



Provincia del Chubut
GOBIERNO PROVINCIAL

-/2021

Trelew, 7 de septiembre de 2021.

--- **VISTOS:**-----

--- Estos autos caratulados “X, X c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Acción de amparo” (Expte. N° 81/2021), venidos a despacho a fin de dictar sentencia, de los que:-----

RESULTA:-----

Que en fecha 25/8/2021 se presenta X por derecho propio con el patrocinio letrado de la Dra. Romina Ayelén del Río y promueve demanda de amparo contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, a fin de que se le condene a garantizar al 100% la cobertura de la prestación de modificación corporal consistente en la práctica quirúrgica de mastectomía de masculinización bilateral, debido a que dicha obra social se negó a cubrir la mencionada cirugía exigiendo la autorización judicial previa. En lo sustancial, solicitan el cese de la exigencia de la autorización judicial del art. 11 de la ley 26.743 de Identidad de Género y la admisión del consentimiento informado del art. 5 de la ley 26.529 otorgado por el propio adolescente de 17 años como único requisito para acceder a su cobertura de conformidad con el art. 26 Cód. Civ. y Com. y la Resolución N°65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, solicitan se declare la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley de Identidad Genero por violación a los derechos humanos detallados, en cuanto exige a las personas menores de edad que para la obtención del consentimiento informado respecto de la intervención quirúrgica total o parcial, deberán contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de su jurisdicción.-----

--- Que en el mismo día se ordenó correr traslado de la demanda al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS) y en fecha 27/8/2021 se realizó la audiencia de escucha del adolescente (art. 12 CDN).-----

--- El 2/9/2021 se presentan los Dres. X y X, en carácter de apoderados del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut, contestando demanda, manifestando que si bien no hay oposición de su mandante a otorgar la cobertura peticionada, mencionan que la ley prevé como requisito previo, la autorización del suscripto. Además solicitan la eximición de costas o que las mismas sean impuestas en el orden causado, con base en que no se oponen a cumplir, sino que se ha tratado de la observancia del cumplimiento de la ley, a la cual su mandante se encuentra obligado. Por último sostienen que tampoco han dado causa al presente reclamo.-----

--- En fecha 3/9/2021 contesta vista la Asesoría de Familia, quién teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional en materia de niños, niñas y adolescentes, sostiene que no existen razones para justificar la intervención judicial, en una decisión como la de autos, de carácter personalísimo que no perjudica a terceros, dictaminando favorablemente y sosteniendo que corresponde hacer lugar al amparo incoado por X, declarando la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley N°26.743 al establecer como requisito para la intervención quirúrgica total o parcial,

contar con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, en el caso de adolescentes a partir de los 16 años de edad. Pasando los presentes autos a despacho para dictar sentencia.-----

--- **Y CONSIDERANDO:**-----

--- Que liminarmente es dable precisar que el objeto de la presente acción de amparo es determinar si resulta necesaria o no la autorización judicial para realizar la cirugía de mastectomía masculinizante peticionada por el actor, y toda vez que las partes se encuentran en este punto en las antípodas respecto a la interpretación que se debe hacer al art. 11 de la ley 26.743, efectuaré un análisis de las normas aplicables para poder arribar a una resolución del caso traído a mí consideración.-----

--- Entiendo que tenemos un corpus iuris específico para atender el caso planteado, estando constituido el mismo tanto por normas internacionales como nacionales entre las que podemos mencionar; la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención de los Derechos del Niño (CDN), Constituciones nacional y provincial, los principios de Yogyakarta, la ley 26.743 de Identidad de Género; la ley 27.499 Ley Micaela de Capacitación obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sumando a todo ello las leyes provinciales III-N°21 de Protección Integral de la niñez, la adolescencia y la familia, ley VIII – N°129 de adhesión a la llamada ley Micaela, y la XV-N°26 sobre Protección Integral e Igualdad de Oportunidades y Equidad de Género. Sumándole a ellas las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Opiniones Consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.-----

--- En este entendimiento, efectuaré un análisis punto por punto de la temática planteada a efectos de brindar la mayor claridad posible a la presente resolución.-----

