



Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (2019).
“L., M. C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO”. Expediente nro
24118. Sentencia del 10/06/ 2019

La importancia de juzgar con perspectiva de género, cuando está en juego
la identidad

Alumno: Luciano Ortiz

Tutora: María Lorena Caramazza

Carrera: Abogacía

N° de Legajo: VABG70604

DNI N°: 40.167.729

Entrega N° 4

SUMARIO: I. Introducción. - II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del TSJ. - III. Análisis de la ratio decidendi y fundamentos del TSJ. - IV. Estudio conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. - V. Postura del autor. - VI. Conclusión final. – VII. Referencias bibliográficas A) Doctrina B) Jurisprudencia C) Legislación.

I.INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el fallo emanado de los autos caratulados: “L., M. C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO”, dictado el 10 de junio del año 2019 por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, sentando así, un precedente jurisprudencial muy valioso, tratándose de una cuestión de compleja resolución y gran impacto social y relacional, que ha merecido específica y privilegiada atención jurídica y normativa a nivel nacional y provincial, enfocándose en garantizar el acceso de personas trans a un sistema de salud y cobertura integral digno. La sentencia del Superior Tribunal de Justicia, encuentra su importancia, en el acceso de esta fracción de la comunidad a intervenciones médicas, y lo necesarias que son para el ejercicio del derecho humano a la identidad de género, concepto que contempla la autonomía de decisión sobre el propio cuerpo y la propia vida, para poder garantizar así, el acceso a una salud y cobertura integral de calidad.

El caso bajo estudio presenta un problema central de relevancia, puesto que, “este problema implica la necesaria distinción entre la pertinencia de una norma a un sistema jurídico y su aplicabilidad” (Moreso y Vilajosona, 2004). Los Magistrados se ven sometidos a elegir entre dos leyes para su aplicación, la Ley N° 26.743 de Identidad de Género que en sus arts. 1, 11 y 13 incorporan este tipo de intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo dentro del Plan Médico Obligatorio (en adelante PMO), y la Ley N° 10.509 que crea el Área Provincial de Políticas de Identidad de Género y Diversidad sexual, la cual no se adhiere a la ley Nacional antes mencionada y deja fuera a IOSPER de las leyes 23.660 y 23.661 (seguros de salud), no incorporando a dicha obra social dentro de las normativas sobre obras sociales nacionales.

Por otro lado, también se encuentra presente un problema de tipo axiológico, el cual es definido como, “aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto” (Dworkin, 2004). La última vocal en pronunciarse versa sobre la no consagración de los derechos absolutos insusceptibles de razonable fundamentación por

parte de nuestra Carta Magna y como dicho principio superior se ve condicionado por los derechos fundamentales aquí en juego y amparados en el fallo en cuestión.

La nota a fallo comenzará narrando los hechos de caso (premisa fáctica), la historia procesal y la decisión del tribunal; para luego, analizar la ratio decidendi y los Obiter Dicta de la sentencia del Tribunal. Se desarrollarán los antecedentes, doctrinas y jurisprudencias referentes al fallo que nos ocupa y, así concluir con la postura del autor y las conclusiones finales.

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En lo que refiere a los hechos de la causa de la lectura del fallo, la historia procesal y la decisión del tribunal, se vislumbra que una de las partes, L., M (en adelante actora), presenta una medida cautelar, amparo, frente al tribunal de primera instancia y contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) para que, dentro del plazo de quince (15) días corridos, otorgue la cobertura integral del conjunto de intervenciones quirúrgicas para la feminización genital completa, dicha medida fue producto de la no contestación a un requerimiento previo de la mencionada prestación mediante sede administrativa el 05/12/18 en forma personal. El tribunal a quo en su sentencia da lugar a la acción de amparo interpuesta por la actora en contra de la obra social, justificándose el trámite rápido y expeditivo cuando se encuentra en juego el derecho a la vida, la salud y la integridad psicofísica de las personas.

