÓN GENITAL.

IV. A fs. 105/107 del expediente digital (cfme. actuación 1143536/2022), se tuvo por contestado parcialmente el traslado conferido en actuación 1102250/2022. En dicha inteligencia, se advirtió que únicamente la Ob.SBA. se había pronunciado respecto de lo solicitado en el punto VII.(i) de la actuación 1102250/2022 y que no había indicado el sustento normativo del requerimiento de “(...) *resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación de la auditoría*” que le habría cursado a la actora vía mail (cfme. documental obrante a fs. 50/51 del expte. digital). En consecuencia, se reiteró la intimación oportunamente cursada para que la demandada contestara en el plazo de un (1) día, bajo apercibimiento de resolver con las constancias obrantes en autos (cfme. art. 316 del CCyT de aplicación supletoria en los términos del art. 26, ley 2.145).

No obstante ello, se ordenó sustanciar la presentación de la demandada y la documentación, para que la parte actora se expidiera al respecto, lo que hizo a fs. 110/117 del expediente digital.

En respuesta, la actora adujo que no se verificaba la existencia de causal alguna para la suspensión de la práctica cuya cobertura solicitaba, como consecuencia de la emergencia sanitaria por la propagación del COVID 19. En esta línea argumentativa, afirmó que la cirugía se realizaría en el Sanatorio Los Tilos, de la ciudad de La Plata. En función de la ubicación del centro médico, sostuvo que no resultaba aplicable el decreto 137/GCABA/2021. Al respecto, precisó que si bien regía la resolución 1297/2021 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos, no se encontraba acreditado en las actuaciones administrativas el porcentaje de ocupación de camas que ameritara la postergación de la cirugía.

En segundo lugar, postuló que al omitir la demandada pronunciarse respecto de lo peticionado y del pronto despacho, se estaría configurando la denegación tácita alegada en el libelo de inicio. Dicha circunstancia, a su entender, reforzaría “(...) *la valoración del grado de verosimilitud del derecho oportunamente invocado*” (cfme. fs. 114 del expediente digital).

En tercer lugar, se pronunció en relación a la documentación acompañada por

la Ob.SBA y cuestionó que “(...) mantuvo ilegítimamente inactiva las actuaciones administrativas desde el 9 de abril de 2021 hasta el 16 de junio de 2021 y desde el 17 de agosto de 2021 hasta la fecha de interposición de la demanda”. Ello así, consideró que la conducta asumida por la obra social demandada “(...) configura[ría] el supuesto de “violencia institucional contra las mujeres” (cfme. 115 del expediente digital).

A fs. 120/121 del expediente digital (cfme. actuación 1160280/2022), se tuvo por contestado el traslado conferido a la actora mediante actuación 1143536/2022. V. A fs. 122/123 del expediente digital, la Ob.SBA en cumplimiento con lo ordenado en actuación 1143536/2022, indicó que “(...) el sustento normativo aplicable respecto de la solicitud de resumen de historia clínica (...) está dado por la ley 26.529 art. 3º, la ley 17.132 en su art. 2 inc. a), en la ley 153, (...), y básicamente en razón de que la historia clínica es una herramienta imprescindible para cualquier tipo de intervenciones quirúrgicas” (cfme. 122 del expediente digital).

De ello, a fs. 124/125 del expediente digital (cfme. actuación 1175126/2022), se ordenó correr traslado a la parte actora.

A fs. 126/131 del expediente digital (cfme. actuación 1189989/2022), la actora contestó el traslado conferido. En primer lugar, señaló que “(...) la accionada no explica cómo las normas que refiere se vinculan con la arbitraria exigencia de historia clínica [ni tampoco] cómo tales normas generales derogarían o excusarían del cumplimiento del mandato de la norma especial del art. 11 de la ley 26.743” (cfme. fs. 126 del expediente digital).

Indicó que el requerimiento efectuado por la demandada pretendería eludir el principio hermenéutico establecido en el artículo 13 de la ley 26.743. Ello, por cuanto sostuvo que la mencionada exigencia médica habría sido determinada, según dichos de la actora, sin previo dictamen del área jurídica, sustrayéndose en forma arbitraria de lo dispuesto en los arts. 11 y 13 de la ley 26.743.

Puntualizó que la Ob.SBA no justificó el motivo por el cual no fue requerida la historia clínica luego de decidir la aprobación de la respectiva cobertura “(...) por lo que no ha[bría] logrado descartar la evidente calificación de dilatoria y desalentadora de los reclamos de las afiliadas trans” (cfme. fs. 127 del expediente digital).

Luego, aseveró que la aquí demandada no habría explicado la razón por la cual “una vez satisfecha la arbitraria exigencia, paralizó de hecho la tramitación de las actuaciones administrativas” (cfme. fs. 127 del expediente digital), comportamiento que, según la amparista, confirmaría la finalidad arbitraria y dilatoria del requerimiento de historia clínica.

A su vez, hizo alusión al artículo 19 inc. c) de la ley 26.529 y a la falta de legitimación de la Ob.SBA para solicitar la aludida exigencia médica, indicando que “se enc[ontrarían] legitimados los médicos para requerir la misma ‘...cuando cuenten con

expresa autorización del paciente... ’’ (cfme. fs. 128 del expediente digital).

Finalmente, apuntó que el requerimiento de una historia clínica vulneraría el principio de despatologización que inspiró a la ley 26.743.

VI. A fs. 132/133 del expediente digital (cfme actuación 1191498/2022) se tuvo por contestado el traslado conferido y pasaron los autos a resolver la medida cautelar peticionada.

Y CONSIDERANDO:

I. Cabe señalar que la petición cautelar deducida en estos autos se enmarca en lo previsto por el artículo 14 de la ley local 2.145 (texto consolidado 2018). Son también aplicables en forma supletoria, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la acción de amparo, los artículos 177 y concordantes del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires –cfme. artículo 26 de la ley 2.145 (texto consolidado 2018)–.

La primera norma citada admite el dictado de las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva. Con idéntica lógica, el art. 177 del CCAyT dispone que ellas deben procurar garantizar los efectos del proceso.

En este sentido, resulta claro que el fin primordial del remedio precautorio es evitar que la sentencia definitiva pueda resultar de cumplimiento ilusorio, frustrándose la pretensión amparista, ante un objeto imposible de alcanzar de aguardar al dictado de la sentencia.

