

Fallo Completo Jurisdiccional

Organismo CÁMARA APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, FAMILIA Y MINERÍA 1RA - VIEDMA

Sentencia 56 - 22/09/2023 - DEFINITIVA

Expediente VI-01276-C-2023 - M [REDACTED] E [REDACTED], E [REDACTED] V [REDACTED] C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD - IPROSS- S/ AMPARO

Sumarios No posee sumarios.

Texto Viedma, 22 septiembre de 2023.-

Sentencia **AUTOS Y VISTOS:** Las presentes actuaciones caratuladas: "M [REDACTED] E [REDACTED], E [REDACTED] V [REDACTED] C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE SEGURO DE SALUD - IPROSS- S/ AMPARO", EXPTE. PUMA N° VI-01276-C-2023, que tramitan ante el Sr. Juez de Amparo, Presidente de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativa de esta Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, puestos a despacho a los fines de resolver y:

CONSIDERANDO:

I.- Que en fecha 02/08/2023 se presenta la Sra. [REDACTED], en representación de su hija V.D.M. (F/N: 26/06/12), a plantear acción de Amparo contra el Instituto Provincial del Seguro de Salud (IPROSS), a los fines que se le ordene a este, reconocer la cobertura del 100% de las prestaciones, estudios médicos, asistencia psicoterapéutica, tratamientos integrales hormonales que fueran necesarios para adecuar el cuerpo de la niña a su identidad autopercibida.

En dicho orden la mamá de V. relata que la obra social no le viene brindando cobertura, pese a que supuestamente responden con un 80% de las prestaciones -a valores de nomenclador-, lo que en cualquiera de los supuestos considera contrario a la Ley Nacional 26.743 de Derecho a la Identidad de Género.

En tal sentido, la accionante indica detalladamente el proceso que viene viviendo con V. en procura de garantizarle una vida de libertad en relación con su identidad autopercibida, como así también las dificultades que ha encontrado en su relación con la obra social provincial, a los fines de que se le garantice el efectivo ejercicio de los derechos de su hija a obtener una cobertura íntegra de las prestaciones médicas.

Así continúa explicando, que hoy en día la dificultad que enfrenta es que debido a la edad de V. (11 años), debe comenzar con el tratamiento hormonal tendiente a la adecuación de su cuerpo a su identidad, con la mirada puesta en su propia satisfacción, como para poder vincularse de la forma más plena con su entorno social, el que sostiene que debiera ser cubierto por la obra social en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 26.743.

Señala que el tratamiento antes mencionado requiere prestaciones continuas y esquematizadas, con controles periódicos e importantes erogaciones económicas, que de no ser garantizadas por la obra social implicarán una seria limitación para el acceso a la salud y a la efectiva garantía de los derechos identitarios de su hija.

Luego funda la admisibilidad formal y material de la procedencia de la vía del amparo constitucional que fuera incoada, poniendo de resalto la inexistencia de otra vía más idónea para obtener respuesta adecuada, como así también la existencia de arbitrariedad en la conducta desplegada por la obra social, la ilegalidad manifiesta de su obrar, la urgencia, y los derechos de raigambre constitucional y convencional que advierte vulnerados.

Fundamenta su petición citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, normativa convencional, constitucional y legal que resulta aplicable al caso, acompañando documental y ofreciendo prueba.

II.- TRAMITE DE LEY: Otorgado el trámite de ley, se requiere un informe circunstanciado de la Obra Social -art. 43 de la CN-, se da intervención al Sr. Fiscal de Estado en función de la representación legal que ostenta, se agrega la documental acompañada, y se despacha la prueba informativa, fijando audiencia a los fines de proceder a la escucha de la niña V. en cumplimiento de la Convención de los Derechos de la Niña, para luego tomar

contacto con las partes previo a resolver. Asimismo toma debida intervención la Sra. Defensora de Menores.

En fecha 07/08/2023 acompaña la Defensora Oficial, Dra. Dolores Crespo, los informes de la Dra. Mondillo -Endocrinóloga-, Micaela Correa -Lic. en psicología-, en tanto que en fecha 14/08/23 contesta el pedido de informe oportunamente remitido la Dra. Alda Luppi, todos ellos dando cuenta del proceso de reafirmación de su identidad que viene llevando adelante V.

III.- LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO: El 10/08/23 se presenta la Provincia de Río Negro -Fiscalía de Estado-, peticionando el rechazo de la acción de amparo, objetando que el pedido de prestaciones tenga un carácter genérico respecto a la cobertura a brindar, afirmando que este no resulta claro ni concreto en cuanto a lo solicitado, toda vez que indica que los tratamientos a realizar en el futuro no se encuentran especificados.

