



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

6745/2023

BENITEZ, TANIA ALEXA c/ UPCN s/AMPARO LEY 16.986

Resistencia, 31 de mayo de 2024.- GAK

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**BENITEZ, TANIA ALEXA c/ UPCN s/AMPARO LEY 16.986**", Expte. N° **FRE 6745/2023/CA2**, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Formosa;

Y CONSIDERANDO:

I.- Arriban los autos a conocimiento y decisión de esta Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos por ambas partes contra la sentencia de fecha 27/02/2024 que hace lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por la Sra. Tania Alexa Benítez y, en consecuencia, ordena a la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (OSUPCN) que proceda a la afiliación de la actora y autorice la cobertura integral de la cirugía de mamoplastía de aumento con colocación de prótesis bilateral, la que será llevada a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab y la derivación para evaluación y realización de cirugías y tratamientos de reasignación genital -caracteres sexuales primarios- con especialistas en urología, con prestadores de la obra social accionada.

Rechazó la cobertura de las demás prestaciones requeridas, impuso las costas del proceso a la demandada vencida y reguló honorarios profesionales.

II.- Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso de apelación en fecha 27/02/2024 y la demandada hizo lo propio el 28/02/2024, los que fueron concedidos en relación y en ambos efectos el día 04/03/2024, cuyos agravios sintetizados se detallan a continuación:

a) Recurso de la actora:

Sostiene que la Jueza de la anterior instancia rechazó la pretensión respecto de la depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas por considerar que la misma no es una práctica encuadrada dentro del



tratamiento hormonal o quirúrgico, pudiendo eliminarse el vello corporal a través del procedimiento hormonal.

Afirma que dicha conclusión fue alcanzada luego de un análisis incompleto y sesgado de las normas jurídicas en juego, desnaturalizando el espíritu que inspiró su sanción y de las circunstancias comprobadas en la causa.

Expone que la Ley 26.743 establece tres (3) formas de obtener la modificación de la apariencia o función corporal: 1) medios farmacológicos; 2) medios quirúrgicos; 3) medios de otra índole. Indica que el art. 2 de dicho plexo normativo determina la conjunción coordinante "o" como medio para señalar que no se ha agotado la enumeración, que se han citado sólo unos cuantos ejemplos entre los varios posibles, por lo que la ley incluye a todas aquellas prácticas que no siendo farmacológicas o quirúrgicas, pueden ser utilizadas para modificación de la apariencia o función corporal.

Aduce que la ley tiene por objeto, entre tantos otros, asegurar en forma gratuita el acceso a los tratamientos y demás intervenciones en materia de salud, sean estas intervenciones quirúrgicas o no, de acuerdo al consentimiento informado y libre, en miras a lograr el pleno reconocimiento de la identidad de género de las personas, reconociendo el derecho a la construcción de la corporalidad, permitiendo cambiar los caracteres primarios y secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido.

Efectúa consideraciones respecto de los diversos tratamientos hormonales disponibles para las mujeres transgénero.

Asevera que uno de los efectos esperados en cuanto a la construcción de la corporalidad es precisamente cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal en las mujeres trans, como lo es el vello corporal o las mamas, concluyendo en que la administración de hormonas no siempre tiene el éxito esperado por la mujer transgénero en cuanto a la construcción de su corporalidad por ella deseada de conformidad a la información brindada por el Ministerio de Salud de la Nación.

Explica que bloqueando la producción de andrógenos en la persona cuyo sexo gonadal es masculino se logra posiblemente disminuir el crecimiento de vello corporal en cuanto a la rapidez con la que el mismo se genera y a la vez debilitarlo, pero no se logra la desaparición del vello.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Afirma que en la mujer transgénero, cuya genética determina una barba tupida, al recurrir al tratamiento hormonal, posiblemente va a lograr desacelerar el crecimiento de la barba y hasta un vello más delgado, pero no logrará que el folículo piloso desaparezca, es decir no va a lograr cambiar el carácter secundario gonadal, por lo que va a seguir teniendo barba. Concluye en que por tales circunstancias desde la ciencia médica se utiliza la depilación láser, lo que fuera indicado por la médica tratante.

Cita jurisprudencia que estima avala su posición.

Sostiene que la Jueza a quo para rechazar la pretensión de fotodepilación no sólo omitió la interpretación completa de la norma que habla de tratamientos hormonales, quirúrgicos o de otra índole -entre los que entrarían los médicos-, sino que también se apartó sin razón de lo previsto en el art. 13 de la Ley de Identidad de Género y de la intención del legislador de realizar una enumeración no taxativa de las coberturas médicas posibles, sino que también interpretó el valor del PMO a contrario de toda la jurisprudencia y del derecho.

Respecto a la feminización facial que la sentencia en crisis rechaza, expone que en realidad surge literal del informe en cuestión que las prácticas prescriptas tienen la función de atenuar características netamente masculinas presentes en esta paciente y que la duración de los efectos del tratamiento médico son temporales, por lo que considera que la durabilidad de un tratamiento médico no hace a su esencia, no lo transforma en estético.