---a) **De la relación del derecho y el cambio social:** Más que conocidas son las vertientes sobre el tema, que se basan en dos posiciones básicas, de las cuales se entiende que ninguna es excluyente de la otra. Tenemos la postura que sostienen que el derecho corre detrás de los cambios sociales, algunas veces alcanzándolos, poniendo en este ejemplo a la ley de divorcio, la ley de adopción, entre otras, y quienes por el contrario comulgan con la idea de que es el derecho quien puede provocar los cambios sociales, algunas veces, hasta sin intención de causarlos. Sentado ello, podemos afirmar que la evolución de la cuestión de género en nuestro país, ha sido el resultado de la lucha en las calles, en primer lugar de los movimientos feministas, que pusieron de resalto las relaciones de poder y la consecuente desigualdad entre hombres y mujeres, y con posterioridad, del colectivo de la diversidad LGBTIQ+ que de esta manera, lograron conseguir el reconocimiento de sus derechos. A fines de los años 60' y comienzos de los 70' surgieron también las primeras organizaciones de derechos de la diversidad sexual, que desafiaron la



Provincia del Chubut
GOBIERNO PROVINCIAL

invisibilización y la idea que la diversidad sexual era una patología, reclamando el cese de la persecución policial.-----

--- Así es, que en el año 1992 se lleva a cabo en Buenos Aires la primera “Marcha del Orgullo” convocada por diferentes organizaciones de la diversidad, encabezada por la asociación Gays por los Derechos Civiles del reconocido activista Carlos Luis Jáuregui¹, uno de los máximos referentes de la lucha por los derechos de esa comunidad en la Argentina y de quien justamente se recordó hace pocos días su fallecimiento, un 20 de agosto, día en que se conmemora en su honor el Día del Activismo de la Diversidad Sexual. Los colectivos de la diversidad, nacionales e internacionales, consiguieron importantes avances legislativos en las dos primeras décadas del siglo XXI, resaltando como hitos los Principios de Yogyakarta² sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual en el año 2007, la ley 26.618 conocida como “matrimonio igualitario”, dictada en el año 2010 que habilita el matrimonio para personas de igual sexo y la adopción de niños, y la ley de Identidad de Género en el año 2012, siendo así el primer país del mundo en reconocer la identidad de género fundada simplemente en la autonomía de la voluntad, es decir, en la identidad autopercebida. A ello le podemos sumar un hito más cercano, el cual es el Decreto N°476/21³, el cual enmarcado en la Ley de Identidad de género, permite a las personas que no se sientan comprendidas en el binomio masculino/femenino, optar por la nomenclatura “X” en el campo sexo del documento, la cual comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autorpercibida, no consignada; y otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino (arts. 2 y 4 del Decreto Presidencial).-----

--- Es así que en un mundo que continúa reduciendo la humanidad en la lógica binaria de hombre - mujer, el movimiento LGBTIQ+ viene a trastocar el concepto del género y a enriquecerlo, al dejar en evidencia, ya no solamente su carácter cultural, sino también la opresión ejercida mediante el binarismo. Las diversas identidades, sus experiencias de vida y sus reivindicaciones, ponen en evidencia la manera en que se rompe este encadenamiento. Bajo esta óptica, conceptos como autopercepción y autonomía serán determinantes en una concepción del género alejada de

1 Carlos Jáuregui, visibilidad y orgullo como respuesta social y política en <https://www.cultura.gob.ar/carlos-jauregui-el-origen-de-nuestra-lucha-esta-en-el-deseo-de-todas-l-9523/> último acceso 7/9/2021.

2 En 2006, en respuesta a patrones bien documentados de abusos dirigidos en contra de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida, un distinguido grupo de expertxs en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación se reunió en Yogyakarta, Indonesia, para delinear un set de principios internacionales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. El resultado de esta reunión fueron los Principios de Yogyakarta, una serie de principios legales internacionales sobre la orientación sexual, la identidad de género y el derecho internacional que comprenden estándares que todos los Estados deben cumplir, ver en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>, último acceso 6/9/2021.

3 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/247092/20210721>

A002100023671232

lo preestablecido y que reconoce mayor libertad de los sujetos en relación al género. De allí que, cada vez más personas asuman una identidad “no binaria” para expresar el género, por fuera de los parámetros de la masculinidad y feminidad.-----

--- En esa inteligencia y ya dentro del tema a resolver, la ley N° 26.743 de Identidad de Género y más específicamente al reglamentarse el artículo 11 de dicha ley, se consagra el derecho al acceso a la salud transicional buscando su despatologización, al eliminar cualquier otro recaudo distinto de la expresión de la identidad personal auto – determinada, y al proclamar el derecho al acceso a procedimientos biotecnológicos de afirmación del género, tales como tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas, mediante el solo requisito del consentimiento informado de la persona involucrada. Con este alcance, la mentada legislación controvierte el dispositivo cultural que obliga a un alineamiento forzoso entre identidad de género y genitalidad⁴.-----

