



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

10037/2017

PUCCINI, [REDACTED] c/ OBRA SOCIAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION Y OTROS/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, 2 de mayo de 2018. MA

Habiendo dado cumplimiento con lo ordenado a fs. 183, corresponde proveer la presentación de fs. 180/182:

Por contestado el traslado conferido a fs. 179, 3° párrafo.

Téngase presente el desistimiento formulado por la actora respecto de la codemandada “Accord Salud”.

En consecuencia, procédase a recaratular las presentes actuaciones.

AUTOS Y VISTOS:

1.- A fs. 143/156 vta. se presenta [REDACTED] Puccini, iniciando la presente acción contra la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (ver desistimiento de fs. 180/182), solicitando la cobertura del 100% de la operación de feminización facial (honorarios médicos y gastos hospitalarios), medicamentos y el tratamiento psicológico, si se indicara.

Intimada que fue la accionada a manifestar si brindaría la prestación médica reclamada (conf. fs. 157), a fs. 176 y vta. se presenta, mediante letrada apoderada, manifestando que no resulta procedente la cobertura solicitada toda vez que ese tipo de cirugías revisten carácter estético, no siendo concluyentes para determinar un cambio de género, por lo que no se encuentra alcanzada por la Ley de Identidad de Género n° 26.743.

En tales condiciones, y en atención al estado de la causa corresponde expedirse sobre la procedencia de la medida cautelar requerida al inicio.

2.- La medida cautelar solicitada tiene como particularidad la de configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la

causa, por lo que se debe proceder con mayor prudencia en la apreciación de los presupuestos que hacen a su admisión (*conf. Fallos 316:1833, 319:1069 y 320:1633*).

Esta particularidad no determina por sí misma la improcedencia de la medida *-que debe ser calificada como de autosatisfactiva-* cuando existan circunstancias de hecho que, en el supuesto de no dictarse, sean susceptibles de producir perjuicios de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (*conf. Fallos 320:1633*).

En efecto, el anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie *-según el grado de verosimilitud-* los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (*conf. CNCCFed. Sala III, causa n° 5514/02 del 8.10.02 y sus citas*).

Desde esta perspectiva, se puede concluir que resulta un presupuesto esencial para el dictado de estas medidas de carácter excepcional, la existencia de una situación actual tal que, si no se accediese a la tutela pretendida, se podrían generar daños que deben ser evitados (*conf. C.S., in re “Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, 19.9.02, publ. en E.D. del 24.2.03, Fallo: 51.883, pág. 7 y Sala III, causa n° 3.302/03 del 18.7.03*).

3.- Sentado lo anterior, corresponde, entonces, analizar la procedencia de la medida cautelar solicitada, teniendo en cuenta que el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados (*Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Ekmekdjian, Miguel A., “El Derecho a la Dignidad en el Pacto de San José de*



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

Costa Rica” y demás trabajos allí citados en “Temas Constitucionales”, pág. 71 y sgtes. La Ley, Buenos Aires, 1987) y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos (conf. Bidart Campos, Germán J., “Estudios Nacionales sobre la Constitución y el Derecho a la Salud”, en el Derecho a la Salud en las Américas; Estudio Constitucional Comparado, OPS 1989, Nro. 509; Padilla, Miguel, “Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías”, T. II, Abeledo Perrot, 1928, ps. 13/24), ahora con rango constitucional en nuestro país (art. 42 de la Constitución Nacional de 1994, normas citadas con anterioridad, que cuentan con jerarquía superior a las leyes de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna).

Cabe también poner de resalto que la importancia del derecho a la salud deriva de su condición de imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. Según la Corte Suprema, un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.

En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal ha declarado que la atención y asistencia integral, además de contemplar los compromisos asumidos por el Estado Nacional en cuestiones concernientes a la salud (conf. Fallos 323:1339 y 3229, 324:3569), constituye una política pública de nuestro país que debe orientar la decisión de quienes estamos llamados al juzgamiento de esos casos (conf. los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Lifschitz, Graciela B. y Otros v. Estado Nacional”, L.1153.XXXVII, a los que se remite la Corte Suprema en la sentencia del 15.6.04).

