



**CARRERA: ABOGACIA**

**NOMBRES Y APELLIDO: VALERIA PATRICIA SANES**

**DNI: 25897267**

**NUMERO DE LEGAJO: VABG6891**

**FECHA DE ENTREGA: 26 DE JUNIO DE 2022**

**NOMBRE DEL TUTOR: COCCA NICOLAS**

**TEMA ELEGIDO: MODELO DE CASO- CUESTIONES DE GÉNERO**

**TITULO DE LA NOTA: FALLAR CON PESPECTIVA DE GÉNERO.**

**ENTRE EL RECHAZO PRESTACIONAL Y EL RETARDO JUDICIAL.**

**Sumario:** I. Introducción. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales V. Conclusión. VI. Referencias. A) Doctrina B) Jurisprudencia.

## **I.- Introducción**

Nuestra Constitución Nacional en su art. 16 expresa que todos los habitantes son iguales ante la ley. Entonces.... ¿Por qué sancionar nuevas leyes si somos todos iguales y tenemos los mismos derechos? La respuesta es simple, porque no todos pueden acceder a ellos, y en eso mucho tiene que ver si una persona pertenece a una minoría.

Nuestro país se vislumbra como de avanzada ya que fue uno de los primeros en legalizar el matrimonio igualitario, sin embargo, puertas adentro la discriminación y estigmatización que sufren las personas que pertenecen al colectivo LGBTIQ+ sigue fluyendo de algunos sectores de la sociedad .

De modo que el gobierno decidió afrontar dicha cuestión creando la Ley de Identidad de Género (Ley 26743) a fin que las personas de dicha comunidad tengan acceso no solo a cambiar de nombre sino de aspecto, adecuando así su físico a su percepción interna mediante diversos tratamientos, los cuales son incluidos dentro del plan médico obligatorio. Haciendo que al menos en las prestaciones de salud tengan amplia cobertura, pero, aun hoy, y a pesar de dicha ley, las personas trans siguen encontrando obstáculos para poder lograrlo.

Esto se debe a que los engranajes del derecho distan de ser perfectos y cuando se sanciona una nueva ley pueden surgir entre actores y demandados diversas peticiones que quizás este no contempla, por considerar que las normativas redactadas son claras y específicas al fin que persiguen. Sin embargo cuando estas cuestiones se presentan, los trabajadores de la justicia deberán reinterpretar el sentido y alcance de las mismas que posteriormente tendrán gran relevancia para llegar a la sentencia.

Es en los fallos con perspectiva de género donde las sentencias se justifican a través del reconocimiento de derechos para aquellas personas que forman parte de minorías que han sido y son relegadas desde lo social hasta lo judicial.

\* \* \*

El aporte al mundo del derecho entonces, es la concreción de ese acceso mediante una interpretación más holgada de la considerada por el legislador, pero basada en parámetros médicos, científicos y hasta psicológicos que acrecientan la solidez de la Ley 26743 y su decreto reglamentario n° 903/2015, conjuntamente con los instrumentos nacionales e internacionales a los cuales ha adherido nuestro país como son, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 10 y 20), Ley n° 153 Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°), Declaración Universal de Derechos Humanos (art.25), Pacto de San José de Costa Rica (art.4 y 5°), Constitución Nacional Argentina (art.75 inc.22) y los Principios de Yogyakarta<sup>1</sup>.

El fallo que nos atañe comienza con un recurso de amparo interpuesto por una persona trans, con el fin de poder acceder a una cirugía de feminización facial completa y los estudios pre quirúrgicos respectivos, lo cual es denegado por su obra social (Obsba) por considerar que dicha prestación se corresponde con una cirugía estética o de embellecimiento para adecuar la fisonomía de la requirente a los cánones de belleza actuales, respondiendo a presiones de la sociedad que nada tienen que ver con lo estipulado en la Ley de Identidad de Género (Ley 26743). Por ello la obra social mencionada contraataca con un recurso de apelación, a fin de desconocer esta práctica como algo relevante para la salud de la actora y quejándose sobre la vía utilizada por la misma (amparo).