Respecto de los presupuestos exigibles para el dictado de una medida precautoria, el artículo 14 de la ley de amparo establece que “[e]n las acciones de amparo contra autoridades públicas son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: *Verosimilitud del derecho, Peligro en la demora, No frustración del interés público, Contracautela*”.

Cabe tener presente que es un principio sentado por la jurisprudencia del fuero que para hacer lugar a una medida cautelar, a mayor “*verosimilitud*”, menor necesidad de “*peligro en la demora*”; y a mayor “*peligro en la demora*”, menor necesidad de “*verosimilitud*” (cfr., CCAyT, Sala II, 21/XI/2000, “*Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA)*”).

Es de destacar que el mentado principio resulta aplicable, necesariamente, cuando ambos extremos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se hallan presentes -aún en grado mínimo- en el caso (CCAyT, Sala II, 17/VI/2008, “*Medina, Raúl Dionisio c. GCBA s/ otros procesos incidentales*”).

Por lo demás, la medida cautelar peticionada en autos revestiría carácter innovativo, toda vez que tiene por objeto alterar el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, y como tal, se enmarca en lo previsto en el artículo 177 del

CCAyT, el que prevé que: *“las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo...”*.

Es dable recordar que dentro de las medidas cautelares, la innovativa es una decisión de carácter excepcional, ya que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Ello es así, toda vez que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su adopción (CSJN, 25/VI/1996, *“Pérez Cuesta SACI c/Estado Nacional”*, entre otros, Fallos: 316:1833, y causas E.121. XXVII *“Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/Estado Nacional -D.G.I.-”* y S.1530.XXXII *“Super Todo S.A. c/Se.Na.S.A. s/amparo -incidente de apelación medidas cautelares-”*, del 10/VIII/1995 y 06/V/1997, respectivamente).

En este sentido, se ha afirmado también que *“la aplicación de medidas cautelares innovativas, dados sus particulares efectos, debe juzgarse con criterio restrictivo y excepcional, determinando la concurrencia fáctica de los presupuestos a observar para el dictado de toda medida cautelar así como de uno que le es propio: la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable (FALCÓN, ENRIQUE M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t.V, pág. 108, nota 31). Ello, por cuanto la medida cautelar innovativa no persigue mantener el status existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado”* (CCAyT, Sala I, 04/V/2006, *“Barbarito Ana c/GCBA s/otros procesos incidentales”*).

En el mismo sentido, cabe poner de manifiesto que si bien en el supuesto de autos la medida requerida implica resolver, aunque en forma provisoria y sin debate previo, una cuestión litigiosa que involucra la resolución de la cuestión de fondo debatida, cierto es que a ello debe contraponerse la posible afectación de derechos esenciales.

Asimismo, los jueces tienen la facultad de disponer una medida cautelar distinta de la solicitada o limitarla, a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los derechos o intereses y teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intenta proteger (cfr. artículo 184 del CCAyT). Se ha dicho que: *“...debe tenerse en cuenta que las medidas precautorias deben decretarse y cumplirse sin audiencia de la otra parte (art. 181 CCAyT), de allí que los jueces puedan otorgar una cautelar diferente a la pedida. Del mismo modo, importaría un dispendio procesal disponer la medida solicitada a sabiendas de que ante el pedido del afectado la medida será modificada.”* (cfr. SABA, P.A. y BARBARÁN, J., comentario a los artículos 177, 182, 183, 184, 185 y 186 en *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y concordado* [BALBÍN, Carlos F. –Dir.–], T. I, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 433/434).

II. En consecuencia, se analizará el cumplimiento de los extremos necesarios

para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por la señora C. M. H., a los fines de que se le ordene a la demanda a *“cubrir la intervención quirúrgica (...) solicitada, en los términos indicados por [su] médico tratante, conforme fuera requerido en el objeto de la presente acción, iniciando a la brevedad el dicho tratamiento hasta tanto se dicte sentencia de fondo”*.

III. En virtud de lo expuesto, corresponde adentrarse en el análisis de los presupuestos de procedencia de la medida cautelar solicitada, conforme lo estipulado en el considerando I de la presente resolución.

IV. En primer lugar, será preciso examinar el requisito de verosimilitud del derecho. En consecuencia, se procederá a reseñar la normativa aplicable al caso.

IV.1. En primer orden, corresponde referirse a los derechos y garantías de rango constitucional en juego.

IV.1.1. Desde este vértice, se observa que la Constitución Nacional, en su artículo 14 bis, consagra el derecho a la seguridad social, en el artículo 16 el derecho a la igualdad entre los habitantes de la Nación, así como también reconoce, en su artículo 19, completa libertad a los individuos para determinar sus elecciones de vida, con excepción de aquellas que pudieran causar un perjuicio a los derechos de terceros. Por su parte, en el artículo 75 inciso 22, otorga jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, en los que se reconoce el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad.

IV.1.2. En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce en el artículo XI, que, *“[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

La DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, en el artículo 22, reconoce el derecho a la seguridad social y en el artículo 25, establece que, *“[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...)”*.

La CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 4º, establece que, *“[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida”* y, en el artículo 5º, *“[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*.

Por su parte, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, en el artículo 9º, reconoce *“el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”* Asimismo, en el artículo 12 establece *“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

Finalmente, el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, en su artículo 6º, inciso 1º dispone que, *“el derecho a la vida es inherente a la persona humana”*.

IV.1.3. Resulta necesario ahora destacar que la aplicación de los instrumentos mencionados, conforme lo exige el artículo 75 inciso 22 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, debe ser en *“las condiciones de su vigencia”*. Esta expresión indica tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por nuestro Estado, como el alcance interpretativo dado por la jurisprudencia internacional.

En este punto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha expresado: *“...esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (...)”* (CSJN, 1995, *Giroldi, Fallos*, 318:514). También incluyó como guía para la interpretación y aplicación de la Convención a las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CSJN, 1996, *Bramajo, Fallos*, 319:1840).

Respecto de las decisiones y recomendaciones de los Comités de Seguimiento de los Tratados Internacionales, ha expresado *“...cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”* (CSJN, Aquino, 2004, *Fallos*, 2652. XXXVIII).

En idéntico sentido expresó: *“...El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional”* (CSJN, Torillo, 2009, *Fallos*, 332:709).