--- En este contexto, la jurisprudencia argentina ha tenido su evolución que no ha sido lineal, con marchas y contramarchas, desde el primer fallo por rectificación de partida, en el cual se solicitaba si o si la intervención quirúrgica previa, hasta llegar hoy en día a la desjudicialización del trámite, transformándolo en netamente administrativo.-----

---b) **De importancia de la figura del Abogadx del niñx:** Es preciso detenerse en este punto puesto que no puedo dejar de resaltar la importancia de la figura del abogadx del niñx, y no me refiero sólo al presente trámite, que sin duda resulta fundamental la intervención de la Dra. Del Río, sino también como figura esencial en la concreción de los derechos de lxs niñxs y adolescentes en cualquier trámite administrativo o judicial en los cuales se vean involucradxs. En este entendimiento es que más allá de las normas internacionales (CDN) y de la ley nacional 26.061, celebro la iniciativa provincial en sancionar la ley provincial III – N°44 sobre la creación de la figura en la provincia, que concreta este derecho fundamental, y que pese a ciertos reparos en cuanto a su técnica legislativa, da cimientos importantes sobre los puntos a tener en cuenta al momento de designar un abogadx para lxs niñxs y adolescentes en nuestra provincia.-----

--- En este marco es dable destacar los cinco principios rectores que se desprenden de la Convención para garantizar los derechos de lxs niñxs y adolescentes, a saber: la *autonomía progresiva* que representa el respeto y cuidado por la aplicación de los derechos de la Convención de acuerdo a la evolución de sus facultades cognitivas, culturales, motrices y a las oportunidades a las que accede para desarrollarse; *la no discriminación*, desde que ningún niñx debe ser perjudicadx de modo alguno por motivos de raza, credo, color, género, idioma, casta, situación al nacer o por padecer algún tipo de impedimento físico; *el interés superior del niñx*, toda vez que

4 conf. Carolina E. Grafeuille, “Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de Género”, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia, (Dir.) Cecilia Grosman; Nora Lloveras; Aida Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Ed. Abeledo Perrot, 2015-V, Oct. 2015, p.256.



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

cuando las instituciones públicas o privadas, autoridades, tribunales o cualquier otra entidad debe tomar decisiones respecto de lxs niñxs, deben considerar aquellas que les ofrezcan el máximo bienestar; *la supervivencia y desarrollo*, puesto que las medidas que tomen los Estados para preservar la vida y la calidad de lxs niñxs deben garantizar un desarrollo armónico en el aspecto físico, espiritual, psicológico, moral y social de lxs niñxs, considerando sus aptitudes y talentos; y por último, *la participación como principio*, allí, lxs niñxs y adolescentes considerados como personas y sujetos de derechos, pueden y deben expresar sus opiniones en los temas que los afectan. De esta manera, se crea un nuevo tipo de relación entre lxs niñxs y adolescentes y quienes toman las decisiones por parte del Estado y la sociedad civil⁵.-----

--- Intento reforzar la figura del abogadx del niñx y principalmente, sus buenas prácticas en el manejo de los temas tan delicados que les toca enfrentar en su tarea cotidiana, y que la mayoría de las veces, no llegan a judicializarse justamente por su buen manejo. Nótese la importancia de la figura, que en el caso concreto la participación de la Dra. Del Río ha cumplido un rol tan esencial que no puede expresarse en simples palabras, y resulta ser el propio X quien resume su importancia cuando en la entrevista mantenida con el suscripto, al consultarle sobre el trámite de la rectificación de su partida de nacimiento, y si era su intención realizarlo o no, a lo que me cuenta que ese trámite estaba parado hace más de un año y que fue “Ayelén” quien le ayudo a destrabar el mismo. En cuanto al requerimiento de la obra social respecto a la autorización judicial para poder realizarse la cirugía, me manifiesta; *“yo me había dado por vencido, sino fuera por ella, no estaríamos acá”*. Y es que eso sucede cuando lxs justiciables se encuentran permanentemente con obstáculos al pretender ejercer sus derechos, y más cuando son lxs niñxs lxs protagonistas de ello, por su condición de sujeto vulnerable, y doblemente vulnerable como en el caso de X.-----

--- Es en casos como el presente, el Poder Judicial está obligado a reaccionar de manera rápida y efectiva para restablecer los derechos vulnerados, especialmente si se trata de grupos vulnerables que han sido víctimas históricas de discriminación estructural como lo es el colectivo LGBTIQ+.