Contra ese pronunciamiento se alza la obra social demandada e interpone un recurso de apelación, expresando ante esta Alzada los argumentos de su impugnación en procura de su revocación, argumentando que la misma obra social no se encuentra dentro de las normativas sobre obras sociales nacionales y que dichas intervenciones quirúrgicas no se encuentran dentro del Plan Médico Obligatorio, pretendiendo que dicha resolución expresada por los magistrados de primera instancia sea revocada.

Así, la causa quedó a decisión del máximo tribunal de la provincia de Entre Ríos, puesto a resolver el planteo apelatorio deducido por la accionada (IOSPER). Los magistrados del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos se pronunciaron, por mayoría, poniendo en relieve la completa improcedencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, correspondiendo rechazar el mismo y

confirmar la pieza sentencial en crisis, resolviendo así la definitiva prestación por parte de la demanda.

III. ANÁLISIS DE LA RATIO DECIDENDI EN LA SENTENCIA

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos en un voto mayoritario de los magistrados, Dres. Daniel O. Carubia - Miguel A. Giorgio - Claudia M. Mizawak (En disidencia parcial), concluyen que IOSPER debe reconocer la cobertura prestacional a su afiliada, desestimando el recurso apelatorio presentado por la demandada, teniendo en cuenta esto, recorramos los argumentos planteados por los Magistrados en sus votos para dar una resolución a los problemas jurídicos antes mencionados.

El Presidente del Tribunal el Dr. Daniel O. Carubia se expresó, mediante tres argumentos centrales, justificando así su decisión. En principio, analizando el artículo 11 de la Ley Nacional N° 26.743 de Identidad de Género, extrayendo diversas cuestiones, como la finalidad de garantizar el goce de la salud integral, el acceso a intervenciones quirúrgicas totales y parciales, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercebida, exponiendo que dicho escrito también incorpora a todas las prestaciones de salud antes mencionadas dentro del Plan Médico Obligatorio.

Continúa, agregando argumentos sobre la no aplicabilidad de la Ley Provincial N° 10.509, llegando a una decisión sobre la ley aplicable al caso, resolviendo así, apoyado por el argumento anterior, el problema de relevancia jurídica suscitado en el caso, decidiendo la no aplicación de dicho escrito, expresando aquí, en dichos textuales del Dr. Carubia, considerando que: Dicha ley en la práctica no efectiviza la importancia protectoria que inspira dicha normativa, constatándose el desamparo y vulneración de los derechos de la actora, por lo que debió arribar a esta vía de excepción en procura de protección para el derecho a la salud y a la identidad aquí invocados.

Finalizando, de esta manera, enumerando los derechos fundamentales aquí en juego, derecho a la vida, la salud y la mejor calidad de vida posible de la reclamante, haciendo primar con este voto la satisfacción de los derechos y garantías fundamentales de la actora.

En relación a la Obiter Dicta (OD), el Presidente del Tribunal, analiza cuestiones técnicas con asistencia de profesionales en la materia, como el Dr. Federico Rodríguez,

detallando las práctica: "Orquiectomía bilateral, penectomía total, uretroplastía, clitorideosplastía con preservación de filamentos nerviosos para sensibilidad futura" (cftr.: fs. 17), y el Dr. Javier Belinky -agregando: "neovaginosplastía, labioplastia mayor y menor", al detalle de práctica quirúrgica-, debiendo destacarse - para la elucidación del presente conflicto.

En su voto, el Dr. Miguel A. Giorgio no emite opinión sobre el fondo de la cuestión, y se adhiere al voto del Dr. Carubia.

A la misma cuestión, se pronuncia la Sra. Vocal Dra. Claudia M. Mizawak, compartiendo en lo sustancial, la solución que propicia el Dr. Carubia, sobre el deber de la accionada de brindar la cobertura de los procedimientos quirúrgicos medicamente indicados a la actora, pero expresando el desacuerdo en relación a la autorización de la prestación en relación al modo y forma en que se lo reclama, exponiendo aquí, en palabras textuales de la Dra. Mizawak, considerando que: No se puede condenar a la demandada al cumplimiento de prácticas que excedan lo dispuesto por el marco normativo que regula su funcionamiento y deberes a su cargo.

