

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
SECRETARÍA CAUSAS ORIGINARIAS - Nº 4

SENTENCIA Nº 72/2018

//MA, 12 de julio de 2018.

Habiéndose reunido en Acuerdo los Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana C. ZARATIEGUI, Sergio M. BAROTTO, Liliana L. PICCININI, Ricardo A. APCARIÁN y Enrique J. MANSILLA, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao ARIZCUREN, para el tratamiento de los autos caratulados: "**E., A. C/ U.P.C.N. S/ AMPARO (c) S/ APELACIÓN**" (Expte. Nº 29845/18-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos.

V O T A C I Ó N

La señora Jueza doctora Adriana C. ZARATIEGUI dijo:

ANTECEDENTES DE LA CAUSA

Llegan las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 79 y fundamentado a fs. 99/105 por la apoderada de la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), Dra. Romina Barreto, contra la sentencia dictada por la Sra. Jueza de Familia, Civil, Comercial, Minería y Sucesiones nº 11 de la ciudad de El Bolsón de la IIIa. Circunscripción Judicial, Dra. Erika Fontela, obrante a fs. 56/63 vta., que hizo lugar a la acción de amparo incoada por la Sra. A.E. (mujer transgénero que se encuentra en proceso de adecuación de identidad), ordenando a UPCN que en el plazo perentorio de 24 hs. acompañe la constancia de autorización de cobertura del 100 % de la cirugía de implante capilar, pelo por pelo, mediante técnica "FUE" robótica con línea femenina en el centro Medical Hair sito en la ciudad de Buenos Aires.

Para así decidir, la Jueza del amparo sostuvo que con la sanción de la llamada ley de género 26.743 nuestro país, en consonancia con los "Principios de Yogyakarta", reconoció el derecho a la identidad de género como un derecho humano fundamental y es así que el Estado garantiza el derecho de todas las personas que desean cambiar su nombre y género, reconociendo el acceso a todas las prestaciones de salud a través del Programa Médico Obligatorio (PMO), incluyendo la hormonización y las cirugías de modificación corporal. Precisó que el anexo I de la reglamentación del artículo 11 de la ley 26.743 que enumera las cirugías es de carácter enunciativo y no taxativo.

Consideró que la obra social no demostró la razón para denegar la prestación (fs. 2), siendo insuficiente la indicación genérica de que la práctica reclamada no se encuentra en el PMO, argumentación que además es limitativa de lo expresado en la ley específica que es de orden público y el detalle de prestaciones que contiene no es taxativo.

Destacó que el presente caso se conecta invariablemente con el derecho a la salud y a la vida de la amparista los que gozan de protección a nivel convencional y legal; y que la accionante además es consumidora de un servicio que brinda la obra social y por ello se encuentra amparada por los derechos del consumidos reconocidos en el CCC.

Afirmó que la amparista por su condición de mujer transgénero no se encuentra en una "categoría sospechosa" como lo sostuvo la apoderada de la requerida y que la circunstancia que el PMO no contemple la prestación reclamada no impide que se le otorgue su cobertura, máxime en atención a la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia que establece que el PMO fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones, que las obras sociales deben garantizar (piso prestacional) y que no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas.

Enfatizó que no se puede admitir que la obra social persista en la visión patologizadora de las personas LGBT, sobre todo cuando la adecuación del cuerpo de una persona transgénero está relacionada con la salud y no con la enfermedad, sosteniendo que la requerida realizó afirmaciones dogmáticas para denegarle la cobertura e incurrió en conductas y prácticas discriminatorias contra un grupo vulnerable como las personas transgénero y la actora en particular.

Concluyó que en el caso el implante capilar reclamado para facilitar el proceso de transición de una mujer transgénero no encuadra como una prestación de carácter meramente estética porque está relacionado con su proceso de adecuación al género al que se autopercibe.

A fs. 99/105 al fundar el recurso de apelación la apoderada de UPCN niega que su mandante hubiese incurrido en alguna conducta discriminatoria contra su “afiliado”, sosteniendo que la sentencia atacada se encuentra viciada de subjetivismo porque la Jueza perdió el foco del reclamo al dejarse conmovir con las afirmaciones del “accionante” y omitir tener en cuenta los argumentos planteados en su informe.

Alega que la prestación reclamada (implante capilar), independientemente del marco jurídico consignado en la sentencia atacada, no tiene cobertura para ningún afiliado y es por ello que considera que el fallo impugnado obliga a su mandante a exceder sus obligaciones legales, viéndose lesionadas las garantías de imparcialidad, igualdad ante la ley y propiedad de UPCN.