---c) **¿Duda o discriminación solapada?**: Del escrito de conteste confeccionado por los abogados apoderados de la obra social, se desprende claramente su intención de eximirse de costas con fundamento en que: *“no hay una oposición a lo requerido sino una observancia del cumplimiento de la Ley a la cual nuestro mandante y sus empleados deben ceñirse”* (sic. punto I – 2º párr.), sumando a ello una conclusión a la que arriban luego de la pretendida lectura de los art. 26 del Cód. Civ. y Com. y 11 de la ley 26.743, cuando afirman que; *“La actora esgrime que el*

5 conf. Manual de herramientas para promover y proteger la participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas LA PARTICIPACIÓN como acción creadora Proyecto: “Protección y Promoción de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Sistema Interamericano”, 2011, en <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/LaParticipacionComoAccionCreadora.pdf>, último acceso 7/9/2021.

A002100023671232

art. 26 del CCyC habilita a que el menor por sí y ante sí pueda requerir la intervención quirúrgica de cambio de género, pero a poco que se lee dicho artículo podemos advertir que en ningún momento lo refiere, y mucho menos en los términos claros y contundentes que la Ley 26.743 si establece el recaudo previo a la autorización judicial”, para luego agregar; “queda claro entonces que la cirugía de cambio de género, la cual repetimos que implica una mutilación que afectará al menor para el resto de sus días, no encuadra en las previsiones establecidas en el artículo 26 del CCyC y si encuadra expresamente en la Ley 26.743, artículo 11, ley especial en plena vigencia”(el subrayado me pertenece).-----

--- Sin embargo, lo que yo veo en consonancia con lo dictaminado por la Asesora de Familia, Dra. Ivana Baskovc, es un acto violatorio al principio de no discriminación entre otros (ver párr. 4º y 5º del escrito ID 413665), puesto que si la hoy demandada hubiese leído las notas N°351, 401 y 501/21 con la mínima precaución y atención que el tema requiere, hubiesen notado sin demasiado esfuerzo que la abogada de X, la Dra. Romina Ayelén del Río, expone con total claridad la correcta interpretación que debe hacerse a la normativa aplicable, sustentando el pedido correctamente en la Resolución N°65/2015⁶ -S.S.C.- del Ministerio de Salud de Nación, incluso la letrada transcribió los párrafos pertinentes de la misma, por lo que tan sólo esa precaución aludida les hubiese bastado para no obligar a X a tener que presentarse ante la justicia a los fines de hacer valer un derecho humano tan fundamental como es la concreción de su sentir más profundo como persona. Resalto este punto, puesto que con sólo consultar e interiorizarse sobre la atención de la salud a personas trans, travestis y no binarias en el sistema público nacional y provincial⁷, la parte demandada se hubiese encontrado fácilmente con la guía para equipos de salud, en la cual se establece en relación al acceso a modificaciones corporales que: “*para el caso de niñas y adolescentes, es importante tener en cuenta que los criterios etarios que establece la Ley de Identidad de Género sancionada en 2012, y en particular su artículo 11, deben leerse en sintonía con las modificaciones que establece el CCyC en materia de autonomía y presunción de capacidad de las personas. Es por eso que los rangos etarios que son considerados para el acceso autónomo a prácticas de modificación corporal surgen de lo establecido en el CCyC vigente desde 2015, en armonía con lo determinado por la Constitución Nacional y las Convenciones vigentes. La interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales pro persona y pro minoris, implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC, que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNyA), tal como lo señala la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación. En*

⁶ Ver en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-65-2015-257649/texto>, último acceso 7/9/2021.

⁷ Atención de la salud integral de personas trans, travestis y no binarias – Guía para equipos de Salud, Cap. 1, Acceso a modificaciones corporales en personas menores de 16 años, p.15, en <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-10/guia-salud-personas-trans-travestis-nobinarias.pdf>, último acceso 5/9/2021.



