

Identidad De Genero Transexual Dano Irreparable Peligro En La Demora Medidas Cautelares Obras Sociales Vaginoplastia

JURISPRUDENCIA

Identidad de género. Transexual. Daño irreparable. Peligro en la

demora. Medidas cautelares. Obras sociales. Vaginoplastia

Se revoca la resolución apelada y se dispone -como medida

cautelar- que la obra social demandada proceda a la cobertura integral de la cirugía-a "neo-vaginoplastia», al tenerse por acreditado el peligro en la demora con el señalamiento de la recurrente de la incidencia negativa que el transcurso del tiempo le ocasionaba en el desarrollo de su personalidad y de su identidad de género al no poder acceder a la reasignación genital. General Roca, 15

de agosto de 2019. VISTO: El recurso de apelación deducido a fs.20 por la actora contra la resolución de fs.16/19 que rechazó la medida cautelar por ella solicitada; Y CONSIDERANDO: Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto-ley

1285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros de este tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue. El doctor Mariano Roberto

Lozano dijo: 1. Junto con la acción de amparo que promovió L. D. en contra de la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC), a fin de que ésta le proveyera cobertura integral de la cirugía-a denominada

"NEO-VAGINOPLASTIA», solicitó que se dictase una medida cautelar con ese mismo objeto. 2. Esta pretensión fue denegada mediante la resolución de fs.16/19 pues si bien la magistrada consideró demostrada la verosimilitud del derecho invocado, a distinta conclusión arribó respecto al recaudo del peligro en la demora. En efecto, sobre este último, juzgó que la accionante no había

explicado el perjuicio que le ocasionaría la demora que insumiría la tramitación del proceso como tampoco había invocado ni pronosticado ningún daño irreparable en el supuesto de que la tutela no fuera obtenida de inmediato, y mucho menos adjuntado un certificado -médico, psicológico o de otro tipo- del que surgiera la urgencia de su necesidad de obtener la prestación. Tuvo en

cuenta también que el proceso sumari-simo escogido le garantizaba la celeridad del trámite, si bien supeditado a la diligencia de las partes en su sustanciación. 3. Contra esa decisión se alzó la actora a fs.20. En el memorial de fs.22/28 planteó como agravio que el pronunciamiento no tuviese por acreditado el peligro en la demora cuando, afirmó, el perjuicio se encontraba manifiesto "por la índole de los derechos en juego». Postuló que no podía afectarse su autonomía de la voluntad en la medida en que, en

ejercicio de los derechos que se le reconoce al colectivo LGTB, decidió la adecuación física en concordancia con su identidad de género. Expuso que en lo "formal» transcurrieron poco más de 4 meses desde que solicitó la autorización del turno con un

especialista para comenzar con los trámites clí-nicos, no obstante que, indicó, "la lucha por mis derechos atraviesa toda mi vida, implicando la operación, cuya cautelar se exige, la concreción del ejercicio pleno de mi identidad». Preciso que lo repudiado en el

proceder de la obra social era el condicionamiento de la cobertura a la presentación de un informe psicológico, cuando la ley 26.743 no lo exige, postulando que no correspondía que aportara constancias que avalaran el perjuicio que se le ha ocasionado pues el mismo resultaba manifiesto dado el arduo proceso que ha atravesado a lo largo de los años. Destacó que el factor temporal era

decisivo para el desarrollo de su personalidad y su identidad de género, por lo que cada día de retraso importaba la irreversibilidad en su condición física, vulnerando su verdadera identidad, con cita de un fallo en apoyo de su postura. Expresó que frente a la

contundencia de la acreditación de la verosimilitud del derecho debió haberse aplicado la regla de proporcionalidad inversa, de donde, en función de ella, resultaba menor la exigencia del peligro en la demora. Por último y para reforzar el derecho a operarse

citó jurisprudencia de la CIDH, principios internacionales, los arts.16 y 19 de la CN y la ley 26.743 de Identidad de Género. 4.

Como surge de la reseña efectuada en los capítulos precedentes, a juicio de la magistrada quedó suficientemente averdado el recaudo de verosimilitud del derecho invocado para obtener la cobertura de la cirugía-a reclamada, con el único requisito del consentimiento informado de la persona interesada, de acuerdo a lo dispuesto por la ley 26.743 y el decreto reglamentario 903/2015.

Luego, la a quo centró su negativa en el hecho de no haber acreditado la accionante el daño irreparable que se le ocasionaría en el supuesto de no lograr una decisión anticipatoria de la tutela pretendida. Para controvertir esta decisión la actora efectuó

consideraciones relativas a los derechos adquiridos por el colectivo trans del cual forma parte, así- como a la improcedencia de condicionar el acceso a la cirugía-a a recaudos que no están previstos en la ley de identidad de género (26.743) y al derecho a ser

operada para adecuar su condición física al sexo autopercebido, argumentos todos estos que, a decir verdad, antes que referir al peligro en la demora, por el contrario, aluden al de verosimilitud del derecho cuya acreditación no se cuestiona. No obstante ello

y si bien la índole de los derechos involucrados no predica por sí- misma la necesidad del anticipo jurisdiccional que se solicita, 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, menor exigencia cabe requerir sobre el periculum in mora, y viceversa ("Bejares, Francisco Antonio c/ Universidad Nacional del Comahue, Servicio de Obra Social (Sosunc)», sent.int.85/93; "O.R.S.N.A. c/ Municipalidad de S.C. de Bariloche s/ medida cautelar», sent.int.376/07, "Palu Lacoste, José Osvaldo c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (P.A.M.I.) s/acción de amparo s/incidente de apelación», sent.int.30/12, entre muchísimos otros), de donde la intensidad de esa apariencia de buen derecho -tal como surge de las constancias acompañadas al legajo-, menos riguroso debe ser el examen del restante. Lo expuesto, en mi opinión, es suficiente para hacer lugar al recurso en estudio y, en consecuencia disponer la precautoria requerida en el escrito inicial, motivo por el cual, de compartirse mi propuesta deberá ordenarse a la Obra Social de los Empleados de Comercio (OSECAC) la cobertura integral de la cirugía "NEOVAGINOPLASTIA», en el plazo de cinco días y bajo apercibimiento de astreintes, bajo caución juratoria que se entiende prestada con la petición formulada inicialmente, para lo cual deberá facilitar a la requirente un turno con un cirujano especialista en vaginoplastia. Las costas de alzada deben imponerse por su orden atento la ausencia de contradictorio (art.68, párrafo segundo del CPCC). El doctor Richar Fernando Gallego dijo: Coincido con las conclusiones del primer voto y me expido de igual modo. El doctor Ricardo Guido Barreiro dijo: Adhiero a la solución propuesta por el voto que antecede y me pronuncio en el mismo sentido. Por lo expuesto, EL TRIBUNAL RESUELVE: I. Admitir el recurso de apelación interpuesto, revocar la resolución de fs.22/28 y disponer, como medida cautelar, que la Obra Social de los Empleados de Comercio (OSECAC) la cobertura integral de la cirugía "NEOVAGINOPLASTIA», en el plazo de cinco días y bajo apercibimiento de astreintes, bajo caución juratoria que se entiende prestada con la petición formulada inicialmente, facilitándole a la actora, para ello, un turno con un médico especialista; II. Imponer las costas de alzada en el orden causado; III. Registrar, notificar, publicar y, oportunamente, devolver. Fecha de firma: 15/08/2019 Firmado por: MARIANO ROBERTO LOZANO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: RICAR FERNANDO GALLEGO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: RICARDO GUIDO BARREIRO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ELIANA BALLADINI, Secretaria de cámara 042912E