Por último, deja visible con esta disidencia parcial un nuevo problema al que se enfrentan los magistrados, de tipo axiológico, que no fue resuelto a lo largo del proceso, al plantear en dichos textuales de la Dra Mizawak, que: No debemos olvidar al respecto que nuestra Carta Magna no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional); y la constitucionalidad de dicha reglamentación está condicionada, por una parte, a la circunstancia de que los derechos afectados sean respetados en su sustancia.

En relación a la Obiter Dicta, la Dra. Mizawak, agrega, de manera resumida, resoluciones judiciales que abalan argumentos postulados en el respectivo voto.

IV.LA DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

Para poder desarrollar este análisis conceptual, debemos profundizar conceptos nucleares, mencionar pensamientos doctrinarios y jurisprudencia acerca de la temática abordada, los cuales se relacionan estrechamente con la problemática jurídica y los argumentos del Tribunal a la hora de resolver.

Debemos mencionar la figura del amparo, una medida cautelar de gran valor jurídico en nuestro país, tuvo su origen a nivel legislativo, en 1994 en su incorporación en la reforma de la Constitución Nacional, al igual que en la Ley Nacional N° 16.986. El art. 43 de la Constitución Nacional regula la acción de amparo, como medio expedito, rápido, excepcional y subsidiario si no existiere otro camino judicial más idóneo para la defensa de los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna, un tratado o una ley (Gelli, 2006).

Siguiendo con el análisis, nos toca desarrollar la temática principal de este fallo, ya dejando en claro la idoneidad de dicha medida cautelar antes expuesta en relación al caso particular en análisis.

El fenómeno de la transexualidad es un asunto en el que, el peso social, en concreto de los colectivos transexuales, ha sido y sigue siendo crucial en muchos aspectos, desde la progresiva eliminación de la discriminación hasta la influencia para que el poder legislativo se pronuncie (Atienza, 2014).

En Argentina y en Latinoamérica, el colectivo trans es uno de los más vulnerados históricamente en lo que a derechos humanos respecta (Cabral y Hoffman, 2009) pero esto comenzó a cambiar, en especial por el suceso que representa el hito más importante en la historia de la lucha de estas organizaciones de activistas trans, el mismo tuvo lugar el día 9 de mayo del 2012, con la sanción de la Ley 26.743 de Identidad de Género, reconociendo el derecho a la identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad y al trato digno conforme a la identidad de género autopercibida (arts. 1° y 12).

La sanción de dicha ley representa uno de los mayores avances legislativos en materia de derechos personalísimos, cuyos derechos a la igualdad, a la no discriminación, a la salud integral y a la dignidad personal se ven sistemáticamente afectados, reflejado en un informe elaborado por la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgénero de Argentina (ATTTA) y la Fundación Huésped, donde se afirma que este colectivo tiene una esperanza de vida de entre 35 y 41 años.

En relación a un concepto de trascendencia para este análisis, el artículo 2 de la Ley N° 26.743 define la identidad de género y la define 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. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales (art 2).

Teniendo en cuenta la guía de atención de la salud integral de personas trans, travestis y no binarias (2020), es importante considerar que, frente a la falta de acceso en ámbitos de salud, muchas personas recurren, o podrían recurrir, a diversos procesos para expresar su identidad de género que ponen en riesgo la salud y/o la vida, incluyendo: auto hormonización, uso de métodos anticonceptivos con fines feminizantes, inyección de aceites y/o siliconas líquidas, etc (p.14).

Ahora bien, corresponde destacar el art 11 de la Ley N° 26743 de Identidad de Género (2012), dicho escrito, una pieza central dentro de la argumentación de la decisión del fallo en análisis, y muy importante a la hora de hablar sobre salud y cobertura integral dentro del colectivo trans. La posibilidad de acceder a las intervenciones quirúrgicas, tratamientos integrales hormonales, de todas las personas mayores de edad sin requerir autorización judicial o administrativa, también haciendo especial referencia a que las prestaciones allí mencionadas serán incluidas en el Programa Médico Obligatorio y asimismo, que los servicios de salud del sistema público, de la seguridad social de salud y de los sistemas privados las incorporarán a sus coberturas, garantizando en forma permanente los derechos reconocidos por la ley, buscando garantizar la autonomía en la toma de decisiones sobre el propio cuerpo.