Igual interpretación debe ser asignada a las sentencias emanadas de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

IV.1.4. Establecida la relevancia constitucional de las decisiones y recomendaciones de los órganos internacionales mencionados, corresponde detenernos en primer lugar en lo actuado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional por los Estados Partes.

En efecto, vemos que en la Observación General N° 14 interpreta el artículo 12 del PIDESC y establece que *“[l]a salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”* (párr. 1).

En cuanto al contenido normativo, la Observación en mención señala que, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre los que figura *“el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”* (párr. 8).

Asimismo, en el párrafo 12 se señalan los elementos que abarca este derecho (disponibilidad; accesibilidad; aceptabilidad; calidad).

Por su parte, la Observación General N° 19, interpreta el derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 9° del PIDESC. Allí, el comité establece que, el derecho a la seguridad social *“incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”* (párr. 2).

Asimismo, *“incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”* (párr. 9).

IV.1.5. Por otro lado, es preciso hacer mención del principio de igualdad contenido en la norma fundamental.

Este principio, como bien ha señalado la CSJN, ha alcanzado su máxima consagración y pertenece al *juscogens*: *“puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter*

‘imperativo’, rige en el ‘derecho internacional general’, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a ‘nivel internacional o en su ordenamiento interno’ [...]. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente, obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de ‘medidas positivas’ para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un ‘deber especial’ de protección” (CSJN, 2010, "Álvarez", Fallos, 333:2306).

El fundamento igualitario que impregna el ordenamiento jurídico, permite la concreción de la autonomía consagrada en el artículo 19 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL. Como lo ha expresado la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN: *“el artículo 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa*

según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio [...]. Vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional" (CSJN, Albarracini Nieves, 2012, Fallos: 335: 799).

Conforme ha señalado la doctrina, las medidas de acción positiva *“en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos”* (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, T. II, 4ta. edic. 3a. reimp., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 235).

En lo que aquí importa, conviene tener presente que el artículo 16 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, en su parte pertinente establece que *“(...) [t]odos sus habitantes son iguales ante la ley”*.

La DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE en su artículo II reconoce el derecho a la igualdad ante la ley *“[t]odas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*.

Por su parte, la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, establece en su artículo II que *“[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. Luego, en su artículo VII, proclama la igualdad ante la ley: *“[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación (...).”*

IV.1.6. Continuando el análisis, corresponde analizar las previsiones normativas contenidas en la CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (en adelante, CCABA).

En su artículo 10 dispone que: *“[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.”*

Asimismo, el artículo 11, reconoce que *“[t]odas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción*

de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

A su vez, el artículo 20 de la CCABA garantiza el *derecho a la salud integral* y establece que “[s]e aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad”.

Por su parte, la parte pertinente del artículo 36 de la CCABA “(...) garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas que permitan su ejercicio efectivo en todos los ámbitos, organismos y niveles y que no serán inferiores a las vigentes al tiempo de sanción de esta Constitución”.

En el artículo 37 de la CCABA “[s]e reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos (...)”. A su vez, mediante el artículo 38 de la CCABA se “(...) incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres [y se] [e]stimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros”. **IV.2.** Sentado lo anterior, resulta necesario esbozar algunas precisiones sobre la población trans y su protección jurídica.

IV.2.1. A tales fines, corresponde comenzar señalando que en el plano internacional, el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, el art. 2º

reconoce que “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” y el art. 7º afirma que “[t]odos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Por su parte, el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece que cada uno de los Estados-parte se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, “*sin distinción alguna de raza, color,*

sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” y el art. 26 reza “[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A su vez, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su art. 2º que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si bien la orientación sexual y la identidad de género, no se mencionan expresamente entre los motivos de discriminación enumerados en el PIDCyP o en el PIDESC, dicha enunciación no es exhaustiva (de allí el empleo de la fórmula final “cualquier otra condición social”).

Al respecto, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS sostuvo que los Estados estaban obligados a proteger a las personas de la discriminación por razón de su orientación sexual (CDH, “*Toonen v. Australia*”, communication 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992), posición reafirmada en casos posteriores (v. “*Young v. Australia*”, communication 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, par. 10.4; “*X v. Colombia*”, communication 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, parr. 9; y observaciones finales sobre México, CCPR/C/MEX/CO/5, par. 21, y Uzbekistan, CCPR/C/UZB/CO/3, par. 22), así como en observaciones generales de los comités especializados (v. Comité DESC, Comunicación General 20, E/C.12/GC/20, par. 32; Comité de Derechos Humanos, Comunicación General 13, CRC/C/GC/13, pars. 60 y 72(g); Comité contra la Tortura, Comunicación General 2, CAT/C/GC/2, par. 21; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 28, CEDAW/C/GC/28, par. 18).

Por su parte, el Comité DESC, en su Observación General 20, señaló que “cualquier otra condición social” abarca la identidad de género: “[l]os Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto... La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación” (Comité DESC, Observación General 20, 02/VII/2009, E/C.12/GC/20, párr. 32).

En tal sentido, vale la pena destacar que en su “Plan Estratégico 2011- 2015”, la CIDH

incluyó el [Plan de Acción 4.6.i](#), que estuvo específicamente enfocado en las personas LGTBI. Allí se reconoció que “[l]as personas gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales han estado históricamente sometidas a discriminación y continúan siendo sujetas a discriminación, persecución, y otros abusos” y explicó que, “[m]uchos factores contribuyen a esta situación, incluyendo la ignorancia y la intolerancia que llevan a la estigmatización y a la denegación de la igualdad de derechos por los individuos, los grupos y la sociedad como un todo” .

También reconoció la CIDH en dicho Plan de Acción que fuentes de información “apuntan a una hipótesis de trabajo que indica que los problemas sistémicos enfrentados por las personas de estas comunidades incluyen la criminalización, la discriminación en el acceso a los servicios (incluyendo los servicios de salud y justicia), la exclusión y violencia y la invisibilidad de estas violaciones”.

En tal entendimiento, en fecha 15/II/2014 entró en funcionamiento la RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANS E INTERSEX (LGBTI) en el ámbito de la CIDH de la OEA.