Fallar con perspectiva de género es entonces restaurar la equidad a una situación desde otra perspectiva legal, utilizando para ello la ley mencionada ut supra, que enmarca un amplio espectro de protección para los gays, lesbianas, transexuales, no solo en cuanto al cambio de nombre sino también en poder llevar a cabo la transformación física, mediante diversas técnicas que van desde toma de hormonas hasta operaciones que cambian el cuerpo y su genitalidad.

---

<sup>1</sup> Documento redactado en Indonesia (2006) que consta de 29 principios con respecto a la orientación sexual y la identidad de género, que tienen carácter vinculante para todos los Estados, en referencia a la educación, trabajo, salud etc.

Entonces es deber de los jueces llevar a cabo este tipo de sentencias dejando de lado visiones estereotipadas tanto feministas como machistas, abogando por una disrupción jurídica como así también, es deber del estado tener un rol clave para su implementación y ejecución, mediante organismos de control que faciliten el avance de esta clase de políticas públicas que tienen por finalidad acceder a una justicia menos arcaica y más moderna.

Tal como lo hizo la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Sala I Secretaria Única de CABA en el siguiente fallo: F.T (R.F) contra Obra Social Obsba sobre Amparo-Salud-Medicamentos y Tratamientos.

Y como son muchas las voces de personas autorizadas en la materia que abogan día a día por un reconocimiento igualitario a las personas del colectivo LGTBIQ+ es que se confirma la justificación del análisis del fallo y el aporte que ha hecho al mundo del derecho, que es dar a cada uno lo suyo, tal como lo expresaban los escritos del antiguo jurisconsulto romano conocido como Ulpiano<sup>2</sup>(2022).

En cuanto a las leyes utilizadas en este fallo, debería incluirse también la Ley 23592 de Actos Discriminatorios, dado que la demandada argumentó que la sentencia hizo lugar al pedido de la actora sin haber acreditado su pertenencia al colectivo trans, infringiendo así el artículo 1º de la mencionada ley.

Por último el Tribunal pudo haber solicitado la opinión de dos o tres expertos en cirugía plástica, a fin de considerar si la rinoplastia, lifting de cejas, lifting de labios, remodelación de la mandíbula, remodelación de las orbitas y de la expresión de la mirada, eran consideraras para ellos como meras cirugías de embellecimiento o fundamentales para un cambio de sexo.

---

<sup>2</sup> Pérez de los Reyes, M.A. (2022) El ayer y el hoy de los juristas romanos (p.227-228) Recuperado de <https://revistas.colaboracion-juridicas.unam.mx...PDF>

## **II.- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal**

El eje principal del hecho litigioso en estudio, esta generado por una negación reiterada de la demandada, a otorgar una cobertura total de feminización facial y los estudios pre quirúrgicos a una de sus afiliadas, persona trans que por pertenecer al colectivo LGBTIQ+ siente aun más la vulneración de sus derechos primordiales, en especial el del acceso a la salud.

En primer lugar el caso es presentado ante el Juzgado en 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 20 Secretaria n° 40 CABA donde se interpuso el amparo mencionado por la cirugía ut supra y estudios pre quirúrgicos, la actora expreso que dicha medida fue tomada luego de ver cercenado su derecho de igualdad, de acceso a la salud y poniendo en riesgo su equilibrio emocional, asimismo aclaro que antes intento por vías ordinarias y hasta presentó una medida cautelar con el fin de que su petición fuera cubierta hasta tanto se dictase la sentencia de fondo, para que la demandada no incurriera en dejar correr el tiempo sin tomar ninguna medida al respecto. Entonces la magistrada de grado solicito como medida para mejor proveer que se acompañe al expediente un detalle médico de las intervenciones que integrarían dicha cirugía de feminización facial, lo cual fue presentado por la actora, con lo cual la magistrada hizo lugar al amparo promovido y ordenó a la demandada que en el termino de 10 días otorgue la cobertura integral solicitada.

