

N°

Rosario,

**Y VISTOS:** Los autos caratulados "S [REDACTED], S [REDACTED] c/ IAPOS s/ Recurso de Amparo - CUIJ N° 21-02862082-6" de los que resulta;

Que a fs. 20, los Dres. Marcelo Andrés Maisonnave y Luisina Muzzio Manevy en representación de S [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] -en adelante S [REDACTED] S [REDACTED] conforme identidad autopercebida- inician la presente demanda de amparo contra el Instituto Autárquico Provincial de Obra Social. Solicitan la cobertura total de las prácticas médicas y quirúrgicas denominadas como mastoplastia de aumento, gluteoplastia de aumento y depilación definitiva de rostro prescriptas a la Srta. S [REDACTED] S [REDACTED] a los fines de garantizar su derecho a la salud física, psíquica y emocional de protección de su identidad de género. Fundamenta su pretensión en los artículos 13° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 43 de la Constitución Nacional, artículo 17° de la Constitución Provincial y Ley Provincial N° 10.456.

Que según lo descripto por la parte actora, S [REDACTED] S [REDACTED] es afiliada de IAPOS por la relación laboral que mantiene con la Escuela Provincial [REDACTED].

Señala que pese a haber nacido con características físicas masculinas define su identidad de género como femenina. Es así que a lo largo de su vida realizó diversos tratamientos hormonales para el desarrollo de características físicas femeninas, lo cual -indica- se halla probado con su historia clínica. A tales fines -continúa- y luego de varios años de tratamientos hormonales, el equipo médico tratante recomendó la realización de intervenciones quirúrgicas las cuales fueron prescriptas por el Dr. Anibal E. Obaid, Cirujano Plástico. En este orden de ideas solicitó a IAPOS la autorización para realizar las cirugías el día 8 de enero de 2016. Esto derivó en la formación del expediente N° 15303-0126836-6. Indica que dicha solicitud se encuentra amparada por el punto 1, del anexo I, del Decreto 903/2016 que reglamente el art. 11 de la ley N° 26.743 de Identidad de Género.

Que el día 2 de febrero de 2016 IAPOS le informó mediante carta certificada que no haría lugar a la prestación pretendida. Luego de realizar diversas gestiones, culminando en la presentación de un pronto despacho en fecha 6 de abril de 2016, personal del IAPOS se comunicó telefónicamente con la actora a los fines de requerirle las órdenes médicas firmadas por el cirujano plástico que iba a realizar las intervenciones. Afirma que dichos documentos fueron presentados en fecha 1/06/2016, pero que aún no cuenta con la autorización para completar

su transformación corporal. Afirma que el rechazo por parte de la demanda la afecta en su derecho a la salud y cita jurisprudencia. Fundamenta la admisibilidad del presente proceso: en tanto IAPOS reviste su carácter de ente autárquico provincial; se halla amenazado su derecho a la protección de la salud, libre elección de la orientación sexual y no discriminación; la inexistencia de otro medio judicial más idóneo, y su presentación tempestiva todo conforme lo establecido por el art. 17 C.P. y Ley N° 10.456. Ofrece prueba y realiza reserva del caso constitucional.

Que dictado el primer decreto de trámite a fs. 25, comparece la Dra. Louzan Silvia Beatriz con poder de la accionada a fs. 78 y contesta demanda. Plantea la inadmisibilidad de la acción fundado en la falta de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" sobre el acto u omisión que a su representada se le achaca. Argumenta que se trata de un derecho posible de salud, donde el acto de la obra social tendiente a conceder la autorización de prácticas no contempladas o por prestadores con los que no tiene relación contractual, no puede configurar la ilegitimidad o ilegalidad manifiesta. Cita el criterio sentado por la Sala Civil II de Santa Fe en el caso "Cabrera", mediante el cual sostuvo que lo que se debe asegurar por el Estado a sus ciudadanos no es de modo absoluto la salud física y mental, sino por el contrario el más alto nivel posible,

por lo que "las declaraciones constitucionales consagran semejantes derecho a favor del hombre, prescindiendo de las ecuaciones de gastos y recursos que puedan habilitar su cumplimiento, no pasaran de enunciados teóricos, de alto contenido emotivo, pero lamentablemente impracticables bajo los condicionamientos de desarrollo técnico y económicos del país". Reitera que el vicio debe ser patente, entiende que la actitud desplegada por su representada no se encuentra dentro del mismo. El amparo no es un proceso más, sino que se trata de un remedio excepcional. Niega todos y cada unos de los términos de la demanda excluyendo lo que sean de su expreso reconocimiento. En cuanto a su versión de los hechos, indica que IAPOS no se encuentra comprendido ni obligado por el Sistema Nacional de Salud establecido por las leyes 23.660 y 23.661, alcanzadas por las disposiciones de la ley 24.901 y sus decretos reglamentarios o la ley del P.M.O.