Provincia del Chubut
GOBIERNO PROVINCIAL

función de esto: Las personas de 16 años o más son consideradas como adultas para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Pueden otorgar por sí mismas su consentimiento informado para acceder a las prestaciones de modificación corporal contempladas en la Ley de Identidad de Género, incluidas las cirugías”.-----

--- Sí a tan claras resoluciones las reforzamos con los Principios de Yogyakarta, en la cual en consonancia con la ley 26.743 se conceptualiza que la identidad de género es “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”⁸, de la cual se desprende que si bien la identidad de género no se determina con las transformaciones corporales, éstos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género, como es el caso de X, conforme él mismo lo manifiesta en la entrevista mantenida con el suscripto, cuando al contestar consultado por la Asesora de Familia sobre qué espera de este trámite, dijo que esta intervención quirúrgica implicaría un “volver a nacer”. En esta línea es que la postura adoptada por la obra social redundaba en una contradicción a los principios de no discriminación y trato digno, ello teniendo especial consideración en que distintos organismos y expertos regionales e internacionales de derechos humanos han desarrollado de manera amplia el concepto de no discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género.-----

--- Y es que cuando estos derechos empezaron a tener mayor preeminencia gracias a la lucha del colectivo LGBTIQ+, los organismos internacionales y regionales de derechos humanos analizaron la orientación sexual y la identidad de género bajo dos categorías prohibidas de discriminación, a saber, discriminación en razón del “sexo”⁹, y la cláusula abierta de no discriminación en razón de “cualquier otra condición social”. Asimismo, la CIDH ha indicado que los tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención Americana son “instrumentos vivos” que deben ser interpretados de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo. De tal forma, la Comisión y la Corte Interamericanas han afirmado

⁸ Ver en Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género, marzo 2007, pág. 6, nota al pie 2 en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>, último acceso 6/9/2021.

⁹ Ver entre otros: ONU, Comité de Derechos Humanos, Toonen vs. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 -1994. Entre otros casos de dicho Comité: Edward Young vs. Australia -Comunicación No. 941/2000-, CCPR/C/78/D/941/2000, 6 de agosto de 2000 y X vs. Colombia, Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1361/2005: Colombia. 14/5/2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.

A002100023671232

que la orientación sexual¹⁰ y la identidad de género¹¹, están protegidas por la frase “otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana¹².-----

--- Es conveniente destacar aquí lo señalado en la Opinión Consultiva OC-24/17 conforme fuera citada por la parte actora y el dictamen de la Asesora de Familia, en cuanto marca que la discriminación que sufren las personas LGBTIQ+ resulta también altamente lesiva del derecho a la integridad psíquica que en buen número de casos se le revela en una etapa evolutiva difícil como es la adolescencia. La discriminación es continua para quienes se apartan de la heterocisnormatividad; discriminación que es sufrida a lo largo de todo el trayecto vital, pero que tiene, sin dudas, mucho impacto durante la niñez y la adolescencia¹³, por lo que la discriminación es una forma de violencia sancionada por todo el derecho internacional de los derechos humanos y los Estados deben generar contextos de libertad para vivir la orientación sexual, las expresiones e identidades de género. Estas discriminaciones generan marginación, criminalización y patologización, que tienen múltiples consecuencias en la salud sobre todo cuando se trata de niños¹⁴.-----

--- Obsérvese que la demandada al hacer silencio absoluto a las notas presentadas por la abogada de X, y hasta en la propia contestación de la demanda al utilizar frases como; “*existe una norma expresa que claramente prevé la necesidad de autorización judicial, es decir una revisión ante V.S. de la cirugía a la cual el menor solicita someterse, la cual no es menor, ya que la misma implica lisa y llanamente una mutilación...*”, “*la actora esgrime que el artículo 26 del CCyC habilita a que el menor*”, “*queda claro que la cirugía de cambio de género, la cual repetimos, que implica una mutilación que afectará al menor para el resto de sus días*”, para luego rematar afirmando; “*Es por ello que parece un desatino intentar obligar a un empleado del Instituto a tener que suplir la decisión de V.S. respecto a la solicitud de un menor de 17 años que no puede esperar 4 meses para adquirir la mayoría de edad y así acceder directamente por sí a la intervención quirúrgica que desea*” (sic., el subrayado me pertenece), intentando reducir el pedido de X a un mero capricho aludiendo que no puede esperar 4 meses. Todo lo expuesto por la

10 CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas, Caso 12.502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2012, párrs. 90 y 95.

11 Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 84, 85, 91 y 93

12 conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, Cap. 2, Comprendiendo y definiendo la violencia contra las personas LGBTI, C. Estigma, estereotipos y discriminación, punto 39, 12/11/2015, original: inglés, aprobado por la comisión interamericana de derechos humanos el 12 de noviembre de 2015

13 En “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 2015, disponible en <http://www.oas.org>, último acceso 7/9/2021.

14 conf. Infancia y Género – Un encuentro necesario, disponible en <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/publicaciones/2019/Infancia%20y%20G%C3%A9nero%20-%20Un%20encuentro%20necesario.pdf>, último acceso 5/9/2021.