En el párrafo anterior, podemos observar un punto central de la resolución del problema de relevancia, el cual surge cuando en una causa judicial, el magistrado debe resolver determinando cuál de las normas resulta aplicable al caso (Alchourrón & Bulygin, 2012). Dejando clara la postura de los magistrados de la aplicación de la Ley de Identidad de Género, exponiendo lo preponderante de dicho artículo.

En nuestro país, los antecedentes jurisprudenciales en relación a este tema son resultado de una necesaria compensación por históricas postergaciones sufridas por las personas pertenecientes a minorías sexuales. De este modo, en el fallo “R V. E. S/ Acción de autorización judicial para la reasignación de cambio de sexo” (2012) la Dra. María Marcela Pájaro se pronunció, haciendo referencia a los derechos de la libertad y la autonomía personal que forman parte de un conjunto de derechos intangibles e indecidibles.

Ahora bien, en relación a un precedente jurisprudencial muy similar al que se encuentra bajo análisis, en el fallo “F.T (R.F) Contra obra social de la ciudad de Buenos Aires (OBSBA) sobre amparo” (2019) se resolvió hacer lugar a la cobertura integral de la cirugía de feminización facial completa por parte de la obra social, marcando otro precedente importante en relación a la accesibilidad de personas trans a la salud pública y cobertura integral.

V. LA POSTURA DEL AUTOR

En cuanto a las cuestiones de hecho del caso, considero apropiada la resolución del mismo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos se ha ajustado a los mandatos constitucionales y los referentes de la ley de Identidad de Género, los cuales protegen los derechos aquí afectados, encontrándose la actora legitimada para acceder a los derechos que pretende.

Ahora bien, esto admite una explicación mayor, desde mi postura como estudiante e investigador del fallo bajo análisis. Considero que los Magistrados actuaron conforme a derecho, dejando claro, ante la vulneración de los derechos pretendidos, la procuración de iguales derechos e iguales oportunidades para ejercitarlos, teniendo en cuenta tanto los derechos personalísimos aquí afectados como los derechos resguardados por la ley de Identidad de Género, firmando un precedente que impacta de manera directa en una sociedad binaria y transexcluyente.

En relación al problema central de relevancia con el que se encontraron los Magistrados, el cual fue resuelto, a mi entender de manera correcta, teniendo en cuenta la preponderancia a nivel nacional e internacional que presenta la Ley de Identidad de Género, aplicando la misma y dejando sin efecto la aplicación de la Ley Provincial N° 10.509, debido a su poca aplicabilidad. Resaltando también, la no resolución del problema axiológico planteado por la última vocal en pronunciarse, dejando así, a mi criterio, un aspecto importante que corregir a nivel judicial.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos ha mostrado, en el fallo analizado, que deben primar los derechos personalísimos de las personas, los derechos consagrados en la Ley de Identidad de Género, como el acceso a una salud pública y cobertura integral digna. En este sentido, el precedente jurisprudencial que logró

impactar en la ciudad de Paraná en el año 2019 fue de gran trascendencia para la lucha del colectivo trans. Es menester mencionar la labor de los integrantes del tribunal en cuestión, su ejemplar decisión y el protagonismo que se logró darle tanto a la Ley de Identidad de Género, como también a los derechos fundamentales aquí afectados, sobre todo tratándose de minorías sexuales, dentro de una sociedad extremadamente binaria.

Dentro de esta conclusión final, por otra parte, quisiera destacar el problema axiológico planteado por la Sra. Vocal Dra. Claudia M. Mizawak, que en su voto, donde diside parcialmente con el fallo final, plantea una cuestión relacionada a la no consagración de los derechos absolutos, un principio superior del derecho, que se ve condicionado por los derechos fundamentales en peligro, un problema de importancia que no fue tomado en cuenta de manera relevante, dejando pendiente tanto a nivel Legislativo como Judicial la revisión del mismo en casos como el que se precede.