Cuestiona la conclusión de la sentenciante de la anterior instancia, afirmando que la misma deviene de un pensamiento dogmático, apartado de la prueba sobre la que dice basarse. Agrega que la magistrada a quo extrajo conclusiones contrarias a lo que la prueba dice, tergiversándola de manera insoslayable sin aportar argumentación alguna del motivo por el cual los tratamientos prescriptos por la profesional tratante son estéticos y no médicos.

Concluye en que los tratamientos en cuestión son para feminizar el rostro atenuando los caracteres masculinos.

Cuestiona el fallo en tanto niega la cobertura respecto de la abdominoplastía, liposucción abdominal con lipotransferencia glúteo-



cadere, afirmando que en la guía elaborada por el Ministerio de Salud se explica que uno de los efectos buscados con la hormonización es precisamente la redistribución de la grasa corporal y, en relación a los glúteos, señala que la forma femenina puede adquirirse mediante la colocación de un implante de silicona intramuscular o a través del relleno con grasa extraída de otra parte del cuerpo (lipotransferencia).

Sostiene que conforme las características de cada paciente el equipo médico seleccionará el procedimiento médico que considere más adecuado a las características particulares de la persona, como fue requerido en el caso de autos por la profesional tratante.

Finalmente cuestiona la sentencia en cuanto rechaza que la práctica médica de reasignación genital peticionada sea realizada por los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez.

Desarrolla diversas consideraciones al respecto.

Formula reserva del Caso Federal y efectúa petitorio de estilo.

b) Recurso de la demandada:

Sostiene que se dictó sentencia sin contemplar los argumentos expuestos por su parte, en particular el inicio de la presente acción sin agotar la vía administrativa previa y sin acreditar una negativa de cobertura.

Afirma que no existe dictamen médico de su parte que rechace las prestaciones que por ley corresponden, cercenándose el derecho a la auditoría previa.

Cita jurisprudencia que estima avala su posición y efectúa otras consideraciones al respecto.

Cuestiona que el fallo lo condene a brindar una cobertura con un prestador ajeno a la Obra Social.

Indica que su parte no desconoce el vínculo comercial que a la fecha continúa vigente con la asociación de profesionales ACLISA. No obstante, afirma que la Dra. Mancebo Grab no es prestadora de la Obra Social para el plan de salud que detenta la amparista, denominado "cerrado", por lo que no puede apartarse de la cartilla y elegir prestadores ajenos pretendiendo que se le brinde la cobertura.

Reitera conceptos.

Finalmente, cuestiona los honorarios regulados al letrado patrocinante de la actora por considerarlos elevados.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Corridos los pertinentes traslados, la parte actora lo contestó el 04/03/2024 y la demandada en fecha 06/03/2024 en base a argumentos a los que remitimos en honor a la brevedad.

Elevadas las actuaciones a esta Alzada, se llamó Autos para sentencia en fecha 13/03/2024.

III.- Inicialmente resulta oportuno efectuar un breve repaso de los antecedentes que motivaron la presente acción de amparo, la que fuera promovida por la Sra. Tania Alexa Benítez contra la OSUPCN, a fin de que la demandada proceda a su afiliación y, en consecuencia, le otorgue la cobertura en prestaciones médicas asistenciales indicadas por los médicos tratantes, consistentes en: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, osteotomía de Lefort I y III, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera; 4) mamoplastía de aumento con colocación de prótesis bilateral. Todas estas prácticas a realizarse con la Dra. María Emilia Mancebo Grab. 5) Derivación a los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez (y su equipo médico de reasignación genital), para evaluación y realización de cirugías y tratamientos de reasignación genital -caracteres sexuales primarios-.

Asimismo peticionó se condene a la obra social a cubrir de manera integral los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano, materiales, prótesis, insumos y cuanto otro sea necesario para la realización de las intervenciones quirúrgicas y prácticas médicas de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social.

También solicitó medida cautelar a fin de que se ordene a la obra social demandada que -de manera inmediata-: 1) proceda a afiliar a la amparista, haciéndole entrega de su respectivo carnet de afiliación y cartilla de prestadores; 2) autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro y entrega de autorización de mamoplastía o mastoplastía de aumento con colocación de prótesis bilateral, práctica médica a llevarse a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab, proveyendo las prótesis mamarias que indique la médica tratante, cubriendo los gastos de



honorarios médicos, internación, uso de quirófano y cuanto otro sea necesario para la realización de la intervención quirúrgica de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social, librándose a los efectos los oficios de estilo, con los recaudos necesarios para su estricto cumplimiento.