También alega la inexistencia de los requisitos del amparo, apuntando ausencia de arbitrariedad e inexistencia de ilegalidad, luego sostiene que de parte de la obra social no se ha limitado ni restringido el derecho de V., el cual se reconoce y garantiza “bajo las condiciones y limitaciones que le ley local establece”, invocando la nota de la Asesoría Legal del Ipross de fecha 27/03/23, por la cual y en orden a los artículos 21 y 44 inc. D de la ley K 2753 se informara que se otorgaba una cobertura del 80% de las prestaciones requeridas.

IV.- INFORME DE LA OBRA SOCIAL IPROSS: Al tiempo de dar respuesta a los términos del amparo, la obra social requerida contesta a través de su Asesora legal (escrito de fecha 10/08/23), quien hace saber que se “ratifica la cobertura oportunamente informada en relación con las prestaciones solicitadas, 80% a cargo del IPROSS y 20% a cargo del afiliado en concepto de coseguro”, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 12 de la ley k 2753.

Por otra parte, sostienen que no se registran solicitudes de reintegros pendientes en la delegación de la obra social, y correspondientes a la afiliada.

En fecha 10/8/23, la Defensora de Menores e Incapaces N° 3, Dra. Cecilia Donate, contesta la vista corrida, adhiriendo a lo peticionado y propiciando el acogimiento en toda su extensión a las prestaciones y coberturas requeridas.

El día 25 de agosto del corriente se realizó audiencia con las partes y se escuchó a V., en tanto así lo dispone la normativa legal convencional y fuera expresamente solicitado por ella, a los fines hacer conocer su posicionamiento e intereses, destacándose al respecto y en el marco de reserva propio de este tipo de intervención, la claridad, madures y profundidad en cada una de sus manifestaciones, las que obviamente son puntualmente tenidas en cuenta al momento de resolver.

En fecha 28/8/23, dictamina la DEMEI Dra. Cecilia Donate, propiciando la recepción favorable de la acción de amparo, en atención al interés superior de V. y las disposiciones de la ley 26743.

V.- ANALISIS Y SOLUCIÓN DEL CASO. En este proceso de naturaleza urgente, debido a la grave afectación de derechos esenciales que se denuncian restringidos en su pleno ejercicio, el tema a decidir se limita a determinar si la acción de amparo es la vía adecuada para la procedencia de lo solicitado y si la obra social provincial debe otorgar la cobertura requerida por la parte actora.

Ambas aristas de la decisión están estrechamente relacionadas, ya que la elección de la vía apropiada dependerá de si se verifica la inexistencia de otro procedimiento legal más idóneo y la existencia de una afectación a los derechos esenciales, lo cual, a su vez, determinará la pertinencia de que se conceda la pretensión principal haciendo lugar al fondo de la acción de amparo.

En primer lugar, es importante destacar la urgencia y la necesidad inmediata de que V. reciba tratamiento hormonal, así como los controles médicos y asistencia psicológica, pues ello viene determinado por su edad, el ingreso en la pubertad y los cambios corporales propios de esta etapa. Esto hace evidente la urgencia y la falta de otro recurso judicial que pueda garantizar de manera adecuada los derechos que se buscan proteger. Por lo tanto, desde esta perspectiva, considero que la acción de amparo es apropiada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Provincial.

Ahora bien, para determinar si la conducta de la obra social, al reconocer el 80% de cobertura sobre las prestaciones de acuerdo con el nomenclador aprobado por la propia entidad, incurre en arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, es necesario primero establecer el marco jurídico aplicable y, a partir de ello, dilucidar si dicha conducta se ajusta a las obligaciones previstas en la normativa correspondiente a tenor de los paradigmas interpretativos hoy vigentes.

Dicho cuerpo legal debe integrarse en primer lugar con los tratados y convenciones de Derechos Humanos que consagran el derecho a la igualdad y a la libertad y que fueran incorporados a nuestro ordenamiento con rango constitucional por el artículo 75 inc. 22 de la CN, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer -CEDAW-, los Principios de Yogyakarta (17 y 28) la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el orden interno la Ley 26743 de identidad de género, y finalmente la ley provincial 2753 que regula el funcionamiento del IPROSS, Resolución 3159/2019 de la Secretaría de Gobierno de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, Resolución 201/2002 de la Secretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública, la Acordada 6/23 del STJ.

En este punto, no puedo pasar por alto que, a partir del año 1994, con la reforma Constitucional, los tratados de derechos humanos se incorporaron a nuestro ordenamiento interno según lo establecido en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Esto marcó un cambio en el modelo jurídico de nuestro país, colocando el respeto por la dignidad de las personas, la igualdad real y la promoción de los Derechos Humanos en el centro de nuestro ordenamiento jurídico y de derechos.

