

BUENOS AIRES, 26 de julio de 2018

VISTO la **actuación N° 04364/18**, caratulada: "HB, AE"; y

CONSIDERANDO:

Que la actuación del VISTO tiene como objeto el reclamo formalizado por AEHB, en su carácter de usuaria del plan SMG20 de la empresa de medicina prepaga SWISS MEDICAL S.A, la que ha recurrido a esta Institución para denunciar la falta de autorización para la realización de una intervención quirúrgica (cirugía reparadora nasal).

Que según se desprende del relato y documentación médica acompañada, el 24/04/18 se presentó ante las oficinas de la empresa de medicina prepaga de Comodoro Rivadavia, lugar donde reside, para solicitar la cobertura de una intervención quirúrgica en su nariz.

Que pasados algunos días desde la petición, el 3/05/18 se apersonó en las oficinas de la empresa y le respondieron verbalmente que: *"la cirugía no había sido autorizada por no encontrarse contemplada para su cuadro clínico"*.

Que no obstante lo expuesto, cabe destacar que la interesada presenta antecedentes de tratamiento médico endocrinológico desde los 14 años por ser una persona "transgénero", y por dicho motivo ya se ha sometido a una intervención de "mamoplastía de aumento" y "orquiectomía bilateral", ambas cubiertas por la empresa de medicina prepaga de conformidad con la ley nacional N° 26.743.

Que en la actualidad y continuando con su proceso de readecuación física, ha concurrido a consulta con un profesional de la cartilla para relatar su dificultad para respirar y observar lateralizada la nariz, provocándole esto último, una discordancia entre lo que observa al verse y lo que siente en cuanto a su forma y género.

Que surge del resumen de historia clínica aportado, que el médico cirujano tratante refirió en el examen físico que: *"...presenta colapso de las válvulas"*

nasales a la inspiración forzada. En la evaluación tomográfica se evidencia desviación de septo nasal tipo IV según clasificación de Guyoron y contacto directo con cornete hipertrófico, lo que genera obstrucción en la ventilación nasal..”. Continúa diciendo que: “...en cuanto refiere a sus rasgos genéricos las líneas dorsales de Sheen están fuera de los parámetros normales de armonía en las unidades estéticas nasales femeninas. En la punta nasal los cartílagos alares presentan gran hipertrofia a expensas de sus porciones cefálicas creando una punta caída con falta de supra tip brake o ángulo de quiebre de la punta, características esenciales para la definición de punta nasal femenina...”

Que de acuerdo al examen físico, el plan quirúrgico prescrito ha sido: “cirugía reparadora de nariz de tipo estructurada” (*rinoplastía reparadora*).

Que a partir de lo expuesto y siendo que la interesada no obtuvo autorización para la realización de dicha intervención por parte de su agente de salud, sintiendo vulnerados sus derechos como paciente, como consumidora de servicios privados de salud y como parte de un colectivo de personas que tienen el derecho al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, de acuerdo con la ley nacional N° 26.743, es que recurrió a esta INDH para contribuir a que se respeten sus derechos sin discriminación de ningún tipo.

Que luego de analizar el relato y documentación aportada, se pudo corroborar que la prepaga ya había autorizado otras intervenciones con anterioridad y que tenían relación con la readecuación física al género femenino, tales como: “mamoplastía de aumento y orquiectomía bilateral”.

Que a partir de los extremos relatados, esta Defensoría solicitó informes al agente de salud y acompañó documentación respaldatoria que justificaba la necesidad de realizar la intervención. Sin embargo, en su responde, señaló: “...no obran en nuestros registros internos seguimientos endocrinológicos por adecuación de género...” “... mi representada no ha recibido prescripción médica que indique cirugía reparadora de nariz de tipo estructurada (*rinoplastia reparadora*) por parte de

la afiliada. No obstante lo indicado precedentemente y a todos los efectos, desconoce esta parte la relación de la referida cobertura con el encuadre otorgado al presente vinculado con la ley de identidad de género N° 26.743...". Solicitando finalmente el archivo de las actuaciones.

Que se advierten algunas incongruencias puesto que parte de la documentación aportada por la interesada, posee sello de "recibido" con el nombre de la prepaga y con fecha de recepción el día 24/04/18.

Que no obstante lo anterior y existiendo antecedentes de tratamientos y cirugías de readecuación de género, resulta contradictorio que ahora niegue tal posibilidad y desconozcan, a su vez, que se trate de una intervención relacionada con el proceso de identidad de género reconocido por la ley anteriormente mencionada y no con una cuestión meramente estética.

Que la cobertura de la cirugía solicitada debe ser otorgada de manera total por tratarse de una persona que nació con características masculinas pero definió su identidad de género como femenina, pues su derecho se encuentra protegido por la Ley 26.743, la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ella mediante el art. 75, inc. 22, máxime cuando la autopercepción de la interesada no resulta la misma si carece de las prácticas solicitadas, dado que no es la mirada de los otros la que importa para el caso sino la identidad autopercebida.