Por resolución del 25/08/2023 la magistrada de la instancia anterior hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a la OSUPCN que proceda a la afiliación de la Sra. Tania Alexa Benítez, otorgándole el respectivo carnet y cartilla de prestadores. Asimismo, dispuso se autorice, otorgue, concrete y efectivice el suministro y entrega de autorización de mamoplastía o mastoplastía de aumento con colocación de prótesis bilateral, práctica médica a llevarse a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab, proveyendo las prótesis mamarias que indique la médica tratante, cubriendo los gastos de honorarios médicos, internación, uso de quirófano y cuanto otro sea necesario para la realización de la intervención quirúrgica de mención. Todo ello con cobertura al 100% a cargo de la obra social.

Finalmente, el día 27/02/2024 la Jueza de la anterior instancia dictó sentencia haciendo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, ordenando a la OSUPCN que proceda a la afiliación de la actora y autorice la cobertura integral de la cirugía de mamoplastía de aumento con colocación de prótesis bilateral, la que será llevada a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab y la derivación para evaluación y realización de cirugías y tratamientos de reasignación genital -caracteres sexuales primarios- con especialistas en urología, con prestadores de la obra social accionada.

Rechazó la cobertura de las siguientes prestaciones requeridas: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, osteotomía de Lefort I y III, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera; 4) que los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez lleven a cabo la práctica médica de cirugía de reasignación genital, disponiendo que la misma sea realizada por un profesional de la cartilla de prestadores de la obra social.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Conforme surge del relato de los hechos y los agravios esgrimidos por ambas partes, resulta que por un lado la actora cuestiona el rechazo de la cobertura de las prestaciones antes detalladas y la demandada controvierte que el fallo impugnado no considerara la falta de agotamiento de la vía administrativa previa al inicio de la acción y la condena a brindar cobertura con un prestador ajeno (Dra. Mancebo Grab).

Sentado ello y previo a entrar en el análisis de la sentencia recurrida, corresponde efectuar el encuadre normativo y jurisprudencial aplicable a las presentes actuaciones teniendo en especial consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la amparista.

En el contexto descripto no es ocioso señalar que entre los intereses en juego en el presente subyace un derecho tan ostensible y esencial como lo es el derecho a la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- reconocido en el plexo de normas con jerarquía constitucional que gozan de operatividad, lo que ha sido puntualizado reiteradamente por la Corte Suprema (Fallos 323:3229 y 324:3569, sus citas y otros).

Desde la jurisprudencia se precisó reiteradamente que el derecho a la salud representa uno de los aspectos del derecho a la vida, y su reconocimiento como prerrogativa personalísima posee expresa raigambre constitucional con la incorporación como Ley Suprema de los tratados internacionales que así lo receptan (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Tales pautas han sido recogidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto tiene dicho que "lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones sociales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (Fallos 323:3229).



Asimismo, es doctrina del Alto Tribunal que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (Fallos 306:178; 308:344 y 324:3988).

Así, el Alto Tribunal señaló que el derecho a la salud, se vincula con el derecho a la vida (Fallos 329:4918) y, naturalmente, con la integridad física (Fallos 324:677). En ese sentido, cabe recordar que también remarcó que el hombre es 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 (Fallos 316:479).

Dicho derecho denota como presupuesto mínimo la preservación de la vida en condiciones de equilibrio psicológico y biológico y requiere la acción positiva de los órganos del Estado, como garante del sistema de salud, en procura de que las personas en riesgo reciban las prestaciones necesarias a cargo de las obras sociales y entidades de medicina prepaga de salud.

Lo expuesto no constituye una mera declaración de voluntad, sino que significa el compromiso del propio Estado a su tutela, dictando las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de garantizar la vigencia sociológica de este derecho.

En efecto, el Alto Cuerpo se encargó de desentrañar el alcance de los preceptos contenidos en el sistema de fuentes aplicables al caso (la C.N. y los instrumentos internacionales), puntualizando que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Ahora bien, en el ejercicio de las prestaciones médico-asistenciales las obras sociales integran el Sistema Nacional del Seguro de Salud en calidad de agentes naturales del mismo y están sujetas a las disposiciones y normativas que lo regulen, debiendo adecuarse a sus directivas básicas, que tienen "como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.” (art. 2º, párrafo 1º, ley 23.661); (Confr. Vázquez Vialard, A., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, tomo 2, págs. 599/600).

De manera particular, cabe remitirnos a las disposiciones aplicables respecto a la cuestión específicamente controvertida, esto es la Ley de Identidad de Género N° 26.743, la que define normativamente a la identidad de género como “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.” (art. 2º)

A fin de garantizar el goce de su salud integral reconoce en su art. 11 el derecho de toda persona de 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.

Establece asimismo que los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.

Finalmente, el art. 13 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”.