Además sostiene que la prestación reclamada no está incluida en el PMO, en la ley 26.743 o en otra normativa ni en los planes de la obra social, por lo que la requerida no incurrió en una conducta arbitraria, ilegal o discriminatoria.

Por último, denuncia que la sentencia tampoco tuvo en cuenta el dictamen emitido por su auditoría médica frente al pedido del “actor”.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

A fs. 112/116 el señor Procurador General, Dr. Jorge Oscar Crespo, dictamina que se debe rechazar el recurso de apelación interpuesto, confirmándose la sentencia de fs. 56/63 vta.

Considera que los agravios de la apoderada de UPCN no consiguen demostrar el hipotético desacierto en que habría incurrido la Jueza de amparo en la decisión en crisis que se basa en la ley 26.743 -de orden público- y su Decreto reglamentario 903/2015 -Anexo I-, circunstancia ésta que obsta por su misma al progreso del recurso en cuestión.

Agrega que los argumentos de la recurrente siguen una línea similar a los expuestos al momento de acompañar el informe previsto por el artículo 43 de la Constitución Provincial (fs. 43/45) y que éstos ya han sido evaluados adversamente por la Jueza a-quo, sin que sus conclusiones se rebatan en esta instancia.

Sostiene que la apoderada de la obra social pretende desviar el eje de la problemática, desconociendo que la pretensión de la amparista debe ser necesariamente contextualizada pues ha sido formulada en base a la ley de identidad de género 26.743.

Destaca que la identidad de género no se reduce sólo a la autopercepción (psicológica) sino que va más allá desplegándose en manifestaciones exteriores (sociales).

Observa que la actitud de la demandada en su libelo recursivo al referirse a la amparista por su nombre y género masculinos es demostrativa de su ausencia de perspectiva de género, calificando como un error que pretenda colocar a la accionante en pie de igualdad con los restantes beneficiarios de la obra social, desatendiendo el rol tuitivo que la legislación le otorga a estos grupos afectados.

Entiende que la sentencia no se encuentra viciada de subjetivismo como esgrime la recurrente, por el contrario señala que la Jueza tuvo presente que la ley de identidad de género se dictó con el objetivo de garantizar el ejercicio de derechos de un grupo vulnerable que ha sido históricamente discriminado en razón de su sexo (entendido como concepto cultural).

Opina que contrariamente a lo sostenido por la representante de la obra social el resto de sus afiliados no se encuentra en las mismas condiciones que la accionante, toda vez que la Sra. A. tuvo que recurrir a esta excepcional vía ante la negativa de la requerida -fs. 2- de brindar cobertura del tratamiento fijado por el médico tratante, Dr. Fernando Morana, endocrinólogo según lo manifestado por la amparista en su presentación inicial.

Concluye que tampoco es posible soslayar el informe realizado por la psicóloga de la accionante, Lic. Ana María Nogueira (fs. 20), el que a su entender debe ser indefectiblemente considerado junto al diagnóstico médico de alopecia de la amparista.

ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO

Pasando a considerar el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de UPCN, en coincidencia con el criterio de la Procuración General, se advierte que el mismo no tiene chances de prosperar en atención a que los agravios no resultan suficientes a fin de ilustrar acerca del hipotético error en que podría haber incurrido la Jueza de amparo, planteando en su memorial meras discrepancias sin el debido desarrollo argumental.

Corresponde recordar que pesa sobre el apelante la carga de efectuar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo recurrido que estima equivocadas, exigencia que se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido, así como también la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (cf. STJRNS4 Se. 36/14 “MENDEZ” y Se. 16/16 “DA SILVA”, entre otros); circunstancias éstas que no se configuran en autos.

La Jueza de amparo para fundar su decisión se ha basado en las garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y antecedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho a la salud y a la vida (cf. art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 59 de la Constitución Provincial).

Nótese que el objeto del presente amparo es salvaguardar la salud de una mujer transgénero que se encuentra en proceso de adecuación de identidad, realidad que nos posiciona frente a una situación sensiblemente delicada puesto que el reclamo por la cobertura del costo de un implante capilar en un caso como el presente nunca podría ser considerado una cuestión de carácter meramente estética al estar vinculado con la salud psicofísica de la accionante.

Es en dicho contexto que, tal como lo advirtió la Jueza de amparo, con 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.