En segundo lugar, aquí comienza la contra ofensiva de la Obsba, contestó el traslado de la demanda e interpuso recurso de apelación contra el fallo dado por la magistrada de grado ut supra e invoco otros agravios para ellos relevantes, siendo el más importante la vía procesal elegida por la actora (amparo). Este recurso se dirimió en segunda instancia ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario Sala I Secretaria Única CABA, donde los agravios fueron respondidos uno a uno y quedando sin efecto, dado que la demandada incurrió en no presentar la critica concreta y razonada de las partes del fallo que consideró equivocadas, a lo cual la Cámara considero como meros reproches sin fundamentos.

Por ello al momento de la toma de la decisión final, los jueces de la Cámara contaban con mucha jurisprudencia, dado que la Ley 26743 y su Decreto Reglamentario n° 903/2015 fueron sancionadas el 9 de Mayo de 2012 y el 20 de Mayo de 2015, por lo tanto hubo muchos casos anteriores donde las presentaciones eran de personas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+ que reflejaban dificultades similares a la de autos.

Ante lo cual se hizo lugar a la pretensión de la actora utilizando el artículo 11 del mencionado decreto, donde se refiere que las intervenciones quirúrgicas totales y parciales tienen carácter meramente enunciativo y no taxativo, con lo cual las diversas cirugías que no estén mencionadas en dicha ley pueden ser encuadradas en ella sin ningún problema, amén del artículo 13 que corona el acceso al derecho humano a la identidad de género de las personas y las normas deberán siempre aplicarse a favor del acceso al mismo.

### **III.- Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi**

La magistrada de grado en 1° Instancia ordeno a la demandada que proceda a cubrir la intervención quirúrgica pretendida, “iniciando a la brevedad dicho tratamiento (sic) hasta tanto se dicte sentencia de fondo”. Ya que consideró que “las intervenciones quirúrgicas cuya cobertura aquí se peticiona no pueden considerarse ‘cirugías de embellecimiento’- como alega la Obsba- 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 auto percibida, lo cual lleva a considerarlas comprendidas dentro de las practicas que ampara el artículo 11 de la ley 26743 para garantizar el derecho al libre desarrollo personal y que “si a pesar de la claridad de los términos de la reglamentación floreciera alguna duda, ella puede ser despejada acudiendo a la pauta interpretativa que contiene el artículo 13 de la ley 26743, según la cual toda norma y reglamentación debe interpretarse y aplicarse a favor del acceso al derecho humano a la identidad de género”.

En cuanto a los argumentos jurídicos dados en segunda instancia por la Cámara de Apelaciones en lo CAYT continua con la línea interpretativa de la jueza de 1° instancia, desarrollando la ley 26743 en sus artículos 1°, 2°, 11° y 13° como también el anexo I del decreto 903/2015 y con el preámbulo de los Principios de Yogyakarta y su principio n° 3.

Por todo lo anteriormente dicho es que la controversia suscitada es de pura interpretación normativa, ya que la obra social consideraba a la cirugía de feminización facial completa como de embellecimiento y por lo tanto no alcanzada por la ley 26743.

A lo que el tribunal resolvió tomando como eje central el anexo I del decreto 903/2015, donde expresa que las intervenciones quirúrgicas totales y parciales son de una enumeración de carácter meramente enunciativo y no taxativo.

Lo cual significa que la propia reglamentación deja abierta la posibilidad de que haya otras intervenciones quirúrgicas amparadas por el artículo 11 de la ley de identidad de género distintas de las listadas en la reglamentación.

La decisión final del tribunal fue por mayoría y no por unanimidad, dado que la Jueza Mariana Díaz discrepo con sus pares respecto que la mencionada cirugía pertenecía al ámbito estético y que la actora no había dado pruebas suficientes de que la misma perteneciera a la cirugía de adecuación de género, sin embargo considero que rechazarla de plano resultaría excesivo, poniendo en peligro la salud emocional de la misma, por lo tanto llevo a cabo el diferimiento para la etapa de ejecución de sentencia.

Los votos a favor fueron dados conjuntamente por los Doctores Schafrik de Núñez y Balbín atento lo expresado ut supra en anexo I decreto 903/2015.