Que dicha legislación no le resulta aplicable por ser el IAPOS una entidad Autárquica Provincial. Indica que no está obligado a otorgar las prestaciones establecidas por la ley 24.901 puesto que ni es una de las entidades enunciadas en el art. 1 de la ley 23.660, ni sus afiliados son beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud (Art. 6 Ley 23.661). Sostiene que la definición de la cobertura prestacional debe necesariamente sustentarse en los recursos

económicos y presupuestarios que permiten efectivizarlos.

Que IAPOS debe administrar servicios médicos para sus afiliados, con los recursos aprobados anualmente por la ley de Presupuesto Provincial. Afirma que asumir la cobertura de la prestación reclamada, generaría el darle a algunos -a consecuencia de que accionan legalmente- lo que necesariamente se le negaría a otros, que en iguales o peores situaciones no lo hacen. Reconoce que S [REDACTED] G [REDACTED] S [REDACTED] es afiliado titular y que solicitó las cirugías que reclama lo que dio lugar a la formación del expediente administrativo N° 15303-0126836-6. Manifiesta que una vez evaluado este, se le informó a la accionante que la Provincia de Santa Fe cuenta con un servicio especializado en el Hospital Centenario y Eva Perón de la ciudad de Rosario, por lo que debía dirigirse a dichos prestadores para su atención. Por lo tanto no existe negativa al pedido efectuado sino que se le notificó ante que prestadores debería concurrir para que se evalúe su petición.

Que posteriormente la actora le presentó órdenes médicas efectuadas por el Dr. Anibal Obaid e indicó su voluntad de someterse a las intervenciones quirúrgicas en el Sanatorio de la Mujer y no en efectores públicos. Tramitado así un nuevo expediente administrativo N° 15303-0134676-7 en fecha 22 de junio de 2016 procedió a autorizar una Toracoplastia feminizante con

implante de silicona. No así respecto a las demás practicas, por no hallarse actualmente contempladas dentro de las prestaciones de la Obra Social, por ser consideradas intervenciones relacionadas específicamente con la cuestión estética. Por lo que solicita se rechace la demanda, ofrece prueba y efectúa reserva del caso constitucional.

Que a fs. 91 los representantes de la actora manifiestan respecto del hecho nuevo, por desconocer al momento de interposición de la demanda la existencia de la autorización para la cirugía torascoplatía feminizante con implante de silicona.

Que el Sr. Agente Fiscal se halla notificado de la presente demanda a fs. 25. Celebrada audiencia en los términos del artículo 19 a fs. 102 vuelta, no habiendo llegado a arreglo alguno, solicitan pasen los autos a los fines de resolver. A fs. 106 comparece la Dra. Siquiro Eliana Silvina acreditando personería con poder otorgado por S [REDACTED] S [REDACTED].

Que informado el suscripto sobre la inexistencia de escritos sueltos pendientes de agregación, quedan los presentes en estado de dictar resolución definitiva.

**Y CONSIDERANDO:** Que se queja la demandada en su responde porque expresa que que su parte se ha atendido a las reglamentaciones vigentes no habiéndose demostrado arbitrariedad o

ilegalidad manifiesta de ningún orden que de lugar a los requisitos que necesita la acción de amparo para su interposición (fs. 79 y 80). Una visión muy formalista de la acción de amparo podría llevar a sostener la afirmación de la demandada. Pero no cabe ninguna duda que si en algún tipo de cuestiones se justifica un trámite rápido y expeditivo, es en aquellas donde se encuentra en juego el derecho a la vida, a la salud y a la integridad físico-psíquica de las personas. Tanto la jurisprudencia, a partir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (JA 2001-I-464; JA 2002-II-425; LL 2001-B-123) y otros tribunales inferiores; como así también la doctrina (Bidart Campos, Germán; El derecho a la salud y al amparo", en LL 1997-B-297. Saux, Edgardo; "El derecho constitucional a la vida y la salud y la acción de amparo" en JA 2003-III-1434); reiteradamente han admitido esta vía especial para atender esta problemática. Es importante recordar que la defensa de la salud requiere mecanismos judiciales ágiles e idóneos para garantizar adecuadamente su efectiva vigencia. El valor fundamental de dicho bien jurídico impone la adopción de medidas de urgencia cuando media su posible afectación. De tal modo, el amparo es un medio particularmente apto para proveer a la tutela jurisdiccional del derecho a la salud de indudable jerarquía constitucional (cfr. arts. 17, 19, y 21 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe; arts.

42 y 43 de la Constitución Nacional, arts. 8 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales, y Culturales, etc).