A su vez, el Decreto Reglamentario 903/15 en su Anexo I establece cuáles son las prestaciones enunciadas en el artículo 11 incluidas en el Plan Médico Obligatorio, a saber: Se entiende por intervenciones



quirúrgicas totales y parciales a las cirugías que ayuden a adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercibida. Las mismas comprenden: Mastoplastía de aumento, Mastectomía, Gluteoplastía de aumento, Orquiectomía, Penectomía, Vaginoplastía, Clitoroplastía, Vulvoplastía, Anexohisterectomía, Vaginectomía, Metoidioplastía, Escrotoplastía y Faloplastía con prótesis peneana, resultando la presente enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo.

Además la Resolución 3159/2019 del Ministerio de Salud dispone la cobertura integral (100%) de los tratamientos hormonales correspondientes.

Esta normativa se complementa con los Principios de Yogyakarta -en los cuales interviniera nuestro país-, disponiéndose en el Principio 13 ap.

a) que "Los Estados: Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género)...".

A) De conformidad a los términos de las apelaciones deducidas, por una cuestión de buen orden metodológico, consideraremos en primer lugar los agravios expuestos por la demandada.

Liminarmente, cabe puntualizar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene doctrinado que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas).

Conforme lo expuesto, no caben dudas de que esta causa exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud e integridad de la amparista (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444)





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

Respecto al cuestionamiento que efectúa la Obra Social relacionado con la falta de agotamiento de la vía administrativa previa al inicio de la acción, cabe señalar que este Tribunal se ha expedido en reiteradas oportunidades en el sentido que no procede exigir el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la vía del amparo.

Así in re: "CAREAGA, RICARDO c/ A. F. I. P. s/AMPARO LEY 16.986", Expte. N° 21000162/2010 del 23 de junio de 2016 se sostuvo que: "...el amparista recurre a la justicia a fin de que le sea garantizado el ejercicio de derechos y garantías constitucionales que entiende vulnerados, lo que hace que la vía del amparo se muestre como la más apta toda vez que como afirma Morello: "...el amparo es un mecanismo de máxima eficacia tuteladora, a ejercer de manera directa y principal cuando las circunstancias del caso así lo aconsejan. Para nada la tésis del art. 43 de la Constitución Nacional requiere enredarse con las famosas "otras vías" - que notoriamente no las hay- a ser exploradas en misión comparativa. Se presume que si el actor optó por valerse del derecho, acción, vía o procedimiento de amparo, es porque no disponía de otro remedio mejor (más idóneo, útil y eficaz)...". La mayoría de las situaciones que han dado históricamente lugar a la promoción de acciones de amparo encierran cuestiones contencioso-administrativas. Es la relación administrado-administrador la que ha suscitado frente a los excesos estatales la necesidad de solicitar ante los tribunales la protección constitucional procesal que significa promover el amparo, nacido y consagrado con el afán de brindarle al ciudadano común una herramienta de protección frente a eventuales avasallamientos de derechos y libertades constitucionales por parte del Estado, sin perder de vista que, como bien lo recuerda Dalla Vía "...hace a la esencia del estado de Derecho, la idea de que debe existir una clara demarcación entre la Sociedad y el Estado, de modo tal que la libertad es el principio en materia de derechos individuales, en tanto que la limitación es el principio en el ejercicio de las potestades estatales". Reza el art. 43 de la Ley Máxima que la acción de amparo puede ser interpuesta "contra todo acto u omisión de autoridades públicas..." Aunque parezca infantil mi pregunta qué significa "todo". "Cosa íntegra, o que consta de la suma y conjunto de sus partes



integrantes, sin que falte ninguna". De manera tal que no es posible, constitucionalmente hablando claro está, excluir ningún acto u omisión de autoridad pública de la acción de amparo. "Por qué". Por expreso mandato constitucional".

De ello se colige que resulta improcedente el cuestionamiento efectuado por la Obra Social, en tanto la falta de agotamiento de la vía administrativa no es óbice para la protección de un derecho constitucional a través de la acción de amparo, en tanto a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 tal circunstancia no resulta un requisito insoslayable para la viabilidad de la acción, desde que el art. 43 garantiza ese remedio expedito ante la mera falta de otro remedio judicial más idóneo (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, in re: 21 "D.M.M.F. c/ OSPERYH s/SUMARISIMO DE SALUD", causa 7351/21 del 04/03/2022 y Sala I, causas n° 5745/2014 del 21.10.19, 7.419/2020 del 10.8.21, y 7584/2020 del 18.8.21, entre otras).

De tal manera, cuando la acción de amparo es pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede -como lo aduce la recurrente- cuando el afectado tiene a su alcance otra vía a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.

Zanjada dicha cuestión cabe analizar el agravio referido a la condena a brindar cobertura con un prestador ajeno a la Obra Social, afirmando la recurrente que Dra. María Emilia Mancebo Grab no es prestadora de OSUPCN para el plan de salud que detenta la amparista, denominado "cerrado", por lo que no puede apartarse de la cartilla y elegir prestadores ajenos pretendiendo que se le brinde la cobertura.