#### **IV.-Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales**

Se desprende de diversos encuadres y opiniones relevantes que aun no está bien aspectado el fallar con perspectiva de género en el país, primero porque desde la universidad, los jóvenes que comienzan a estudiar la carrera de derecho no tienen una buena base al respecto ya que la mayoría de los temas que se abordan tienen poco que ver con el género y segundo, pero no por ello menos importante, las cátedras son dadas en su mayoría por varones, con lo cual su visión estereotipada y algunas veces arcaica, dificulta una mirada diferente sobre la problemática tratada, así lo expresan las autoras Ronconi y Ramallo en su investigación titulada “La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización” (2020).

Lo que se observa en diferentes fallos con perspectiva de género que no solo encuadran a personas trans sino también a mujeres que sufren maltrato psicológico, económico etc., es la actitud del macho alfa cuyo comportamiento es más animal que humano, manteniendo visiones de dominación sobre la mujer, como si esta fuera una cosa, una pertenencia que debe solo ocuparse de quehaceres domésticos o de los hijos, sin pensar en sus aspiraciones como sujeto de derechos y también la desatención o desaprensión de las autoridades que deben velar por su seguridad y cuando no lo hacen, las consecuencias pueden ser fatales.( Medina, Juzgar con perspectiva de género,2018).

Tal lo sucedido en el caso A.r.h y otra c/E.n.m. Seguridad-P.f.a. y otros s/daños y perjuicios del año 2017, donde por desatención policial, el hombre que tenía perimetral por ejercer violencia familiar , asesino a su esposa y posteriormente se suicido, cuando ella fue a la casa a buscar prendas para sus dos pequeñas hijas, el auto reza: “Destacar que la ley 24417 de Protección contra la Violencia Familiar establece con total claridad la intervención de las Fuerzas del Estado en casos de violencia como el denunciado, con el fin de resguardar la situación de la víctima, ya sea evitando situaciones de violencia o como auxiliares para cumplimentar las medidas dispuestas por la justicia”.

También se repite en diversas presentaciones judiciales, el rechazo de las obras sociales a brindar las prestaciones medicas solicitadas por personas trans con el objeto de adecuar su físico acorde a su identidad auto percibida, tal como lo plantea el auto caratulado Echegaray Azul, c/ U.p.c.n. s/ amparo (c ) s/apelación del 12 de Julio del 2018, llevada a cabo por el Superior Tribunal de Justicia de Viedma, Rio Negro, donde la jueza Zaratiegui expone su voto:

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



Y otro caso similar se da en el auto Díaz, Lhuanna c/ Osecac s/ prestaciones quirúrgicas s/ inc.de apelación, con fecha 15 de agosto de 2019 interpuesto ante la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Juzgado Federal N° 1 de Neuquén.

En su voto el Doctor Lozano expreso:

Entiendo que en este caso el señalamiento de la recurrente de la incidencia negativa que el transcurso del tiempo le ocasiona en el desarrollo de su personalidad y de su identidad de género al no poder acceder a la reasignación genital, resulta suficiente para concluir en esta etapa preliminar del proceso sobre la presencia del periculum in mora. Conclusión que se ve reforzada teniendo en cuenta la pauta interpretativa que esta cámara mantiene invariablemente, según la cual en materia de medidas cautelares rige la regla de proporcionalidad inversa, razón por la cual a mayor verosimilitud del derecho, menos exigencia cabe requerir sobre el periculum in mora, y viceversa. Lo expuesto es suficiente para hacer lugar al recurso en estudio, y en consecuencia, disponer la precautoria requerida en el escrito inicial, y ordenar a la obra social a dar cobertura integral de la cirugía “NEOVAGINOPLASTIA” en el plazo de cinco días y bajo apercibimiento de astreintes (p.4).

Los fallos presentados no hacen más que reflejar una y otra vez cuanto falta para lograr un equilibrio sociocultural donde el respeto por la vida y el derecho de las mujeres o mujeres transgénero prevalezca desde el inicio, donde las instituciones públicas o privadas atiendan sus necesidades sin juzgamientos previos, donde se les brinde en tiempo y forma el trato y seguridad que merecen en consonancia con sus problemáticas de vida. Caso contrario la violencia de género seguirá en su laberinto. (López Mesa y Pasarín 2019).