Provincia del Chubut
GOBIERNO PROVINCIAL

demandada configura una falta al trato digno y actos de discriminación. No me cabe duda desde qué paradigma se esbozan esas palabras, las cuales debo remarcar corresponden a modelos dejados de lado hace ya varios años atrás con la sanción principalmente de las leyes 26.061 y 26.743.-----

--- Tal como se remarca en la Opinión Consultiva OC-24/17, p.88; “...un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses”. A esta altura, no quedan dudas que este tipo de actos son reprobados por la CADH.---

--- **d) Inconstitucionalidad e inconventionalidad:** En este marco de análisis, es que me pregunto y no solo para este caso en particular, sino en todo otro caso en donde nos encontremos con adolescentes de más de 16 años a los cuales se les requiera la autorización judicial conforme lo establece el art. 11 de la ley 26.743; ¿Cuál es mi papel como Juez aquí? ¿Porque la ley me exige intervenir y prestar una autorización judicial al adolescente que en base a su capacidad progresiva tiene presunción de madurez y edad suficiente para decidir sobre su propio cuerpo? ¿Tengo que analizar si su consentimiento informado es real? ¿Tengo que analizar si su grado de madurez le permite comprender la situación? ¿Debo analizar su competencia entendida como la comprensión de sus actos? Y por último, pero no menos importante ¿tengo facultades para “validar” el género autopercibido de X? Ante este cúmulo de interrogantes que se me presentaron desde el momento en que leí la demanda, terminé comprendiendo que no es eso lo que se me exige en este caso, y adelanto desde ya, que no debo ni siquiera ingresar a analizar esos puntos ni expedirme sobre la dicotomía “autorización sí/autorización no”. Y es que vistos distintos fallos a lo largo y ancho del país, no sólo en el tema que nos hoy nos convoca, sino en temas menos complejos como lo son los pedidos de modificación registral, no puedo dejar de resaltar que siempre se brindó la autorización judicial exigida por la ley, pero analizando distintas “pruebas” incorporadas en los expedientes, principalmente psicológicas, haciéndole decir a la ley (26.743)

A002100023671232

lo que ella no quiere decir, volviendo el sistema a la judicialización y patologización que la ley justamente viene a erradicar^{15 16}.-----

--- En este entendimiento, podemos afirmar que el art. 11 de la Ley de Identidad Género ha devenido anacrónico con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial. Tal es así, que derivó en la elaboración de un documento de acuerdos con la participación de notables especialistas denominada “mesa de trabajo: nuevo Código Civil y Comercial, lectura desde los derechos sexuales y los derechos y reproductivos”, que se aprobó como marco interpretativo y se incorporó como Anexo 1 a la Resolución Ministerial N°65/2015 de la SSC perteneciente al Ministerio de Salud, oportunamente citada. En este marco se expone que; *“Dado que se considera que las prácticas de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercebida son prácticas de cuidado del propio cuerpo, reguladas en el artículo 26 del Cód. Civ y Com., se descarta la aplicación del criterio etario de la ley especial (LDIG)...”*-----

--- Ello sumado a lo expuesto en el extenso punto c) que antecede, me lleva a una única respuesta y es que X no requiere autorización judicial para avanzar hacia la concreción de su sentir más íntimo, puesto que mi tarea como juez en este caso puntual no puede ser otro que declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley N°26.743 y hacer lugar al amparo frente a la denegatoria de la demandada en cubrir la prestación de la cirugía oportunamente solicitada.-----

--- Avanzado este punto, me pregunto: ¿es dicho artículo solo inconstitucional o también resulta ser inconvenional? Al respecto, sabido es que en los países como el nuestro, se ejerce el llamado “control de constitucionalidad difuso”¹⁷, por el cual todos los jueces -nacionales y provinciales- estamos abocados a llevarlo a cabo, debiendo para ello realizar una comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, y estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás, en este caso en particular, debo decir que no pasa ese primer tamiz.-----

--- Ahora bien, con el control de convencionalidad se busca establecer si la norma que está siendo objeto de revisión, se adecua no solo a lo determinado en las cláusulas de la Convención de Derechos Humanos, sino si además, toma en cuenta las interpretaciones que de ello ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus sentencias y opiniones consultivas¹⁸. Y es

15 ver a modo de ejemplo; Juz. de Flia. N° 1, Dto. Jud. de Junín en autos “R. N. J. s/Rectificación de partidas, expte: JU-8757-2014, 10/12/2015; Tercer Juz. de Flia., San Juan, en autos “xxx s/Autorización judicial” Expte. N°66334, 12/2/2019; Cám. Nac. de Ap. en lo Civ., Sala I, en autos “C. A. E. y otro s/ autorización”, 2/8/2021, Cita: MJ-JU-M-133778-AR | MJJ133778 | MJJ133778, entre otros.