Al respecto es de indicar que, ante los padecimientos de la actora, los que se encuentran reflejados en el informe médico obrante en autos, la misma tiene derecho a la elección de su médico tratante, lo cual se compadece con la tutela del derecho a la salud, reconocido constitucionalmente desde su implicitud por el art. 31 CN y expresamente en la actualidad con la incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos a través del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Resulta oportuno resaltar que de acuerdo al informe médico confeccionado por la Dra. María Emilia Mancebo Grab (obrante a fs. 108/117 de autos), la Sra. Benítez es una paciente -mujer transgénero-





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

que cursa tratamiento farmacológico hormonal, asiste a consulta por tratamiento de feminización. Sufre discriminación y violencia desde temprana edad, debido a que sus caracteres sexuales natales correspondientes a los masculinos no coinciden con el género autopercebido femenino. La discriminación continúa a la fecha por mantenerse evidentes los caracteres sexuales primarios y secundarios que le dan una imagen exterior masculina, lo que le produce aislamiento, ansiedad, angustia, todos indicadores de fobia social.

Continúa el informe indicando que es de suma importancia y de urgencia para el psiquismo de la actora realizarse los tratamientos prescritos de feminización craneo facial y corporal, con el fin de avanzar en su transformación física y psíquica hacia el "ser mujer", sobre todo porque los mismos repercutirán en la paciente positivamente, dándole seguridad y logrando mayor pertenencia respecto de su identidad de género, y permiten obtener un gran beneficio en su vida social y emocional, ya que ayuda significativamente a la integración social de las mujeres transexuales.

Afirma la profesional tratante que la no realización de las prácticas médicas prescritas, puede ocasionar en la paciente riesgos como mayor aislamiento, ansiedad, angustia, depresión, pudiendo inclusive llegar a suicidio.

En el caso, resulta que la profesional aludida, que se encuentra a cargo del tratamiento llevado a cabo por la actora, ha determinado las opciones viables para salvaguardar su salud, y la decisión se basa en conocimientos científicos y técnicos dada su condición de experta en la materia.

Cabe señalar que los profesionales médicos tienen, conforme a sus conocimientos técnicos, atribuciones para escoger dentro de las diversas opciones, cuál es la más apta para aplicar en cada caso concreto con los límites que puedan eventualmente surgir de las reglas de la ciencia, con la razonabilidad exigida para ejercer su profesión y el consentimiento informado del paciente, asumiendo las responsabilidades por los posibles riesgos conforme a las normas que reglamentan la actividad médica.



En lo referido al plan de salud contratado por la actora -denominado "cerrado"- vale remarcar que la Ley de Salud Pública N° 26.529 establece como derechos del paciente la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad y la confidencialidad, remarcando la autonomía de la voluntad en los tratamientos. En este contexto y frente a los padecimientos que sufre la actora que obran puntualizados en el informe médico y sobre las directrices marcadas por la normativa aludida, la elección de un médico tratante y profesionales especializados fuera de la cartilla resulta razonable.

La Suprema Corte Nacional se ha pronunciado en este sentido afirmando que si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga posee carácter comercial, no debe desatenderse que ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquiriendo un cúmulo de compromisos que exceden el mero plano negocial (CSJN, 13.3.01 "Hospital Británico de Buenos Aires C/ M.S. Y A.S."), lo cual no implica más que abogar por la protección y conservación de las relaciones privadas en la esfera de la buena fe (CNCIV, SALA K, 19.9.02, "P. DE M.I.J.M. C/ Hospital Alemán", ID. Sala L, 16.10.03, "Lipski, Elena C/ Minerva"). Es decir, la cobertura debe ser íntegra y teniendo en cuenta las particularidades de los pacientes, afirmando que quien pertenece a un sistema "cerrado" de prestaciones - que como tal debe cubrir plena y satisfactoriamente las necesidades del usuario- tiene derecho al reintegro de lo gastado, aunque no sea propio del sistema (CNCIV, Sala K, 21.02.96, "Giménez de Rueda, ADELA C/ Asociación Civil del Hospital Alemán y Otro"), lo que resulta de estricta aplicación respecto de la Obra Social demandada.

La elección de un médico fuera de la cartilla en este caso particular, ante la penosa situación que padece la actora está íntimamente enlazada a los atributos y caracteres que posee dicha profesional según lo acreditado en autos.

En igual medida, la recurrente tampoco indica de manera precisa ni ha demostrado el perjuicio concreto que la decisión impugnada podría causarle, en tanto apela a afirmaciones dogmáticas a fin de negar la cobertura de la intervención requerida con la profesional en cuestión.

En definitiva, corresponde desestimar dicho agravio.

B) Determinado lo que antecede, cabe introducirnos en los cuestionamientos efectuados por la actora, los que sintetizados se





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

relacionan con aquellas prestaciones rechazadas en el fallo recurrido, estas son: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, osteotomía de Lefort I y III, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera; 4) que los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez lleven a cabo la práctica médica de cirugía de reasignación genital, disponiendo que la misma sea realizada por un profesional de la cartilla de prestadores de la obra social.