Que el máximo tribunal de nuestra provincia ha sostenido que "el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el de la vida siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (CSJSF, 06/05/2009, Carranza Eva Dolores y otra contra IAPOS S/ Amparo). Es por ello que incumbe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan prestaciones como las presentes, para lo cual deben encauzarse los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar el inicio de un nuevo proceso. A lo que cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho a la preservación de la salud no debe sino ser apreciado desde una perspectiva amplia, en tanto remite a un concepto integral de bienestar psicofísico de la persona, que tiene a su vez una



directa vinculación con el principio de dignidad humana, soporte y fin de todos los derechos (cfr. doctrina C.S.J.N. Fallos: 316:479; 321:1684; 323:3229; 324:3569). Es por ello que estado en juego el derecho a la identidad y el consiguiente bienestar psicofísico de la actora, considero apta la vía elegida para el cuestionamiento al proceder de la obra social demandada.

Que por otra parte la demandada entra en contradicción al decir por una parte que no le resulta aplicable la disposición nacional sobre obras sociales (leyes 23660 y 23661) y PMO (vide fs. 82 vta.) y acto seguido a fs. 84 reconoce que la auditoría médica del IAPOS evaluó el pedido de la actora y le informó por intermedio de la Sub Dirección Provincial que podía cubrir lo solicitado a través del Hospital Centenario de Rosario y del Hospital Eva Perón de Granadero Baigorria, siendo éstos los prestadores para cuestiones de género de la obra social. Posteriormente la misma demandada autoriza la toracoplastia feminizante solicitada solicitada en el Sanatorio de la Mujer, mediante expediente administrativo N° 15303-0134676-7.

Que si bien las leyes 23.660 y 23.661 rigen imperativamente para las obras sociales del Sistema Nacional (entre las que no se encuentra el IAPOS), sus criterios resultan orientadores para la dilucidación de situaciones análogas producidas en otras obras sociales, especialmente para determinar las exigencias

constitucionales vinculadas a la salud, para poder discernir en un caso cuáles son los estándares mínimos obligatorios que hacen a los referidos derechos fundamentales. Ello porque la conducta discrecional de no adherirse al mismo no puede redundar en perjuicios para los afiliados, incumpliendo las prestaciones mínimas que hacen a derechos básicos. No resultan entonces atendibles los argumentos que esgrime la demandada con respecto a su falta de adhesión al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, puesto que de convalidarse tal posición se estaría aceptando que la sola voluntad de la accionada le permita quedar al margen de las obligaciones que pesan, en general, sobre el conjunto de los agentes que integran el sistema de salud.

Que el reclamo de la actora se encuentra tutelado por la ley 26.743 y por los tratados internacionales que reconocen el derecho a la identidad. La identidad jurídica, a diferencia de la identidad personal, se consolida con la sola confección de la Partida de Nacimiento, antes de desarrollo alguno de la conciencia y de la personalidad del individuo. El asiento documental no confiere una identidad, sino que simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, identifica los rasgos que como evidentes, se le presentan. En lo referente a la asignación de sexo, el criterio que se sigue es el morfológico, la conformación de los genitales

del recién nacido. Este es el dato de la realidad tomado en cuenta para identificar: el sexo anatómico. Por lo tanto, que no se tomen en cuenta los otros elementos del sexo al asignar una identificación al recién nacido no significa que estos no existan, y menos aún que llegado el momento no deban ser considerados. En la mayoría de los casos, estas facetas se manifiestan en una unidad armónica, que responden a lo que es percibido como el género asignado.

Que así la citada norma en su artículo 2 define: *Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

Que la norma distingue y escinde los conceptos de género y sexo; es decir, no ata el género al sexo de la persona, desarrollando un pensamiento fuera de la lógica binaria: hombre o mujer, reconociendo las diferentes realidades que existen entre ambos extremos, al mismo tiempo que reconoce que cada persona construye en su interior de forma individual, su identidad de

género. Por ello es importante distinguir el sexo que se deriva de una serie de características biológicamente predeterminadas, relativamente invariables del hombre y la mujer, del género que señala características socialmente construidas que constituyen la definición de lo masculino y lo femenino en distintas culturas, y podría entenderse como el conjunto de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores y conductas que diferencian a los hombres de las mujeres. *La construcción del individuo sobre la base del concepto de género nos permite diferenciar el sexo como aquel conjunto de características de la persona que le vienen determinadas biológicamente conforme su morfología sexual. Está dado genéticamente y no puede modificarse; mientras que el género propiamente dicho hace referencia a las características sociales que se asignan a cada individuo, sobre la base de roles aprendidos en la interacción con el otro y que puede modificarse en el devenir vital histórico de una persona, conforme su propia e intransferible experiencia* (La «intersexualidad» en pediatría a la luz del ordenamiento jurídico argentino; Ciruzzi, María S.; 24-sep-2015 Cita: MJ-DOC-7412-AR).