16 Laura Saldivia Menajovsky, “Tomándose la despatologización en serio: El derecho a la identidad de género en niños y adolescentes”, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia, (Dir.) Cecilia Grosman; Nora Lloveras; Aida Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Ed. Abeledo Perrot, N°82, Nov. 2017, p.115/122.

17 Ver CSJN, Fallos 32:120; 33:162.

18 Ver CSJN, Fallos 315.1492; 330.3248; R. 401. XLIII, entre otros.



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, de setiembre de 2006 (párrafo 124), quien sostuvo: *“que es cierto que los jueces y tribunales nacionales deben aplicar las normas vigentes en su país, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a las normas convencionales y debe asegurarse que los actos internos no afecten la eficacia de las normas superiores internacionales. Es el Poder Judicial de cada Estado quien debe ejercer una suerte de control de convencionalidad de las normas jurídicas internas”*.-----

--- Por lo tanto, los jueces tenemos la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que nuestro país ha reconocido en los instrumentos internacionales, respetando el compromiso internacional asumido. Así, con este llamado “control difuso de convencionalidad”, se convierte al juez nacional y/o provincial en un juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. Y aunque las partes no lo soliciten, los jueces lo deben declarar de oficio cuando califiquen a la norma como palmariamente contraria a la Constitución o la Convención, pues su superioridad sobre las restantes disposiciones es una cuestión de orden público que es extraño y va más allá del deseo de las partes¹⁹.-----

--- Ahora bien, conforme lo expuesto y analizadas las presentes actuaciones, podemos afirmar en consonancia con lo sostenido en la demanda y el dictamen de la Asesora, que claramente la actitud asumida por la demandada conculca y avasalla distintos derechos involucrados en la Convención, por mencionar algunos, art. 1.1. por cuanto establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; art. 5 en relación al derecho a la integridad personal que establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; arts. 11.1, 11.2, 11.3 sobre protección de la honra y de la dignidad al fijar que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, sosteniendo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques, y principalmente el art. 24 sobre la igualdad ante la ley sin discriminación.-----

19 conf. Lautaro Pittier, “Control de convencionalidad en Argentina”, Revista IIDH, Vol. 64, p.172/173

A002100023671232

--- En función de lo expuesto, entiendo que el art. 11 de la ley 26.743 debe ser tachado de inconstitucional conforme lo peticionado y declarado inconvenicional de oficio, lo cual acarrea su invalidez, no pudiendo ser aplicado para el caso concreto, por resultar incompatible con lo establecido en el Pacto San José de Costa Rica.-----

---e) **Capacitaciones cada día más necesarias:** Sabido es de la importancia de las capacitaciones permanentes en nuestra tarea diaria, pero no sólo las específicas de la materia que nos toque trabajar, sino principalmente sobre las temáticas vinculadas a las violencias en razón del género. En este entendimiento se sancionó la llamada ley Micaela (27.499), cuya adhesión a nivel provincial se produjo con la ley VIII – N°129 mediante la cual se torna obligatoria la capacitación en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, sumándose en junio del año pasado a nivel nacional el Plan Nacional de Acción contra las violencias por Motivos de Género²⁰, que es el resultado del proceso que el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad inició apenas creado, con el objetivo de construir de manera participativa, transversal y federal la herramienta principal del Poder Ejecutivo Nacional para enfrentar la problemática de las violencias por motivos de género y dotar de continuidad a una política pública de Estado. Atento ello y en el entendimiento de que el Instituto de Seguridad Social y Seguros, aún en su carácter de ente autárquico con capacidad de derecho público y privado, se debe encontrar comprendido dentro de estas capacitaciones, por ello, a fines de evitar la continuidad por parte del mencionado Instituto de actos que puedan resultar discriminatorios por motivos de género, y atento la obligación impuesta en el art. 22, 2° párr. de la Constitución Provincial²¹, exhortaré al mismo a dar fiel cumplimiento con las capacitaciones dispuestas por la citada norma, brindándole intervención a la Subsecretaría de Derechos Humanos quien en coordinación con la Mesa de Enlace Interpoderes para Prevenir y Erradicar la Violencia de Género y Promover la Igualdad de Oportunidades, en el marco del artículo 16° inciso 6) de la Ley XV N° 26, y en su carácter de autoridad de aplicación conforme lo dispone su art. 2°, ley VIII – N°129, a fines de que controle y haga cumplir la misma.-----

20 Ver documento en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf último acceso 7/9/2021.

21 Art. 22: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina. Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omite tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad.