Con relación a las prácticas en cuestión, cabe resaltar que si bien no se encuentran incluidas en forma expresa dentro de aquellas especificadas por el Anexo I del Decreto Reglamentario 903/15, no resulta ocioso reiterar que dicha enumeración tiene carácter meramente enunciativo y no taxativo.

A fin de resolver la cuestión cabe remitirnos a las recomendaciones de la Guía para Equipos de Salud para la "ATENCIÓN DE LA SALUD INTEGRAL DE PERSONAS TRANS, TRAVESTIS Y NO BINARIAS" emitida conjuntamente por la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva y la Dirección Nacional de Géneros y Diversidad del Ministerio de la Salud de la Nación.

A su vez, teniendo en consideración que el Decreto Reglamentario 903/15 en su Anexo I establece cuáles son las prestaciones enunciadas en el artículo 11 incluidas en el PMO, enumerando las mismas con carácter meramente enunciativo y no taxativo, resulta dable analizar -con relación a las restantes cirugías que pudieran requerirse por fuera de las enumeradas- que la calidad de "estética" o de "construcción de la corporalidad" está dada por las condiciones del paciente, siendo responsabilidad de la Auditoría Médica de las obras sociales y entidades de medicina prepaga evaluar científicamente, en forma consensuada con el médico tratante, la práctica quirúrgica con las causales fundadas para ello, teniendo en cuenta el esquema terapéutico que mejor se adapte a las demandas del paciente según sus requerimientos y las características de la condición clínica que presenta.



Al respecto es oportuno advertir que no obra incorporado a la causa informe expedido por la Auditoría Médica de la obra social demandada sino solamente aquel realizado por la médica tratante.

En particular, en lo que a las prestaciones controvertidas refiere, la profesional interviniente expone en el informe agregado a fs. 108/117 de autos:

1) "En relación a la presencia de vello correspondiente al genotipo masculino: barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas de tipo masculino que presenta la paciente, prescribí tratamiento de depilación definitiva: -fotodepilación- siendo este el proceso por el cual se aplica una luz de alta energía (laser diodo/soprano) que es absorbida por la melanina que se halla en los folículos pilosos; mediante un proceso de calor se provoca la destrucción de dichas células en forma definitiva para los bulbos que están en fase madura, y transitoria para los bulbos que están en fase inmadura. Así es, que sesión a sesión se pierde en forma definitiva un pool de pelo de las zonas tratadas dependiendo de densidad, grosor, color y patrón hormonal. Eso determina la necesidad de varias sesiones con intervalos de treinta, cuarenta y cinco, sesenta, noventa días en promedio de 10 a 15 sesiones dependiendo de la zona".

2) "En relación a la presencia de caracteres secundarios faciales masculinos, prescribí: (...) Voluminización y feminización facial: Definir los rasgos femeninos mediante la aplicación de ácido hialurónico inyectable de diferentes densidades en reborde orbitario, zona malar mandibular y mentoniana. Duración de los efectos del tratamiento aproximadamente dos a tres años, dependiendo de las características tisulares de cada paciente. Reemplazable con lipofiling; relleno con grasa autóloga obtenida mediante cirugía de lipoaspiración de algún área con lipodistrofia. En el caso en particular por las características de la paciente, se descarta la posibilidad de utilizar prótesis de silicona o metpor en las distintas áreas dado que las dimensiones a definir no guardan relación con las medidas de prótesis disponibles. La aplicación de toxina botulínica, para atenuar características netamente masculinas de la acción del musculo orbicular, frontal y procerus, presentes en esta paciente en zona de entre cejo y zona frontal. Esta práctica no es reemplazable con otro procedimiento. Duración de los efectos del tratamiento aproximadamente seis meses. Para ambos procedimientos se necesita la utilización de: una ampolla de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

toxina botulínica, 6 ampollas de ácido hialurónico tipo voluma o volime y dos ampollas de ácido hialurónico tipo juvederm o restylane perlane. Rinoplastía, osteotomía de Lefort I y II, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial)...".

3) "En relación a la presencia de glúteos de morfología masculina (hipoplástico) y bajo índice de cintura cadera: prescribí abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera...".

Señalado lo expuesto se advierte, de conformidad a las constancias obrantes en autos, que las prácticas requeridas tienen la finalidad -a diferencia de lo expuesto por la Jueza de anterior instancia- de construir la corporalidad de la actora, no resultando las mismas meramente estéticas de acuerdo a las explicaciones formuladas por la profesional interviniente.

Es de resaltar que la normativa aplicable no hace referencia alguna al plazo de duración de las prácticas a fin de definir su carácter "estético" o de "construcción de la corporalidad", sino que las calidades en cuestión se encuentran dadas por las condiciones del paciente, debiendo ser definidas "teniendo en cuenta el esquema terapéutico que mejor se adapte a las demandas del paciente según sus requerimientos y las características de la condición clínica que presenta".