Que la Ley 26.743, llamada de Ley de Identidad de Género, normativiza estos conceptos, y los dota de un marco legal que reconoce la autopercepción de género como un derecho

personalísimo y regula los requisitos y procedimiento a los fines de su vigencia plena. Reglamentada por el Decr. 1007/12, establece entre otras cuestiones que, el nombre debe complementarse con todos los indicadores de la identidad que cada persona posee, en este caso el género, con el fin de reflejar la mismidad del ser, que implica la despatologización y la desjudicialización de la identidad de género. En sintonía con este reconocimiento, el Código Civil y Comercial de la Nación al abordar el cambio del prenombre, como se refirió en el Capítulo 2, refiere en su art. 69 *in fine* lo siguiente: *Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio del prenombre por razón de identidad de género..* ".

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y su vinculación con el derecho a la vida privada: *"La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada del individuo, que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes. Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo la personalidad y sus relaciones con otros seres humanos.. Así, la orientación sexual, identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de*

las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En cuanto a interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de una persona, la CIDH, haciendo eco de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particulares convincentes y de mucho peso para justificarlas. (Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación sexual e identidad de género. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y políticos. OEA/Ser. G CP/

CAJP/ INF. 166/12, 23/4/2012, puntos 27, 30 y 31).

Que dicha ley tiene por objeto establecer un procedimiento que permita a los individuos ejercer su derecho a la identidad, bastando la decisión personal y autónoma de cada individuo, limitándose el Estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir de acuerdo con el género autopercebido sin requerir ningún control judicial o administrativo previo sobre los motivos por los que se requiere el cambio. Así el art. 1 de la ley 26.743 determina que: *"Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada"*.

Que por otra parte el art. 11 establece: *"Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, conforme al artículo 1° de la presente ley y a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o*

administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona... 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".

Que así, integrando las prestaciones quirúrgicas -necesarias para garantizar la autopercepción de género el PMO, las mismas deben ser cubiertas por la Obra Social como ya se afirmara en párrafos anteriores. Así no existe conflicto entre actora y demandada respecto de la toracoplastia feminizante con implante de silicona, dado que ya ha sido reconocida por IAPOS en favor de la actora, sin embargo subsisten diferencias en la pretensión respecto de la gluteoplastia de aumento y de la depilación definitiva de rostro requeridas por la actora. No me asisten dudas de que deben ser reconocidas a la actora en función de su derecho a la identidad de género. Es que el art. 13 de la ley 26743 establece que: *Toda 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. Sobre el particular Graciela Medina dice que: el Estado debe hacerse cargo del costo de los tratamientos de las personas transgéneros no solamente porque esté en juego su derecho a la salud.. sino porque la adecuación del género permite rescatar de la marginalidad social a personas que han caído en ella a consecuencia de su disforia y, de este modo, fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad (MEDINA, Graciela, "Ley de Identidad de Género. Aspectos relevantes".).

Que en el caso de autos debe partirse de que persona es todo ser humano y de que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad" (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, numeral 2 y art. 3 y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En tal sentido, existen en nuestro ordenamiento constitucional derechos implícitos en torno a la

personalidad jurídica del ser humano, entre los cuales se halla el derecho a la identidad sexual, a lo que cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual constituye una exigencia constitucional. En función de ello es claro que la autopercepción de la actora no resulta la misma si carece de las prácticas solicitadas, dado que no es la mirada de los otros la que importa juzgar en el caso sino la identidad autopercebida. Las características biológicas de S. [REDACTED] difieren sustancialmente de las que su identidad de género ha desarrollado y por tanto deben ser modificadas en el sentido solicitado, atento estar especialmente protegidas por la ley 26743, la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella mediante el art. 75 inc. 22.

Que respecto de la polémica que esta decisión pueda llegar a suscitar quiero hacer mías las palabras del jurista italiano Luigi Ferrajoli: *en un estado constitucional de derecho existe asimetría entre igualdad y diferencia. Igualdad, como término normativo, expresa que los "diferentes" deben ser respetados y tratados como iguales, y que siendo esta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. "Diferencia" configura un término descriptivo que quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada por sus diferencias y*

que son justamente las diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en base al principio de igualdad. De esto se infiere que la igualdad jurídica implica la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes. Esta noción de diferencia debe ser considerada por la norma jurídica, a fin que la misma opere, en los casos en que así sea necesario, como mecanismo de nivelación en relación a aquellas personas ubicadas en situación de vulnerabilidad.

Que en base a lo dispuesto en los considerandos:

**RESUELVO:** Hacer lugar a la presente demanda de amparo y en consecuencia condenando a IAPOS a cubrir las prácticas solicitadas por la actora en su demanda, con costas a la perdedora (art. 17 ley 10.456 y art. 251 CPCC). Insértese y hágase saber. (CUIJ 21-02862082-6).-