Provincia del Chubut
GOBIERNO PROVINCIAL

--- Como corolario, nada más oportuno que las palabras de Osvaldo Bayer²² que comparto: *“En el análisis exhaustivo que se hace en todos estos ensayos sobre la identidad de género se aprende a ver con dolor cuánta irracionalidad en este tema dominó al mundo en su historia, con discriminaciones no sólo de política estatal sino también de las religiones y de las costumbres diarias influenciadas por la creencia religiosa y los prejuicios de género. Se trata ante todo de la defensa de la libertad y de la dignidad de las personas. De la lucha contra toda discriminación”*²³.-----

---II.- Las costas se impondrán a la parte demandada por haber incurrido en mora, dando lugar a la reclamación en su contra (art. 71, inc 1°, CPCC). En este sentido, dejo asentado que no comparto en modo alguno el posicionamiento argumental de la obra social en relación al pedido de eximición de costas cuando menciona que no ha dado causa a las presentes actuaciones sino que la misma se debe a la intención de la actora de sortear los recaudos que establece la ley, puesto que en rigor de verdad, X presentó al menos tres notas explicando el alcance de la norma y su pedido coincidente con el objeto de las presentes actuaciones, solicitando en su última nota de fecha 2/8/2021 (nota N°501/2021) un pronto despacho por el plazo de 24hs., sin obtener respuesta alguna de parte de la hoy demandada, por lo que no se advierte qué otro camino tenía que recorrer el amparista que no sea la interposición de la demanda.-----

--- Tomando como criterio de valoración la calidad, eficacia, extensión, y principalmente la complejidad y el resultado obtenido, se regularán los honorarios de la Dra. Romina Ayelén del Río en la suma de 35 jus, no correspondiendo regular a los letrados de la parte demandada atento a lo dispuesto por el art. 2° de la ley arancelaria (arts. 6°, 7°, 8° y 35, ley XIII N° 4).-----

--- Por los fundamentos expuestos y citas realizadas-----

--- **FALLO:**-----

---1.- Hacer lugar a la demanda interpuesta, y declarar la inconstitucionalidad peticionada y la inconveniencia de oficio del art. 11 de la ley 26.743 en relación al requisito de autorización judicial para la realización de intervención quirúrgica para el caso de X.-----

---2.- Condenar al Instituto de Seguridad Social y Seguros a la cobertura del 100% de los gastos que demande la cirugía de modificación corporal consistente en la mastectomía de masculinización bilateral del joven X.-----

---3.- Exhortar al Instituto de Seguridad Social y Seguros a que implemente la capacitación para todo su personal administrativo, profesional y jerárquico, conforme los lineamientos de la ley

22 Escritor, historiador, filósofo, y principalmente militante político y activista por los derechos humanos. Doctor honoris causa por diversas universidades nacionales, ver <https://www.cultura.gob.ar/18-de-febrero-de-1927-nace-osvaldo-bayer-10142/>, último acceso 7/9/2021.

23 Osvaldo Bayer, prólogo; Verdad, conciencia y generosidad, en “Derecho a la identidad de género: Ley N° 26.743”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012, p.XII.

A002100023671232

27.499, y su adhesión provincial ley VIII – N°129, como así también en los términos del Plan Nacional de Acción contra las violencias por Motivos de Género. A tal fin, dese intervención a la Subsecretaría de Derechos Humanos quien en coordinación con la Mesa de Enlace Interpoderes para Prevenir y Erradicar la Violencia de Género y Promover la Igualdad de Oportunidades, en el marco del artículo 16° inciso 6) de la Ley XV N° 26, y en su carácter de autoridad de aplicación conforme lo dispone su art. 2°, ley VIII – N°129, a fines de que controle y haga cumplir la misma. Librese oficio.-----

---4.- Imponer las costas a la parte demandada y regular los honorarios de la Dra. Romina Ayelén del Río en la suma de 35 jus y sin regular a los letrados de la parte demandada atento a lo dispuesto por el art. 2° de la ley arancelaria.-----

---5.- Regístrese y notifíquese.-----

Daniel Manse
Juez

REGISTRADA BAJO EL N° _____/2021 (S.D.).-----