Esto se complementa con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 26.743, el que dispone en su parte final, que la identidad de género "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".

Es decir, reiteramos, siempre que se cumplimente con el pertinente consentimiento informado a la paciente, la normativa aplicable no limita las prácticas respecto a la construcción de la corporalidad a aquéllas expresamente indicadas, sino que la modificación puede involucrar diferentes intervenciones, debiéndose tener en cuenta a tal fin, las particularidades de la persona en tratamiento.

En el caso en particular, la profesional que trata a la actora, en virtud de las consideraciones específicas antes expuestas, prescribió para la misma las prácticas en cuestión. Al no obrar en autos informe expedido por la Auditoría Médica de la obra social demandada, cabe remitirnos a la



evaluación científica realizada por la Dra. María Emilia Mancebo Grab a fin de determinar la procedencia de las prácticas solicitadas.

Es dable destacar asimismo que los profesionales encargados del abordaje clínico de la paciente poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que habrá de utilizarse para afrontar el padecimiento que se trata, y tal prerrogativa queda limitada tan sólo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente. (Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, "Q., A. c. INSSJP (PAMI) s/ Prestaciones médicas", 08/08/2019, Cita Online: AR/JUR/27251/2019).

Estimamos además que, en patologías de salud, la dignidad de la paciente importa respetar la opinión del profesional médico en quien deposita su confianza para su mejoría, máxime teniendo en miras la compleja situación de la paciente.

En este orden de ideas se ha admitido la cobertura de prestaciones, habiéndose manifestado que "la sanción de la llamada ley de género 26.743 y su decreto reglamentario 903/15 nuestro país, en consonancia con los «Principios de Yogyakarta», reconoció el derecho a la identidad de género como un derecho humano fundamental que incluye el acceso al goce a la salud integral y a las intervenciones quirúrgicas como las requeridas en autos, incluyendo las prácticas en el PMO y la prohibición de restringir o limitar el ejercicio del derecho a la identidad." (confr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, en autos "E. A. c/ U.P.C.N. s/ amparo (c) s/ apelación", fallo del 12/07/2018; ver -asimismo- "Identidad de Género 2018. Evolución histórica, panorama y gestión bajo el marco regulatorio actual", por Lucía Raquel Heredia cit. por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná in re: "C.A.E. c/ Obra Social de la Universidad de Entre Ríos s/ Amparo Ley 16.986", cita: MJ-JU-M-134842-AR / MJJ134842 / MJJ134842).

En el Capítulo 5 de la mentada Guía -Atención de la salud en relación con la construcción de la corporalidad y la expresión de género- se cita en el acápite "Otras cirugías" a las comprendidas en la modificación facial o feminización de rostro, incluyendo: remodelación de las estructuras óseas y los tejidos blandos de la frente y rebordes orbitarios, pómulos, nariz, mandíbula, mentón y cartílago tiroideo (conocido como "Nuez de Adán").

De allí que, efectuando una interpretación amplia que contemple la normativa aplicable y las constancias de autos -de donde surge





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

únicamente el informe médico acompañado por la actora-, consideramos que los tratamientos médicos prescritos se encuentran comprendidos entre aquellos incluidos dentro de la construcción de la corporalidad y la expresión de género prevista.

Adicionalmente se constata que la profesional tratante prescribió los diversos tratamientos de feminización "cráneo facial y corporal" a fin de avanzar en su transformación física y psíquica hacia el "ser mujer", realizando la adecuación corporal de la paciente a través de prácticas de feminización facial, con el propósito de eliminar o disminuir los caracteres secundarios masculinos.

De ello se desprende que las prácticas solicitadas por la médica tienen como fundamento la "construcción de la corporalidad" dada por las condiciones de la paciente según sus requerimientos y las características de la condición clínica que presenta y no revisten -como lo expone la sentenciante- métodos con un fin meramente estéticos.

En el mismo sentido, se ha expresado que "las intervenciones quirúrgicas cuya cobertura aquí se peticiona no pueden considerarse "cirugías de embellecimiento", desde que se trata de un conjunto de prácticas que tienen por fin adecuar el aspecto físico de la actora a su identidad de género autopercebida, lo cual lleva a considerarlas comprendidas dentro de las prácticas que ampara el artículo 11 de la ley 26.743 para garantizar el derecho al libre desarrollo personal. Por ello, si bien las prácticas médicas cuya cobertura se peticiona podrían ser consideradas estéticas en un determinado contexto, ciertamente no pueden calificarse de ese modo en el que rodea a la actora." (Confr. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 20, CABA, del 17/09/2018 in re: "F. T. (R.F.) c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", Cita: MJ-JU-M-114095-AR | MJJ114095 | MJJ114095), aplicables íntegramente al supuesto de autos.

En definitiva, en el presente caso la conveniencia de los tratamientos médicos indicados se encuentra suficientemente fundamentada.