La cual observó con preocupación un incremento de las agresiones, hostigamientos, amenazas, y campañas de desprestigio, tanto de actores estatales como no estatales en contra de defensores y defensoras de los derechos de las personas LGBTI. En ese sentido, destacó que “la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de todo individuo y, por lo tanto, existe un derecho a que esté libre de interferencias arbitrarias y abusivas por parte del poder público. Asimismo, en virtud del principio de igualdad y de no discriminación toda persona tiene derecho a que el Estado respete y garantice el ejercicio libre y pleno de los derechos, sin discriminación de ninguna índole y toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona es ‘sospechosa’, en el sentido de que se presume incompatible con el principio de igualdad y no discriminación. Por lo tanto, ante una diferencia de trato de esta naturaleza en el goce de los derechos y libertades fundamentales, el Estado se encuentra en obligación de probar que la diferencia supera el examen o test estricto, es decir, ser objetiva y razonable, lo que incluye perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcional” (CIDH, “Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos en las Américas”, 2011, párr. 327).

Por su parte, la Asamblea General de la OEA ha venido elaborando una serie de manifestaciones y recomendaciones en torno a la problemática trans. En efecto, manifestó “preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género” (OEA, AG, “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, 03/VI/2008, AG/RES. 2435, XXXVIII-O/08). Posteriormente, alentó “a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra

personas a causa de su orientación sexual e identidad de género” (OEA, AG, “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*”, 08/VI/2010, AG/RES. 2600, XLI-O/10). Dicha manda fue reforzada posteriormente al alentar: “*a los Estados Miembros a que, dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de orientación sexual e identidad de género*” (OEA, AG, “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*”, 07/VI/2011, AG/RES. 2653, XLI-O/11), lo que fue ratificado posteriormente (OEA, AG, “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*”, 04/VI/2012, AG/RES. 2721, XLII-O/12). Asimismo, ha instado a los Estados “*en el ámbito de sus capacidades institucionales a que produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica, con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI)*” (OEA, AG, “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad De Género*”, 06/VI/2013, AG/RES. 2807, XLIII-O/13).

En el año 2015, la CIDH publicó un informe relevante en la materia, donde puso de resalto que “*los sistemas binarios de sexo y género han sido entendidos como modelos sociales dominantes en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan sólo dos categorías rígidas, a saber, los sistemas binarios de masculino/hombre y femenino/mujer, excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de estas dos categorías, como por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersex. Estos criterios constituyen juicios de valor sobre lo que deberían ser los hombres y las mujeres...*” (CIDH, “*Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*”, 12/XI/2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, párr. 34).

En dicho informe, con relación a las mujeres trans, señaló que “*la violencia, los prejuicios y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y al interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal. La violencia contra las personas trans, particularmente las mujeres trans, es el resultado de la combinación de varios factores: exclusión, discriminación y violencia en el ámbito de la familia, de la educación y de la sociedad en general; falta de reconocimiento de su identidad de género; involucramiento en ocupaciones que las ponen en un riesgo más alto de violencia; y alta criminalización. Organizaciones latinoamericanas informan que la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 30 a 35 años de edad*” (CIDH, “*Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*”, 12/XI/2015,

OAS/Ser.L/V/II.rev.2, párr. 16).

Allí también se destacó que “[l]as mujeres trans a menudo son expulsadas de sus familias a temprana edad, se involucran en el trabajo sexual cuando son jóvenes, y enfrentan ‘una falta crónica de acceso a los servicios educativos y de salud, oportunidades laborales y vivienda adecuada’ (...)” (CIDH, “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, 12/XI/2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, párr. 373).

En consecuencia, entre las recomendaciones formuladas a los Estados-parte, la CIDH incluyó la de “[a]doptar medidas, incluyendo en materia legislativa, de política pública y programas estatales, para abordar las causas subyacentes de la violencia contra las personas trans y aquellas no conformes con el género. Estas medidas deben asegurar, entre otras, que las personas trans tengan acceso sin discriminación al empleo formal, educación, salud y vivienda” (CIDH, “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, 12/XI/2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, recomendación general 7).

A su vez, la Corte IDH afirmó que “teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana” (Corte IDH, OC 24/2017, sobre *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24/XI/2017).

Interesa también mencionar que la CIDH ha recomendado a los Estados parte a “[i]mplementar políticas de recolección y análisis de datos estadísticos sobre la violencia y la discriminación que afectan a las personas LGBTI, y sobre los diversos aspectos de la vida de las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (por ejemplo, educación, trabajo, vivienda, salud), en coordinación con todas las ramas del Estado, de manera desagregada y sistemática; y utilizar dichos datos en el diseño,

implementación y evaluación de las acciones y políticas estatales dirigidas a estas personas, así como para formular cualquier cambio pertinente en las políticas ya existentes” y a “[d]esarrollar estrategias coordinadas de forma intersectorial, articulando temas con base en múltiples factores, tales como educación, trabajo y seguridad social, alimentación, vivienda y salud, orientadas a garantizar la participación democrática y el empoderamiento de las personas LGBTI” (CIDH, Informe

“Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, 07/XII/2018, OAS/Ser.L/V/II.170, recomendaciones 1 y 2).

Cabe destacar, a su vez, los *“Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”*, de insoslayable consideración para abordar el presente tema, donde se ha reconocido como un hecho de larga data que *“en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experiencias se ven agravadas por otras causales de discriminación, como género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica, y porque dicha violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad”* (*“Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”*, adoptados en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006).

El texto en cuestión, asimismo reconoce derechos humanos de esta población, entre los cuales se encuentran el de disfrute universal de los derechos humanos, de igualdad y no discriminación, a la vida, al disfrute del más alto nivel de salud, a la seguridad personal, a la privacidad, a no ser detenido arbitrariamente, a un juicio justo, a la protección contra todas las formas de explotación, venta o trata de personas, al trabajo, a la seguridad social y otras medidas de protección social, a la educación, a formar una familia, a participar en la vida pública y en la vida cultural, a la vez que impone a los Estados deberes tendientes a protegerlos de manera activa y efectiva.

En lo que respecta al derecho a la salud se establece que *“[t]odas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho”* (Principio 17).

Seguidamente, se enumera el deber de los estados de *“(i) adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que todas las personas tengan acceso a establecimientos, productos y servicios para la salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, así como a sus propias historias clínicas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; (ii) Asegurar que los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas, sin*

discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, y que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad; (iii) garantizar que todos los programas y servicios de salud, educación, prevención, atención y tratamiento en materia sexual y reproductiva respeten la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género y estén disponibles en igualdad de condiciones y sin discriminación para todas las personas; (iv) Facilitar el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género; (v) asegurarán que todos los prestadores de servicios para la salud traten a sus clientes, clientas y las parejas de ellos y de ellas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”.