Finalizando, haciendo hincapié en la importancia de la igualdad de derechos, a la no discriminación de minorías sociales, dejando así, precedentes jurisprudenciales como el fallo en cuestión, agregando un aporte más a la igualdad de género y agregando la importancia y necesidad de políticas públicas para la prevención y respeto de la igualdad de los derechos, que como operadores jurídicos somos responsables.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

A) Doctrina:

Aizicovich, M. (2019). *El acceso a la salud en la población Transexual y Transgénero en Argentina*. (Tesis, Fundación H. A. Barceló Facultad de Medicina) Recuperado de: http://repositorio.barcelo.edu.ar/greenstone/collect/tesis/index/assoc/HASH01d8/d096a0ab.dir/BRC_TFI_Aizicovich_Marina.pdf

Alchourron, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Atienza Macías, E., & Armaza Armaza, E. J. (2014). La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español. *Salud colectiva*, 10, 365-377. Recuperado de: https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/scol/v10n3/v10n3a07.pdf

Brugnoli, C. (2020). *Trans-formando lazos: abordaje de la Ley de Identidad de Género*. (Trabajo final de grado, Universidad Siglo 21) Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/18819>

Cabral, M & Hoffman, J. (2009). *Me preguntaron cómo vivía / sobreviviendo, dije, sobreviviendo...* Trans Latinoamericanas en situación de extrema pobreza. Recuperado de: <https://www.outrightinternational.org/sites/default/files/262-1.doc>

Dworkin, R. (2004) *Los derechos en serio*. Barcelona España, Ed. Ariel

Gelli, María Angélica. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4a ed ampliada y actualizada. Buenos Aires: Fondo editorial de derecho y economía. Recuperado de: https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/30073156/e697_1.pdf

L. D. I. (2014). GÉNERO Y ACCESO AL CUIDADO DE LA SALUD DE LAS PERSONAS TRANS EN ARGENTINA. *Fundación Huésped*. Abril. Recuperado de: <https://www.huesped.org.ar/wp-content/uploads/2014/05/OSI-informe-FINAL.pdf>

Ministerio de Salud Argentina, (2020). *Atención de la salud integral de personas trans, travestis y no binarias. Guía para equipos de salud*”, pp. 10-20. Recuperado de: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-10/guia-salud-personas-trans-travestis-nobinarias.pdf>

Moreso, J. J. & Vilajosana Rubio, J. M. (2004).. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

B) Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo CAyT , Sala I Secretaría única, (Abril de 2019). Autos: F.T(R .F.) CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO. Recuperado de: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/02/1-CON-PERS-D-5-LGTBI-F.T-R.F-c-OBSBA-s-amparo.pdf>

"R V. E. S/ ACCION DE AUTORIZACION JUDICIAL PARA LA REASIGNACION DE CAMBIO DE SEXO (RESERVADO)", Expte. 15545/11. (07/02/2012) Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/nota-8801-Autorizan-intervenci-n-quir-rgica-de-cambio-de-sexo-y-modificaci-n-de-DNI.html>

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, (10/06/2019). Autos: “L., M. C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO” Recuperado de:

<http://jurbp.jusentrerios.gov.ar/jur/aplicacion.php?ah=st6135884a5bbbf5.44822039&ai=jur%7C%7Cpublica&tcm=previsualizacion>

C) Legislación:

Ley Nacional N°16.986 *Acción de amparo* (18/10/1966).

Ley N° 26.743 *Ley de Identidad de Género* (09/05/2019).

Ley N° 23.660 y 23.661 *Obras Sociales* (29/12/1988).

Ley N° 8.369 *Procedimientos Constitucionales* (18/07/1990).

Ley N° 10.509 *que crea el Área Provincial de Políticas de Identidad de Género y Diversidad sexual* (09/09/2017).