Finalmente cabe analizar el cuestionamiento que efectúa la actora en punto a que el fallo dispone que la cirugía de reasignación genital sea



realizada por un profesional de la cartilla de prestadores de la obra social y no por los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez.

Si bien la Jueza de la anterior instancia hizo lugar a la misma, rechazó la posibilidad de que dichos profesionales lleven a cabo tal prestación, disponiendo que debía realizarse con un profesional de la cartilla de prestadores de la obra social.

Para resolver la controversia debemos remitirnos a los fundamentos expuestos con antelación respecto al cuestionamiento que efectuara la demandada sobre la Dra. María Emilia Mancebo Grab, en tanto la cuestión debatida es esencialmente la misma.

No resulta ocioso resaltar que -a diferencia de lo expuesto por la sentenciante- no resulta dirimente para decidir de tal manera la circunstancia de que la actora no hubiere acreditado que dicho profesional sea prestador de la Obra Social, cuando lo relevante resulta -como también fuera señalado- que la amparista, frente a los padecimientos que sufre y que obran detallados en autos, sobre las directrices dispuestas por la Ley de Salud Pública N° 26.529, tiene derecho a la elección de un médico tratante y profesionales especializados fuera de la cartilla.

Ello resulta razonable en el caso que nos ocupa, máxime si consideramos que los profesionales en cuestión llevan a cabo sus labores en la misma ciudad donde reside la Sra. Benítez y, además, se encuentran especializados en la cirugía indicada.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y modificar la sentencia en crisis, ordenando a la OSUPCN brinde a la amparista, de manera inmediata y total, la cobertura de los tratamientos de: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, osteotomía de Lefort I y III, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera; 4) que los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez lleven a cabo la práctica médica de cirugía de reasignación genital que fuera ordenada en la sentencia.

IV.- Las costas de la Alzada, en atención al resultado obtenido, se imponen a la Obra Social vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCCN y art. 14 de la Ley 16.986).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE RESISTENCIA

A los fines de regular honorarios por la labor profesional cabe acudir a lo dispuesto por los arts. 16, 20, 48 y 51 de la Ley Nº 27.423, todos en función del art. 30 del mismo cuerpo legal.

Se tiene en cuenta además que las escalas arancelarias en general refieren al patrocinio de la parte vencedora, por lo que para regular los honorarios del letrado de la demandada debe considerarse el carácter de vencido.

Al efecto se tiene en cuenta el valor UMA según Resolución SGA Nº 925/2024 de la C.S.J.N. (\$49.075 a partir del 01/03/2024), por lo que se fijan en las sumas que se determinan en la parte resolutive.

Por los fundamentos expuestos, por mayoría, SE RESUELVE:

I.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por la demandada en fecha 28/02/2024.

II.- HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la actora en fecha 27/02/2024 y, en consecuencia, REVOCAR la parte pertinente de la Sentencia del 27/02/2024, ordenando a la OSUPCN brinde a la amparista, de manera inmediata y total, la cobertura de los tratamientos de: 1) depilación definitiva -fotodepilación- de barbilla, labio inferior y superior (barba y bigote), abdomen, pubis, muslo y piernas; 2) voluminización y feminización facial, rinoplastía, osteotomía de Lefort I y III, auriculoplastía, remodelación frontal (armonización feminización facial); 3) abdominoplastía, liposucción abdominal más lipotransferencia glúteo-cadera. Todas estas prácticas serán llevadas a cabo por la Dra. María Emilia Mancebo Grab. Asimismo, que los Dres. Juan Manuel Álvarez y Nicolás Menéndez lleven a cabo la práctica médica de cirugía de reasignación genital que fuera ordenada en la sentencia, debiendo cubrir el 100% de los gastos que sean necesarios para la realización de las prácticas en cuestión.

III.- IMPONER las costas de Alzada a la accionada vencida. A tal fin, REGÚLANSE los honorarios de los profesionales intervinientes como sigue: Dr. Manuel Antonio Mariño Ávalos, como patrocinante, en 6 UMA equivalentes en la actualidad a PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$294.450) y Dr. Julio David Robles en 4,8 UMA equivalentes en la actualidad a PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y



CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA (\$235.560) y 1,92 UMA equivalentes actualmente a PESOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO (\$94.224) en el doble carácter. Más I.V.A. si correspondiere.

IV.- COMUNICAR al Centro de Información Judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme Acordada 5/2019 de ese Tribunal).

V.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.-

NOTA: De haberse dictado la Resolución precedente por las Sras. Juezas de Cámara que constituyen la mayoría absoluta del Tribunal (art. 26 Dto. Ley 1285/58 y art. 109 del Reg. Just. Nac.) suscripto en forma electrónica (arts. 2 y 3 Ac. 12/2020 C.S.J.N.).

SECRETARIA CIVIL N° 1, 31 de mayo de 2024.