Que en tal sentido es dable mencionar que en el año 2012 se sancionó la ley 26.743 (Ley de Identidad de Género), la que puso de relieve la problemática en la que se encontraban inmersas todas aquellas personas cuya situación biológica entraba en contradicción con la sensación y deseo de género autopercebido, contemplando además los costosos tratamientos e intervenciones a las que debían someterse y que no estaban incorporadas al Programa Médico Obligatorio, impidiendo así, el acceso a los mismos.

Que en tal sentido dicha norma estipula el derecho de “toda persona” a reconocer su identidad de género y a desarrollarse en tal carácter. Garantizando el goce de su salud integral, como así también el **acceso a intervenciones quirúrgicas totales o parciales**, tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, que se corresponda con la identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Que, la norma establece: *“Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona...Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, **privados** o del subsistema de obras sociales, **deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce. Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio**, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación.*

Que la norma distingue y escinde los conceptos de género y sexo; es decir, no ata el género al sexo de la persona, desarrollando un pensamiento fuera de la lógica binaria: “hombre” o “mujer”, reconociendo las diferentes realidades que existen entre ambos extremos, al mismo tiempo que reconoce que cada persona construye en su interior de forma individual, su identidad de género.

Que por ello es importante distinguir el sexo que se deriva de una serie de características biológicamente predeterminadas, relativamente invariables del hombre y la mujer, del género que señala características socialmente construidas que constituyen la definición de lo masculino y lo femenino en distintas culturas, y podría entenderse como el conjunto de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores y conductas que diferencian a los hombres de las mujeres. La construcción del individuo sobre la base del concepto de género nos permite diferenciar el sexo como aquel conjunto de características de la persona que le

vienen determinadas biológicamente conforme su morfología sexual. Está dado genéticamente y no puede modificarse; mientras que el género propiamente dicho hace referencia a las características sociales que se asignan a cada individuo, sobre la base de roles aprendidos en la interacción con el otro y que puede modificarse en el devenir vital histórico de una persona, conforme su propia e intransferible experiencia (*La «intersexualidad» en pediatría a la luz del ordenamiento jurídico argentino; Ciruzzi, María S.; 24-sep-2015 Cita: MJ-DOC-7412-AR*).

Que la Ley 26.743 norma estos conceptos, y los dota de un marco legal que reconoce la autopercepción de género como un derecho personalísimo y regula los requisitos y procedimiento a los fines de su vigencia plena. No siendo menor la despatologización y la desjudicialización de la identidad de género.

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y su vinculación con el derecho a la vida privada dice: *“La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada del individuo, que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes. Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo la personalidad y sus relaciones con otros seres humanos...Así, la orientación sexual, identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La Comisión Interamericana ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En cuanto a*

interferencias por las autoridades en base a la orientación sexual de una persona, la CIDH, haciendo eco de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido que las mismas afectan una parte íntima de la vida privada de una persona, requiriendo que los Estados presenten razones particulares convincentes y de mucho peso para justificarlas. (Orientación Sexual, Identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653)

Que al respecto cabe agregar, que la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) en el año 2007 dio a conocer los “Principios de Yogyakarta”, documento que establece los Derechos Humanos de lesbianas, gays, bisexuales y personas transexuales o transgénero e intersexuales, en relación a la Orientación Sexual y la Identidad de Género, a los fines de que los Estados avancen en orden a garantizar y proteger dichos derechos.

Que en el caso aquí planteado debe partirse de que persona es todo ser humano y de que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad” (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1, numeral 2 y art. 3 y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En tal sentido, existen en nuestro ordenamiento constitucional derechos implícitos en torno a la personalidad jurídica del ser humano, entre los cuales se halla el derecho a la identidad sexual, a lo que cabe añadir que el reconocimiento del derecho a la identidad sexual constituye una exigencia constitucional.

Que cabe al DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los ciudadanos y, en su calidad de colaborador crítico, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la ley N° 24.284, modificada por la ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su resolución 0001/2014 de fecha 23 de abril de 2014, y la nota de fecha 25 de agosto de 2015 del Sr. Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello,

EL SEÑOR SUBSECRETARIO GENERAL
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN
RESUELVE:

ARTICULO 1º: RECOMENDAR al Presidente de la empresa SWISS MEDICAL S.A, que en el más breve plazo posible, disponga la realización de las gestiones para que la Sra. HB, AE, pueda someterse a la intervención quirúrgica solicitada.

ARTICULO 2º: RECOMENDAR a la Superintendencia de Servicios de Salud (SSSalud), en su calidad de órgano de control de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, que de manera urgente tome intervención en el presente caso y arbitre las medidas necesarias a fin de que SWISS MEDICAL, deponga su accionar contrario a derecho y se ajuste a la normativa vigente.

ARTICULO 3º: Poner en conocimiento del Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y el Racismo – INADI, a los efectos que estime corresponder.

ARTÍCULO 4º: Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de 30 (TREINTA) días hábiles desde su recepción.

ARTICULO 6º: Regístrese, notifíquese en los términos del 28 de la ley 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00079/2018