IV.2.2. En el plano nacional, corresponde destacar que la ley 26.743 de Identidad de Género, publicada en el BO 32404 del 24/V/2012, reconoció que toda persona tiene derecho al “reconocimiento de su identidad de género” y al “libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género” (conf. art. 1º), así como el derecho al trato digno y al deber de respetarse la identidad de género adoptada por las personas (conf. art. 12).

En función del objeto de la medida cautelar peticionada, no puede soslayarse que en el artículo 11 de dicha norma se establece que “[t]odas 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 autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. 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”.

Por su parte, en el art. 13 se dispuso que “[t]oda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, 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”.

Ahora bien, resulta relevante el artículo 1º del anexo del decreto reglamentario 903/PEN/2015 de la Ley de Identidad de Género, en tanto allí queda delineado el alcance del artículo 11 de la ley 26.743: “[s]e 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, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo.”

IV.2.3. Finalmente, en el ámbito local, la Legislatura sancionó la Ley 2.957, publicada en el BOCBA 3107 del 30/I/2009, por la cual se creó un PLAN MARCO DE POLÍTICAS DE DERECHOS Y DIVERSIDAD SEXUAL en el ámbito de la SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS del GCBA, con la finalidad de “*promover la construcción de una ciudadanía plena, sin discriminación con pretexto de la orientación sexual o la identidad de género de las personas*” (conf. art. 1°).

Allí se fijaron objetivos del plan, esto es: “*a. Elaborar, articular y ejecutar políticas públicas tendientes a remover obstáculos que limiten el ejercicio de derechos a las personas con pretexto de su orientación sexual e identidad de género, promoviendo la defensa y el goce de sus derechos para su desarrollo integral en la sociedad; b. Elaborar, articular y ejecutar, con criterios de interdisciplinarietà y participación activa de la comunidad, políticas públicas tendientes a erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género; c. Articular transversalmente las políticas públicas dentro del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los aspectos vinculados con la diversidad sexual, tanto cuando dichas políticas se destinan, en particular, a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT), como cuando lo hacen a la sociedad en general; d. Promover la difusión de información precisa y clara que permita desmontar mitos y prejuicios en relación a la orientación sexual e identidad de género*” (conf. art. 2°).

Posteriormente, la Legislatura sancionó la ley 4.238, publicada en el BOCBA 3992 del 11/IX/2012, con el objeto de “*garantizar el desarrollo de políticas orientadas a la atención integral de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el marco de la Ley Nacional 26.743, la Ley 153 y su decreto reglamentario y la Ley 418*” (conf. art. 1°).

A su vez, se fijaron los siguientes objetivos: “*a. Garantizar el acceso a información, prestaciones y servicios de salud a las personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero; b. Garantizar una atención de la salud respetuosa de la autonomía personal y la dignidad de las personas, en un ámbito de intimidad y respeto de la confidencialidad; c. Contribuir con el libre desarrollo personal de las personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero; d. Promover la igualdad real de trato y de oportunidades de las personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero en el sistema de salud; e. Contribuir en el proceso de despatologización en la atención de la salud de personas intersexuales, travestis, transexuales y transgénero;*

f. *Garantizar el acceso a información, prestaciones y servicios de salud necesarios para que las personas intersexuales, travestís, transexuales y transgénero que lo soliciten, adecuen su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida; g. Coadyuvar con la disminución de la morbimortalidad de las personas travestis transexuales y transgénero vinculada con la realización de tratamientos e intervenciones en condiciones de riesgo”.*

IV.3. Establecido el marco convencional, constitucional, legal y reglamentario en relación a los derechos y garantías en juego conforme el objeto de la medida cautelar peticionada; atento a la calidad del sujeto demandado, es preciso detenernos en la regulación que reciben las obras sociales. Allí encontramos las leyes nacionales 23.660 y 23.661.

En el ámbito local, la ley 472, creó la Ob.SBA, la cual conforme establece el artículo 1º, resulta continuadora del INSTITUTO MUNICIPAL DE OBRA SOCIAL y tiene el carácter de ente público no estatal, organizada como instituto de administración mixta con capacidad de derecho público y privado, contando con individualidad jurídica y autarquía administrativa y económico financiera.

Por su parte, el artículo 3º regula su objeto y a tal efecto dispone que, *“tendrá como objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación”*. Mientras que en su artículo 2º enumera las normas por las que se regirá y, entre ellas menciona, específicamente en sus incisos c) y d), la Ley Básica de Salud 153, y en forma supletoria, las leyes 23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes.

V. Examinado el bloque de juridicidad, corresponde introducirnos en el análisis liminar, propio de este estado procesal, de la situación de hecho correspondiente a la Sra. C. M. H.

V.1. Conforme surge de las constancias acompañadas, se encuentra acreditado que la Sra. C. M. H. es una mujer trans de cincuenta y ocho años de edad, que se encuentra afiliada a Ob.SBA (cfme. documento nacional de identidad, cuya copia digital se acompañó a fs. 38/39 del expediente digital y carnet de Ob.SBA adjunto a fs. 40/41 del expediente digital).

A su vez, conforme prueba documental acompañada, se encuentra acreditado que la actora requirió *“la cobertura del 100 % de cirugía de reasignación genital de femenino”*. En efecto, a fs. 42 del expediente digital se encuentra agregado el presupuesto de reasignación genital de femenino, y a fs. 43/44 obran las constancias de los pedidos que remitió la actora a la Ob.SBA, en fecha 17 y 18 de marzo de 2021.

Frente a dicha petición, recibió la siguiente respuesta: *“[e]n el transcurso de las 72 hs. hábiles estará recibiendo respuesta a su solicitud. Si transcurrido ese tiempo*

no recibe información, por favor comuníquese nuevamente haciendo una breve referencia y adjuntando datos de afiliación” (cfme. fs. 45 del expte. digital).

De acuerdo a la prueba documental adjunta, en fecha 25 de marzo de 2021, la Sra. H. nuevamente remitió un correo electrónico a su obra social. En su texto, hizo referencia al transcurso de las 72 hs. hábiles señaladas en la respuesta automática, y reiteró su solicitud anterior (cfme. fs. 46 del expte. digital). Se encuentra acreditado que, nuevamente, recibió una respuesta automática, la cual nada resolvió respecto de su pedido (cfme. fs. 47 del expte. digital).