Además, otro hito importante en el tema que nos ocupa ocurrió en el año 2012 con la sanción de la Ley 26743, que reconoce el derecho a la identidad de género de las personas. Ello nos obliga a interpretar el marco legal sustantivo y adjetivo a partir de esta nueva perspectiva, sobre todo considerando que las leyes invocadas por la asesoría legal del IPROSS fueron dictadas bajo viejos arquetipos que ya han quedado atrás, como la Ley 2753 sancionada el 22 de diciembre de 1993, lo que obliga a una nueva relectura de esta, pero bajo el prisma de los nuevos paradigmas protectorios de las personas. (CAÑAL, Diana R., “Los paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar”, 12º Jornadas de Los cambios de paradigma y sus efectos, su abordaje interdisciplinario, Revista Spes Nro. 34, Octubre 2012; 1CAÑAL, Diana R., “El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales”; Publicado en Libro “Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, Ed. Dois de Julho, Bahía, Brasil, 2015).

Así ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al evacuar la Opinión Consultiva n° 24/2017, abordando justamente la problemática de la adecuación de las antiguas disposiciones legales a los nuevos contextos, que la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

En dicha lógica, tendiente a provocar en los operadores judiciales un abordaje de los casos a partir de las nuevas pautas de Derechos Humanos y perspectiva de género, es que nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dictado la Ac. 6/23, señalando ya desde su artículo 1 “*Establecer como política institucional, la obligatoriedad de realizar un abordaje judicial con Perspectiva de Géneros en las situaciones que involucren los derechos de mujeres, diversidades y/o disidencias con el objeto de garantizar la igualdad y el acceso a justicia y de evitar análisis que pueden resultar estandarizados, simplificados y/o sesgados en base a prejuicios y/o estereotipos de género*”, lo que nos impone no solo a los magistrados al tiempo de resolver o tramitar las causas, sino a los auxiliares judiciales -letrados y letradas- al articular sus presentaciones, el deber de atender no ya un trato igualitario de las personas, sino de reafirmación positiva frente a grupos vulnerados.

Hago dicha aclaración, por cuanto debo anticipar que advierto en las presentaciones realizadas ante este órgano jurisdiccional y en las intervenciones administrativas de los/as letrados/as de la obra social, un marcado esfuerzo por demostrar que V. no ha sido discriminada, toda vez que se le ha dispensado el mismo trato que al resto de los/as afiliado/as, dándole idéntica cobertura -80% de las prestaciones- propio del paradigma liberal de igualdad, cuando en realidad debieron haber acreditado cuales fueron las acciones positivas tendientes a aventajar a quien pertenece a un grupo vulnerado e interseccionado por su identidad de género y niñez,

pues justamente aquel trato pretendidamente igualitario, constituye el acto de discriminación para quien no se encuentra en condiciones de igualdad.

Así también ha sido remarcado en la Ac. 6/23 Anexo I Capítulo II 4. I, *“Los procesos y actuaciones judiciales tramitan garantizando el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación que gozan de protección constitucional y convencional. En aquellas situaciones en que las mujeres, diversidades y/o disidencias, en razón de su género y/o sexo se encuentran en posiciones de desigualdad, se realiza un análisis riguroso que considere la adopción de medidas de acción positiva para equilibrar tal desigualdad.”*.

Dicha pauta hermenéutica, no es más que una derivación lógica y axiológica de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos ya citados, la ley 26743 y el criterio interpretativo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y Comercial.

A partir de lo manifestado, debo anticipar que asiste razón a la amparista en su pretensión de cobertura del 100% de las prestaciones, toda vez que el art. 11 de la ley 26743, establece con absoluta claridad 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.”, siendo esas prestaciones las intervenciones quirúrgicas totales y parciales -en caso de menores con la conformidad judicial- y/o tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo.

Ello, encuentra correlación con la dignidad como persona que los tratados de derechos humanos buscan garantizarle a V. toda vez que le acuerdan una protección especial en torno a la libertad de su identidad de género según su propia autopercepción.

En este sentido, el principio 17 de Yogyakarta señala en su apartado g), que los Estados *“Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género”*, en tanto que el artículo 3 de la Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, impone el deber de dar preferencia por sobre cualquier otro derecho al Interés Superior del Niño/a, criterios que aparecen ausentes en los dictámenes de las letradas/os del IPROSS.