#### **IV.- Conclusión de la autora**

En mi opinión personal coincido plenamente con el fallo resuelto por la Cámara de Apelaciones , que paso a paso comprendió el contexto de la problemática vivenciada por la amparista, se baso en jurisprudencia acorde al tema y utilizo tres bases angulares para forjar sus argumentos, La Ley de Identidad de Género (Ley n° 26743), su decreto reglamentario 903/2015 con el cual finalmente determino el porqué avalaba el pedido de la cirugía de feminización facial, los Principios de Yogyakarta y el derecho a la salud que tiene rango constitucional y amparo internacional.

Desde el punto de vista social las personas trans siguen padeciendo acoso, discriminación y hasta persecución policial. Mientras desde el punto de vista judicial deben transitar un largo camino para obtener el consentimiento no solo de sus obras sociales a fin de autorizar las operaciones o implantes requeridos, sino también, obtener el aval de la justicia para llevarlo a cabo, debiendo pasar por diversas instancias que insumen un tiempo valioso.

A pesar de contar con una ley que las ampara, falta acortar los tiempos de los fallos, faltan sanciones más duras ante la discriminación y falta más implementación de parte de los operadores jurídicos de los diversos mecanismos otorgados por el Estado para su protección.

El lector entonces, deberá preguntarse ¿La discriminación es uniforme en esta sociedad o hay sectores más vulnerables a padecerla? ¿Es esta justicia proclive a fallar con perspectiva de género?

## **VI.- Referencias**

### **a) Doctrina**

**Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº4: Derechos Humanos y Mujeres.** Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>

**Fappiano, O.L.** (2020) Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Thomson Reuters. La Ley Online.

**Ley 26743 de Identidad de Género** (Sancionada por el Congreso de la Nación el 9 de Mayo de 2012) **y su decreto reglamentario nº 903/2015**

**López Mesa, M. y Pasarín, C.** (2019) La violencia de género en su laberinto. Artículo publicado en el libro colectivo titulado “Igualdad y Género”. Editorial La Ley, Buenos Aires, dirigido por Miriam Ivanega. Recuperado de <https://cijur.mpba.gov.ar/filesbulletins/la...pdf>

**Medina, G.** (2018) Juzgar con perspectiva de género ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género? Pensamiento Civil. Recuperado de <https://pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>

**Pérez de los Reyes, M.A.** (2022) Revista de la Facultad de Derecho de México. Obra que forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (P.227-228) Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/30178/27244>

**Principios de Yogyakarta.** (2006) Recuperado de <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>

**Radi, B. y Pecheny, M.** (2018) *Travestis, Mujeres Transexuales y Tribunales: Hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editorial Jusbaire, Libro Digital, PDF, ISBN 978-987-768-019-5 Recuperado de <https://editorial.jusbaire.gov.ar/libro/online/223>

**Ronconi, L. y Ramallo, Ma.A.** (2020) *La enseñanza del derecho con perspectiva de género. Herramientas para su profundización*. Recuperado de <https://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/enseñanza-con-perspectiva-de-genero.pdf>

**Ulpiano, D.** (Tiro, 170-Roma, 228) Fue un destacado jurisconsulto romano y prefecto del pretorio, sus máximas perduran hasta hoy. Recuperado de <https://www.laguia2000.com/edad-antigua/biografia-de-ulpiano>

#### **b) Jurisprudencia**

A. R.H. Y OTRA C/E.N.M. SEGURIDAD-P.F.A. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal-CABA (01-07-2017)

E.A. C/UPCN S/AMPARO (C) S/APELACION. Tribunal Superior de Río Negro, Secretaría de Causas Originarias n° 4 (12-07-2018)

D.R., M.D.C. C/L.G. S/SEPARACION DE BIENES Y LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGAL. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz (04-09-2018)

S.S.A. S/LEGAJO DE EJECUCION. Tribunal Oral en lo Criminal Federal n°1-Córdoba (23-11-2018)

DIAZ, L. C/OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS DE COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES (OSECAC) S/PRESTACIONES QUIRURGICAS S/INC DE APELACION. Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Neuquén (15-08-2019)

D.I.B.D Y OTROS S/DENUNCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO. Juzgado de niñez, juventud, violencia familiar, de género y penal juvenil- Córdoba (05-06-2020)