En fecha 31 de marzo de 2021, según se desprende de fs. 48 del expte. digital, la actora habría cursado una tercera solicitud a la Ob.SBA. En el marco de su requisitoria, exigió que en 72 horas se le indicara carátula y número de expediente o carpeta. Pese a ello, una vez más recibió una respuesta automática (cfme. fs. 49 del expte. digital).

Así las cosas, de fs. 50 del expediente digital, se advierte que recién en fecha 22 de julio de 2021, habría recibido la siguiente contestación: *“se reitera la notificación de fs. 13 y se retienen los actuados hasta tanto cumplimente la documentación requerida. Resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación de auditoría (...)”*.

En esa misma fecha y como consecuencia de la respuesta recibida, la Sra. H. “[s]olicit[ó] [la] aclaración de la notificación recibida vía correo electrónico toda vez que no h[abía] recibido notificación de fs. 13, [y que] tampoco se indica[ba] número de expediente, carpeta u otra forma de identificación del trámite. Sin perjuicio ello expresamente impugn[ó] el requerimiento de resumen de historia clínica con todos sus antecedentes por exceder el requerimiento único del art. 11 de la ley 26.743 que ordena ‘...se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona...’, por lo que reiter[ó] la solicitud de la cobertura formulada el 18.03.2021 en los términos en que fue peticionada y se apruebe la misma sin más obstaculizaciones ni dilaciones” (cfme. fs. 51 del expte. digital).

Del correo cuya copia obra a fs. 53 del expediente digital, de fecha 22 de julio de 2021, se advierte que la demandada contestó que: *“ el reclamo no correspond[ía] a es[a] área [y que,] [e]n la cadena de mails se encuentra el correo donde deb[ía] remitirse”*.

Frente a ello, la actora nuevamente le envió un correo electrónico a la Ob.SBA en fecha 22 de julio de 2021. En esta oportunidad, entre otras cuestiones, requirió a la obra social que *“tenga a bien reenviar [su] solicitud al área competente o, en su defecto, [se] indique el correo electrónico al cual debería dirigir[la]”* (cfme. fs. 54/55 del expediente digital).

Con posterioridad, en fecha 10 de agosto de 2021, la parte actora interpuso un pronto despacho, bajo referencia: *“Carpeta 620/2021. Acompaña historia clínica.*

Solicita cese de retención y pronto despacho” (cfme. fs. 56/57 del expediente digital). En tal marco de actuación, acompañó su historia clínica, pese a considerar dicho recaudo indebido y dilatorio. Por otro lado, reiteró su solicitud de cobertura de la cirugía de reasignación de genital femenino. Finalmente, hizo reserva de iniciar una acción judicial contra la Ob.SBA.

V.2. Lo expuesto en los párrafos precedentes se corrobora con la documentación acompañada por la demandada (cfme. carpeta 620/2021, caratulada H. C. REASIGNACIÓN GENITAL, obrante a fs. 72/92 del expediente digital).

En particular, se observa que en fs. 1 de la carpeta administrativa remitida (fs. 73 del expediente digital) se agregó una copia del correo electrónico enviado a la casilla *perifericos.honorio@obsba.org.ar*, por la Sra. H., en fecha 31/III/2021. En tal comunicación, indicó que era la tercera solicitud que realizaba y que habiendo transcurrido el plazo de setenta y dos horas, requería que le indicaran carátula y número de expediente.

A su vez, a fs. 74/76 del expediente digital, lucen las solicitudes cursadas por la actora en fechas 18 y 25 de marzo del año 2021.

A fs. 78 del expediente digital, que se corresponde con fs. 6 de la carpeta, se adjuntó el presupuesto para la cirugía presentado por la Sra. H.. A continuación, a fs. 79 del expediente digital, luce una nota de fecha seis de abril de 2021, emanada de la Coordinación Plan Médico Prestacional y dirigida a la Dirección General de Prestaciones Médicas, mediante la cual se remitía a la última de las nombradas para la intervención desde el punto de vista médico y dejando asentado que cumplido ello debía elevarse al Directorio para el tratamiento del presupuesto. Luego de que el expediente haya girado por distintas dependencias (cfme. fs. 80/81 del expediente digital) durante los días 7 y 8 de abril del 2021, según surge de fs. 82 del expediente digital, una integrante del área jurídica se pronunció respecto de la cobertura de la cirugía de reasignación de genital, y dejó asentado que “[l]a *práctica expresamente solicitada se encuentra contemplada en la normativa nacional vigente, no obstante al momento no se encuentra previsto en programa prestacional Ob.SBA*” (cfme. fs. 82 del expediente digital).

A fs. 86 del expediente digital, el responsable médico de la Dirección General de Prestaciones de Salud, en fecha 25 de junio de 2021, solicita que se requiera “(...) *un resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación por la Auditoría médica*” (cfme. fs. 86 del expediente digital), lo cual se habría notificado por mesa de entradas en fecha 28 de junio de 2021 (cfme. fs. 87 del expediente digital), ordenando reiterar dicha notificación en fecha 21 de julio de 2021 (cfme. fs. 88 del expediente digital).

En lo atinente a la mencionada notificación, de fs. 89 del expediente digital se advierte que con fecha 22 de julio de 2021, la actora le envió a Ob.SBA un correo cuyo

texto rezaba: “*se reitera la notificación de fs. 13 y se retienen los actuados hasta tanto cumplimente la documentación requerida. Resumen de historia clínica con todos los antecedentes, elaborado por su médico tratante, para su evaluación de auditoría*”.

Ello así, también en sentido concordante con lo que surge de los dichos y documentación presentada por la señora H., a fs. 91 del expediente digital obra la presentación de fecha 10 de agosto de 2021, mediante la cual acompañó su historia clínica (cfme. fs. 91 del expediente digital), y solicitó el cese de la retención y el pronto despacho de las actuaciones.

De acuerdo a la documentación acompañada por Ob.SBA, el último movimiento de la carpeta administrativa 620/2021, caratulada H. C. REASIGNACIÓN GENITAL, concluiría con una nota que, luego de reseñar lo tramitado en el marco de dicha causa, da intervención a la Secretaría de Directorio. Dicha pieza fue suscripta en fecha 17 de agosto de 2021, por el responsable médico de la Dirección General de Prestaciones de Salud, Jorge Ricardo Kuska.