Esto es suficiente para constituir un fundamento razonable que habilita la procedencia de la acción instaurada, en tanto pone en evidencia la violación manifiesta y arbitraria de los derechos identitarios de V y a la libertad de vivir de acuerdo a la autopercepción de género que cada persona tuviere, lo que aparece agravado cuando se advierte que la cobertura del 100% del tratamiento necesario para adecuar el organismo a dicha autopercepción, se encuentra incorporado al Programa Médico Obligatorio (PMO), lo que fuera absolutamente desconocido por la representación de la Obra Social provincial, de una manera que resulta inadmisibles 10 años después de dictada la ley 26743, y la normativa reglamentaria dispuesta por la Secretaría del Ministerio de Salud de la Nación.

Además del ya citado artículo 11 de la ley 26743, el que para el Suscripto no deja dudas en cuanto al alcance e incorporación de todas las prestaciones de salud que el mismo contempla al PMO, la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud mediante Resolución 3159/2019 indicó en sus considerandos *“Que a través de su artículo 11, se garantiza el acceso a los tratamientos hormonales integrales como parte del derecho al libre desarrollo personal y establece que dichos tratamientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Los servicios de salud, tanto del sistema público como de los sistemas privado y de seguridad social, deben incorporarlos a sus coberturas, garantizando en forma permanente los derechos reconocidos por la Ley 26.743.*

Que el Decreto 903/15, a través del artículo 1, del Anexo 1, define como tratamientos hormonales integrales a aquellos que tienen por finalidad cambiar los caracteres secundarios que responden al sexo gonadal, promoviendo que la imagen se adecue al género autopercebido.

Que en tal sentido, se tendrá que prescribir y suministrar los medicamentos y/o tratamientos para hormonización con una cobertura del 100% a demanda de las/os beneficiarias/os, en el marco de la atención primaria de la salud, a través de los prestadores de servicios”.

Como fácilmente se puede advertir, justamente el sentido de la normativa mencionada y una adecuada interpretación en clave de Derechos Humanos, con perspectiva de género y

contemplando el Interés Superior de la Niña, nos impone garantizar el derecho de V., por lo que entiendo que debe hacerse lugar a la acción de amparo que promoviera su madre, ordenando al IPROSS, brindar la cobertura del 100% de las prestaciones necesarias para garantizar sus derechos a la identidad de género autopercibida y a su salud, al igual que a su núcleo familiar inmediato.

Por otra parte, atento la evidentes carencias en el trámite administrativo en el cumplimiento de la garantía estatal de respeto al Derecho de Identidad de Género, las que quedan evidenciadas en las notas de fecha 6 de febrero de 2023 y 10 de agosto de 2023 que fueran acompañadas a autos, en las que se ratifica el criterio restrictivo a la hora de otorgar la cobertura solicitada, y la gravedad que ello implica frente a la afectación de los derechos de una niña de corta edad, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 34 y 35 del CPCyC, y los Principios de Yogyakarta n° 28 inc. F), entiendo adecuado establecer que la totalidad de los integrantes del servicio jurídico de la Obra Social acrediten en autos la realización y aprobación de la capacitación en Perspectiva de Género que brinda la Oficina de Género y Derechos Humanos del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o de similares características, bajo apercibimiento de ley.

Imponer las costas del presente a la vencida -art. 68 1er. Párrafo del CPCyC-, regulando los honorarios de la Dra. Dolores Crespo en la suma equivalente a 20 JUS -arts. 6 y 9 de la Ley G 2212-.

Por todo ello, **RESUELVO:**

I.- Hacer lugar a la acción de amparo articulada por la Sra. [REDACTED] a en representación de su hija V. D. M., y consecuentemente condenar a la Provincia de Río Negro -Instituto Provincial del Seguro de Salud IPROSS-, a brindar el 100% de cobertura de las prestaciones correspondientes al artículo 11 de la Ley 26743.

II.- Establecer que la totalidad de los integrantes del servicio jurídico de la Obra Social acrediten en autos, en un plazo razonable, la realización y aprobación de la capacitación en Perspectiva de Género que brinda la Oficina de Género y Derechos Humanos del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o de similares características, bajo apercibimiento de ley.

III. Imponer las costas de la presente a la accionada vencida -art. 68 1er. Párrafo del CPCyC-, regulando los honorarios de la Dra. Dolores Crespo en la suma equivalente a 20 JUS -arts. 6 y 9 de la Ley G 2212-.

Regístrese, protocolícese y notifíquese. ARIEL GALLINGER-JUEZ

Texto

Referencias (sin datos)

Normativas

Vía Acceso (sin datos)

¿Tiene Adjuntos? NO

Voces No posee voces.

Ver en el
móvil