El derecho a la salud e integridad física está consagrado por la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, cuando establece en su artículo 42 que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”.

También en el artículo 75, inciso 22, que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos, que también contemplan el derecho a la salud. Entre ellos, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En el mismo sentido, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Esta doctrina tiene en consideración que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional establece que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (*conf. Fallos 323:3229*).

En otros términos, se trata de un derecho implícito sin el cual no se podrían ejercer los demás derechos.

4.- Ahora bien, mientras la ley 23.660 crea el Régimen de Organización del Sector de las Obras Sociales, la ley 23.661 instituye el Sistema Nacional del Seguro de Salud y articula y coordina los servicios de salud de las obras sociales, los establecimientos públicos y los prestadores privados.

Por su parte, la ley 24.754 obliga a las empresas de medicina prepaga a prestar como mínimo las mismas prestaciones obligatorias de las obras sociales conforme lo establecido por las leyes citadas y sus reglamentarias (*conf. CNCCFed., Sala I, causas n° 5475/03 del 14.8.03 del 14.8.03, 15.768/03 del 5.8.04 y 10762/09 del 16.8.11*), entre las cuales se encuentran la previstas en el Programa Médico Obligatorio (PMO).



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

Cabe señalar que el **PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO** fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, para cuya implementación se señaló que, si bien la idea es la de establecer límites en la cobertura, no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales, como así también que, independientemente de la cobertura prevista en el programa, no existen patologías excluidas (*ver considerando de la Resolución 939/00 del Ministerio de Salud modificada por Res. 201/02*).

En tales condiciones, esa limitación en la cobertura debe ser entendida como un “piso prestacional”, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación al derecho a la vida y a la salud de las personas -que tiene jerarquía constitucional (conf. *Fallos: 323:1339*)- máxime cuando la ley 23.661 creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud con el objetivo fundamental de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud integrales que tienden a la protección de la salud con el mejor nivel de calidad disponible (conf. *CNCCFed., Sala I, causas n° 630/03 del 15.4.03 y 10.321/02 del 13.4.04; Sala III, causa n° 2216/04 del 15.11.05 y Sala de Feria, causa n° 13.572/06 del 19.1.07*), siendo claro que no corresponde aquí detenerse en la consideración de razones puramente económicas pues, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el derecho a la vida –incluye a la salud– es el primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (conf. *Fallos: 323:3229 y 324:3569 y CNCCFed., Sala de Feria, causa n° 8.780/06 del 26.7.07*).

Por otro lado, cabe señalar, que el agente del seguro de salud, con arreglo a lo prescripto en el anexo II del PMOE (Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud), cuyas previsiones fueron aprobadas como parte integrante del PMO (conf. Resolución 1991/2005 del Ministerio de Salud y

Ambiente), está facultado para ampliar los límites de la cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de sus beneficiarios.

En otras palabras, no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (*conf. CNCCFed., Sala I, causa n° 630/03 del 15.4.03*).

En igual sentido, en los considerandos de la invocada Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud, que aprobó el PMOE, se puso de manifiesto que es una política de estado en salud, la determinación de un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (*conf. CNCCFed., Sala I, causas n° 8545 del 6.10.01 y 630/03 del 15.4.03*).

Aquí se impone resaltar que, como criterio rector, el objeto social de las entidades destinadas al cuidado de la salud debe priorizar el compromiso social, sin supeditar el derecho a la salud a las fluctuaciones del mercado ni a las políticas que pretenden "economizar" la salud del paciente (*conf. Barbado, Patricia, La accesibilidad a las prestaciones de salud de las personas con discapacidad según la jurisprudencia, publicado en SJA 3.6.09*).