V.3. Reseñado el intercambio de correos entre la Sra. H. y la Ob.SBA, la carpeta administrativa 620/21, junto con los antecedentes obrantes, y con el grado de provisionalidad propio de esta etapa del proceso, es posible afirmar que, prima facie, la Ob.SBA no ha garantizado a la actora la cobertura de la cirugía que ella requiere.

Conforme fue expuesto, las actuaciones administrativas generadas por la Ob.SBA con motivo de la solicitud de cobertura de cirugía -y acompañadas por dicha parte al expediente-, pese al pronto despacho interpuesto en fecha 10 de agosto de 2021 por la Sra. H. (cfme. carpeta 620/2021, caratulada H. C. REASIGNACIÓN GENITAL, obrante a fs. 72/92 del expediente digital), no han tenido movimiento desde el 17 de agosto de 2021, fecha en la cual un área da intervención a otra de la obra social.

La falta de respuesta a la petición de la actora se corrobora también de la compulsas de autos. Nótese que se le requirió a la demandada que identificara las actuaciones generadas con motivo del pronto despacho interpuesto en fecha 18/VIII/2021 por la accionante (cfme. actuación 1102250/2022) y ésta guardó silencio.

V.4. Resulta relevante señalar, en este estado liminar del proceso que, no pareciera existir controversia respecto del derecho que le asiste a la actora a realizar el tratamiento que requiere y a que la integralidad de los gastos que el mismo demandan sean cubiertos por su obra social, aquí demandada. En efecto, de la carpeta administrativa surge que la demandada reconoce que la práctica cuya realización solicita la Sra. H. se encuentra contemplada en la normativa nacional vigente, advirtiendo -al mismo tiempo- que pese a ello no se encontraba prevista en el programa prestacional de la Ob.SBA en ese momento (ver, fs. 82 del expediente digital).

En dicho contexto, el conflicto entre las partes se suscita cuando Ob.SBA decide diferir el pronunciamiento de su Directorio, respecto del requerimiento de la

actora, hasta tanto se cuente con la historia clínica de la afiliada. Conflicto que se agrava posteriormente por la falta de respuesta que se mantiene hasta la fecha.

Ahora bien, no estando controvertido que a la actora le asiste el derecho a realizarse la cirugía de reasignación de genital -vaginoplastia-, tanto el recaudo de acompañar la historia clínica, como los plazos de tramitación de las actuaciones, se han presentado como obstáculos para el efectivo ejercicio de un derecho normativamente reconocido. Tal como fuera mencionado, desde que la actora presentó su solicitud y consecuentemente se iniciara la carpeta administrativa, hasta la interposición del pronto despacho *-el cual a la fecha no se encuentra resuelto, ni siquiera despachado-* ha transcurrido más de un año. Dicha dilación temporal no encuentra razones atendibles, constituye un óbice en la concreción de los derechos de la actora y, por tanto, se instituye *prima facie* como ilegítima.

V.5. Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes permiten inferir que *prima facie* la obra social demandada ha contravenido mandatos jurídicos establecidos en materia de identidad de género, los cuales fueron reseñados anteriormente y respecto de los cuales según quedó acreditado, la demandada tenía conocimiento. Así, las dilaciones temporales incurridas y los óbices injustificados detectados en la tramitación de la autorización de la cirugía peticionada no guardan relación con el reconocimiento a las personas trans “*de su identidad de género*” y al “*libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género*”, establecido en el art. 1º de la ley 26.743 de Identidad de Género, así como la regla fijada por el art. 13 de dicho cuerpo normativo, según la cual “[t]oda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, 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”.

En la ley aludida, en su artículo 11, se establece que la persona podrá “*a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales (...) para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa*”. Dicho dispositivo se complementa con la obligación impuesta a los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, quienes “*deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce*”, disponiendo a tal efecto que “[t]odas 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”.

Desde este vértice, y tal como quedara plasmado en la carpeta administrativa, no es ocioso mencionar que la vaginoplastia es una intervención quirúrgica que ayuda a

adecuar el cuerpo a la identidad percibida y que se encuentra expresamente enumerada en el artículo 1° del anexo del decreto reglamentario 903/PEN/2015 de la Ley de Identidad, el cual desarrolla el alcance del artículo 11 de la ley 26.743.

Vale recordar, en tal sentido, que el citado artículo 11 de la ley 26.743, establece que las prestaciones allí mencionadas serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), por lo que surge de la nota de fs. 82 del expediente digital, donde una integrante del área jurídica dejó asentado que “[1]a práctica expresamente solicitada se encuentra contemplada en la normativa nacional vigente, no obstante al momento no se encuentra previsto en programa prestacional Ob.SBA,” resulta inatendible.

Por consiguiente, se encuentra despejada cualquier hipótesis respecto de la obligatoriedad de cobertura de la práctica específicamente solicitada por la Sra. H.

Ahora bien, la falta de inclusión de la práctica en el programa de la obra social no puede perjudicar a la actora, a la luz de la normativa vigente. Tampoco se ajusta a derecho, cualquier accionar que obstaculice o dilate la concreción de la cirugía, en virtud de la obligación legalmente impuesta a las obras sociales, de garantizar en forma permanente los derechos reconocidos en la ley de identidad de género; tal como surge del antes transcrito artículo 13 de la ley de identidad de género.

Sucede que el accionar de la obra social, cuanto menos en este estado liminar del proceso, no se vislumbra respetuoso de los derechos reconocidos a la Sra. H. Ello, dado que el procedimiento de tramitación de su cirugía, pese a tener conocimiento que estaba legalmente reconocida, demoró más de un año y motivó la presentación de un pronto despacho, que aún no se encuentra resuelto y respecto del cual la demandada -debidamente intimada por este Tribunal- no se ha pronunciado. Ello, sin mencionar que sin sustento legal se dilató la adopción de una decisión al cumplimiento de ciertos recaudos, tales como el pedido de historia clínica, que deben ser reputados, *prima facie*, como un obstáculo injustificado y, en consecuencia, irrazonable para el reconocimiento y efectiva realización del derecho a la identidad de género de la señora H. (cfme. arts. 1°, 11, 13, ley 26.743 y art. 1° del Anexo del decreto 903/PEN/2015).