Precisamente, la ley aludida regula específicamente todo lo relacionado con el reconocimiento de la identidad de género y el derecho al libre desarrollo personal y en su artículo 11 establece que: “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 (...) 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”.

Adviértase además, que el Anexo I de la reglamentación del art. 11 de la Ley 26.743 establece que la enumeración de intervenciones quirúrgicas totales y parciales previstas en la ley son de carácter meramente enunciativo y no taxativo.

Por lo tanto, resulta evidente que en el sublite nos encontramos frente a una restricción clara y manifiesta al derecho constitucional a la salud y a la vida de la amparista, habiendo obrado la obra social requerida con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta al respecto, sin que sea suficiente la indicación genérica de que la práctica reclamada no se encuentra en el PMO por tratarse de un piso prestacional conforme la doctrina legal de este Superior Tribunal de Justicia, argumentación que además tal y como lo señala la sentenciante es limitativa de lo expresado en la ley específica que es de orden público, máxime cuando el detalle de intervenciones que contiene la ley de identidad de género no es taxativo.

En ese tenor resulta claro y contundente que la psicóloga -Lic. Nogueira- informó a fs. 20 que es de suma importancia para el psiquismo de su paciente realizarse microimplantes capilares con el fin de avanzar en su transformación física y psíquica hacia el “ser mujer”, sobre todo porque tener una cabellera completa repercutirá en la Sra. A.E. positivamente, dándole seguridad y logrando mayor pertenencia respecto de su identidad de género.

Repárese que este Superior Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente que resulta necesario tener como principio rector la calidad de vida del paciente. Las personas tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse al actor el acceso al tratamiento aconsejado por su médico tratante (cf. STJRNS4 Se. 166/15 “CHIRINO”, Se. 42/15 “SCHWERTER” y Se. 125/16 “PÉREZ”, entre otros).

Por otro lado y como bien señala la Procuración General la actitud asumida por la apoderada de la demandada en su libelo recursivo al referirse a la amparista siempre por su nombre y género masculinos es contraria a la legislación específica, discriminatoria y demostrativa de su ausencia de perspectiva de género.

Ello así por cuanto en el artículo 15 de la ley 26.743 bajo el título “Trato digno” se establece que “Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”.

En lo que aquí importa en el sublite ha quedado acreditado -tal como lo sostuvo la Jueza de amparo- que la Obra Social no aportó elementos suficientes para cuestionar la procedencia del presente amparo, limitándose la requerida a esgrimir cuestiones formales y haciendo caso omiso a los reclamos de la actora, circunstancias que ponen en peligro el derecho a la salud psicofísica de su afiliada.

En estas actuaciones surge que la Jueza de amparo ha meritado con suficiencia la cuestión planteada en base a la urgencia del caso ante el riesgo de que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, tales como la salud y la vida (cf. CSJN doctrina de Fallos: 327:3127).

En virtud de ello y en el contexto señalado los argumentos brindados por la recurrente son ineficaces para revertir el pronunciamiento impugnado en autos que se encuentra debidamente fundado en los términos del artículo 200 de la Constitución Provincial.

DECISIÓN

En función de lo expuesto, propongo al Acuerdo: rechazar el recurso de apelación interpuesto en autos; Con costas (cf. art. 68 CPCC). MI VOTO

Los señores Jueces doctores Sergio M. BAROTTO y Liliana L. PICCININI dijeron:

Adherimos al voto y solución propuesta por la señora Jueza preopinante. ASI VOTAMOS.

Los señores Jueces doctores Ricardo A. APCARIÁN y Enrique J. MANSILLA dijeron:

Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, nos abstenemos de emitir opinión (art.39 L.O.). NUESTRO VOTO.

Por ello,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
RESUELVE:**

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 79 y fundamentado a fs. 99/105 por la apoderada de la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), contra la sentencia dictada por la Sra. Jueza de Familia, Civil, Comercial, Minería y Sucesiones n° 11 de la ciudad de El Bolsón de la IIIa. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 56/63 vta., por las razones dadas en los considerandos. Con costas (art.68 CPCC).

Segundo: Regular los honorarios profesionales de la doctora Flavia Romina Barreto en el 25%, a calcular sobre los emolumentos que oportunamente fije la Jueza del amparo (art.15 Ley G 2212).

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase al Tribunal de origen.

Firmantes:

ZARATIEGUI - BAROTTO - PICCININI - APCARIÁN (en abstención) - MANSILLA (en abstención)

ARIZCUREN - Secretario STJ