5.- En el caso, cabe tener en cuenta que la intervención quirúrgica reclamada fue indicada por los médicos tratantes (*conf. fs. 1/3, 11 y 14 suscriptos por los Dres. Claudio Angrigiani MN 40.685 y María de Lourdes Duarte MN 116872*) y que, en cuanto al peligro en la demora, la operación se viene postergando -en principio- desde el año 2016 (*conf. certificados médicos precitados y documentación agregada al inicio*).

En este sentido, conforme lo ha señalado el Superior reiteradamente, se debe estar a la recomendación de los médicos tratantes (*conf. certificados precit.*), que se encuentran a cargo de la paciente y es el profesional, en definitiva, responsable del tratamiento (*conf. CNCCFed. Sala I, causa n° 3.181/10 del 16.9.10, causa 7112/09 del 3.8.10, causa 5265/10 del 16.9.10 y sus numerosas citas, causa n° 3687/10 del 2.9.10, causa n° 2150/10 del 27.4.10 y*



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

causa n° 3073 del 19.6.07 y Sala III, causa n° 6.057/10 del 28.10.10 y causa n° 1634/10 del 18.6.10 y sus citas).

También corresponde valorar que la negativa genérica y escueta de la demandada de fs. 176 y vta. no permite **“a esta altura”** liminar del litigio prescindir de la indicación médica de los profesionales intervinientes.

Finalmente, cabe agregar a lo ya dicho que es aplicable al caso la ley 26.743 -y su decreto reglamentario n° 903/2015- en cuanto dispone que *“...Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán... acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida...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...”* (conf. art. 11 de la citada ley).

Por su parte, el artículo primero del Anexo I del decreto n° 903/2015 reglamentario de la ley de género, establece que se entiende por intervenciones quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida, enumerando de manera meramente enunciativa y no taxativa algunas de las prácticas que la componen (v. gr. Mastoplastía de aumento, Mastectomía, gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, Vulvoplastía, entre otras). Y, en cuanto a los tratamientos hormonales, aclara que se tratan de los integrales a aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido.

Asimismo, he de destacar que este conjunto de procedimientos quirúrgicos que modifican el esqueleto facial en mujeres trans, brinda una armonía facial más femenina aportando un gran beneficio en la vida social y

emocional de estas mujeres (*conf. Medina, Graciela, Comentario exegético a la ley de identidad de género, La Ley, Buenos Aires, págs. 45/57*).

En tales condiciones, se encuentra, en el estado larval del proceso, en una primera aproximación, “*prima facie*” acreditada la concurrencia de los presupuestos de viabilidad de las medidas cautelares, esto es, la verosimilitud del derecho invocado -entendida como la mera posibilidad de que éste exista- y el peligro en la demora, es decir, que para el caso en que no fuere dispuesta la medida sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transforme en tardío el derecho invocado (*conf. CNCCFed. Sala III, causa n° 6227/99 del 16.11.99; Sala I, causa n° 14152/94 del 27.10.94*).

En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 232 del Código Procesal, bajo responsabilidad de la peticionaria, previo consentimiento informado (*conf. arts. 6 y 7 de la ley 26.529 y 59 de Código Civil y Comercial de la Nación*) y caución juratoria que se tiene por cumplida con la petición inicial, intímase a la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación, para que, en el plazo de tres días, cubra el 100% de la intervención quirúrgica consistente en la operación de feminización facial (honorarios médicos y gastos hospitalarios) y medicamentos, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar astreintes.

6.- Respecto del tratamiento psicológico futuro, acompañada que sea la prescripción médica pertinente se resolverá sobre su procedencia.

ASÍ DECIDO.

Regístrese y notifíquese por oficio, con habilitación de días y horas inhábiles y carácter urgente, con copia del presente decisorio.

MARCELO BRUNO DOS SANTOS
JUEZ FEDERAL SUBROGANTE



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 10

En la misma fecha se cumple con la orden de recaratulación. Conste.

MATÍAS M. ABRAHAM
SECRETARIO INTERINO