En este sentido, vale la pena recordar las palabras de Paul B. Preciado (en ese entonces, Beatriz Preciado), al decir sobre la yuxtaposición de ficciones somáticas que operan sobre nuestros cuerpos: “[c]ómo explicar que a principios del siglo XXI, la rinoplastia (la operación de nariz) sea considerada cirugía estética mientras que la vaginoplastia (construcción quirúrgica de una vagina) y la faloplastia (construcción quirúrgica de un pene) sean consideradas operaciones de cambio de sexo?. Podríamos decir que en la actualidad, y dentro de un mismo cuerpo, la nariz y los órganos sexuales se ven atravesados por dos regímenes netamente diferentes de poder. Mientras que la nariz está regulada por un poder farmacopornográfico en el que un órgano se considera

como propiedad individual y como objeto del mercado, los genitales siguen encerrados en un régimen pre-moderno y casi soberano de poder que los considera como propiedad del Estado (y por extensión, en este modelo teocrático, de Dios) y dependientes de una ley trascendental e inmutable. Pero el estatuto de los órganos en la sociedad farmacopornográfica está viéndose alterado rápidamente, de modo que una multiplicidad cambiante de regímenes de producción operan simultáneamente sobre un cuerpo. Aquellos que sobrevivan a la mutación en curso verán sus cuerpos cambiar de sistema semiótico-técnico, o, dicho de otro modo, dejarán de ser el cuerpo que fueron” (Preciado, Beatriz, *Testo Yonki*, Espasa, Madrid, 2008, ps. 94-95).

V.6. En función de lo expuesto, y tal como se adelantó anteriormente, se encuentra acreditado, *prima facie*, que a la Sra. H. le asiste el derecho a la cobertura integral de la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia) y que, a la fecha, la obra social demandada no ha desplegado conducta alguna tendiente a garantizarla.

En consecuencia, y conforme la situación de hecho reseñada, con el grado de provisionalidad propio de esta etapa del proceso, es posible concluir que la Ob.SBA no ha satisfecho el derecho a la salud y a la identidad de género aquí reclamado, conforme a los parámetros de adecuación establecidos por nuestro sistema constitucional, y ello permite tener por acreditada la verosimilitud del derecho invocada.

VI. Teniendo por acreditada la verosimilitud del derecho, corresponde analizar si existe *peligro en la demora*.

Cabe tener presente que, como fue referenciado en el considerando I de la presente, en el análisis de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares rige el principio jurisprudencial que establece que, a mayor “*verosimilitud*”, menor necesidad de “*peligro en la demora*”; y a mayor “*peligro en la demora*”, menor necesidad de “*verosimilitud*” (cfr., CCAyT, Sala II, 21/XI/2000, “*Banque Nationale de Paris c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14 CCBA)*”). Asimismo, el mentado principio resulta aplicable, necesariamente, cuando ambos extremos -verosimilitud del derecho y peligro en la demora- se hallan presentes -aún en grado mínimo- en el caso (CCAyT, Sala II, 17/VI/2008, “*Medina, Raúl Dionisio c/GCBA s/otros procesos incidentales*”).

Desde este vértice, considerando que la Sra. H. ha incoado el pedido objeto de autos a la demandada hace más de catorce meses mayor demora en el cumplimiento de lo que la ley *prima facie* le reconoce como derecho resulta contrario al ordenamiento jurídico y suficiente para tener por configurado el peligro en la demora.

Ello, sin dejar de observar como cualquier restricción a la efectividad de un derecho reclamado por el colectivo trans al cual la actora pertenece, debe ser removido con la mayor premura que los cauces institucionales permitan como intento de reparar el

sometimiento histórico a situaciones de discriminación, persecución y abusos que han sufrido las personas que integran este colectivo.

VII. Continuando con el análisis de los recaudos exigibles para conceder la medida cautelar, corresponde analizar si su concesión podría importar una *afectación del interés público*.

En nuestro diseño constitucional, el interés público persigue en forma prioritaria garantizar el goce de los derechos fundamentales. Por ello puede ser calificado como un Estado de Derecho. En este sentido, una medida cautelar que persiga asegurar el derecho a una persona integrante del colectivo trans a consolidar su derecho a la identidad, no puede considerarse contraria a dicho interés.

VIII. Finalmente, dada la naturaleza del derecho afectado la contracautela exigible deberá ser la juratoria, y se la tiene por prestada de conformidad a lo manifestado a fs. 30 del expediente digital.

IX. En función de todo lo expuesto, siempre con el grado de provisoriedad propio de este estado del proceso, cabe concluir que corresponde ordenar a la Ob.SBA la cobertura integral de la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia), en los términos indicados por su médico tratante, sin necesidad de requerir ninguna otra documentación que aquella con la que ya cuenta y aclarando que la cobertura integral comprende, entre otros, la totalidad de los gastos de medicamentos, estudios médicos y honorarios profesionales que pudieran generarse, tanto sean previos, simultáneos o posteriores.

Por ello, **RESUELVO:**

1. Ordenar a la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES que garantice a la Sra. C. M. H., la cobertura integral de la Cirugía de Reasignación Genital de femenino (vaginoplastia), en los términos indicados por su médico tratante, sin necesidad de requerir ninguna otra documentación que aquella con la que ya cuenta, y aclarando que la cobertura integral comprende, entre otros, la totalidad de los gastos de medicamentos, estudios médicos y honorarios profesionales que pudieran generarse, tanto sean previos, simultáneos o posteriores.

2. La medida dispuesta en el punto precedente deberá ser cumplida en el plazo de tres (3) días, debiendo la demandada acreditarlo en la causa dentro de los dos (2) días subsiguientes.

3. Córrese traslado de la demanda a la Ob.SBA por el plazo de diez (10) días, acompañándose copia del escrito de inicio y de la documental adjunta. Notifíquese a la casilla oficial de Ob.SBA notifjudicialesobsba@gmail.com.

4. Regístrese electrónicamente y notifíquese electrónicamente a las partes por Secretaría, en el caso de la Ob.SBA a la casilla oficial de Ob.SBA

notifjudicialesobsba@gmail.com, junto con el traslado de demanda dispuesto en el punto precedente.

Francisco Javier Ferrer

JUEZ/A

JUZGADO DE 1RA

INSTANCIA EN LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO Y

TRIBUTARIO N° 23