



TFG-ABOGACÍA

Tema: Cuestiones de Género

Nota a Fallo

Seguridad Social y perspectiva de género

**Análisis del fallo: “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL –
AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY
16.986”**

Carrera: Abogacía

Alumno: Jorge Alejandro Holgado

Legajo: VABG36862

DNI: 18.418.408

4 de Julio de 2021

Tutor: Nicolás Cocca

Año: 2021

Tema: Cuestiones de género

Autos: “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986”

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba- Sala B.

Fecha de la sentencia: 12 de abril de 2021.

Sumario: I. Introducción. - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. - III. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia. - IV. La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. La postura del Autor. - VI. Conclusión. - VII. Referencias Bibliográficas. - VIII. Anexo

I- Introducción

El fallo en análisis es un ejemplo de cómo juzgar con perspectiva de género, permitiendo el otorgamiento de una prestación de la seguridad social, que brinde sustento económico y cobertura médica a una persona que ha sido discriminada por su condición sexual, excluida del ámbito laboral y se halla en situación de vulnerabilidad social.

El decisorio se aparta del requisito legal para el otorgamiento de la Pensión consagrada en la Ley 13.478 y resuelve aplicando conceptos de igualdad e inclusión social, ordenando a la autoridad de aplicación otorgar la prestación denegada en sede administrativa.

La Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba- Sala B – en el caso “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986”, analiza los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Carta Magna en la reforma del año 1994, conforme surge en el art. 75, INC 22: (Ley N° 24.430 - Constitución Nacional Argentina, 1994) y determina el marco normativo que encuadra la petición de la amparista. Hace referencia a las siguientes normas supranacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos art. 25.1; el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, art. 2, art. 9; Observación General N.º 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, sobre aplicación del derecho de seguridad social; Observación General 19, párrafos 1 a 4, 16, 31 y 50; Observación General N.º 20, párrafos 8;27 y32.

Estas normas son de aplicación obligatoria para el Estado Argentino y deben ser principios rectores para garantizar el derecho humano a la igualdad, propendiendo a la eliminación de toda forma de discriminación contra disidencias sexuales, tal como lo desarrolla, Barrios Colman, Noelia A.- Clement, María Florencia. (2021) LA LEY. Las Sentencias sin perspectiva de género. ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales? LA LEY 08/03/2021,08/03/2021, 27 AR/DOC/554/2021.

El caso presenta dos tipos de problemas jurídicos: el problema axiológico y el problema de prueba. En virtud de que el Tribunal de primera instancia realizó un análisis dogmático, de estricto rigor formal, sin considerar las circunstancias particulares de la solicitante. Al tiempo que no realizó una valoración de las pruebas aportadas para demostrar las condiciones sociales, el estado de salud más allá del requisito de apreciación biológica de la incapacidad laboral. Se utilizaron argumentos contrarios a la jurisprudencia más actualizada sobre aplicación de la perspectiva de género.

II- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

La Sra. O.B.N solicita a la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS) se le otorgue una Pensión No Contributiva, prevista en la ley 13.478, por tratarse de una trabajadora sexual – persona trans con HIV- con dificultades para acceder a un trabajo formal por no poseer la capacidad laboral, producto de su estado de salud.

La repartición estatal rechaza el pedido de prestación, argumentando que no reúne el requisito del Decreto reglamentario 432/97, atento que la peticionante no alcanza el porcentaje de incapacidad laboral del 76 % requerido por la norma citada.

Contra el acto administrativo la Sra. O.B.N interpone Acción de Amparo ante el Juzgado Federal Nro.: 2 de la Ciudad de Córdoba, con el patrocinio letrado de la

Defensoría Pública Oficial. Solicitando que se ordene a la repartición, otorgue la pensión no contributiva, en forma retroactiva al inicio del trámite administrativo.

Al mismo tiempo solicita la aplicación de medida cautelar que ordene la inclusión en los programas para recibir algún beneficio social. La misma fue rechazada “por falta de verosimilitud del derecho invocado”.

El Juez a quo rechaza la acción de amparo fundado en que no se probó en autos la imposibilidad para trabajar que exige el art. 9 de la ley 13.478 y su Decreto Reglamentario Nro. 432/97, que en su artículo 1 establece que “las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del SETENTA Y SEIS (76 %) o más”

La amparista apela la sentencia de primera instancia, ante la Cámara Federal de la Cuarta Circunscripción de Córdoba. El Tribunal hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y, en consecuencia, revoca la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020. Asimismo, ordena a la demandada – Agencia Nacional de Discapacidad que, en el plazo de 10 días hábiles, otorgue la pensión no contributiva solicitada abonando mensualmente su pago.

III. Análisis de la ratio decidendi en la sentencia

El tribunal hizo lugar a la petición de la amparista, revocando la sentencia recurrida, en decisión unánime. Del voto de la Dra. Liliana Navarro surgen los argumentos tenidos en cuenta.

Luego de fijar el marco normativo aplicable al caso concreto traído a examen, cuyo detalle hicimos en la introducción de nuestro trabajo, se refiere a los principios rectores sobre seguridad social, la existencia y necesidad de los sistemas de protección para grupos e individuos vulnerables; El rol del Estado en la aplicación de políticas de protección Social. La aplicación del principio de No discriminación, y su eliminación en las practicas estatales y finalmente mención la necesidad de juzgar con Perspectiva de Género.

A continuación, en breve detalle describimos las ideas consideradas para fundar el decisorio del Tribunal. Se afirma en primer término, la importancia de la seguridad social, para prevenir la exclusión social, combatir la pobreza y fomentar la inclusión social de grupos e individuos vulnerables. Siendo un medio para garantizar la dignidad humana. (considerando IV- párrafo 5).

Destaca la necesidad de un Estado que establezca medidas que permita la mayor asignación de recursos posibles, destinados a cubrir las prestaciones sociales, que son consideradas por las normas internacionales en la materia, como derecho humano. En ese orden de ideas el Estado Argentino debe *garantizar* el acceso sin discriminación a todos sus habitantes. Para ello debe coexistir un “sistema complementario” al régimen de aportes o cotizaciones personales que cubra las contingencias de falta de trabajo, salud y/o vejez, para quienes no tengan la posibilidad de realizar imposiciones a la seguridad social, por no ser parte del mercado laboral.

Otro argumento que sostiene la solución dada al caso es la vigencia del *Principio de No discriminación*, por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social y posición económica, respecto al acceso a los beneficios sociales.

Se introduce al análisis la cuestión de la necesidad de la *eliminación de la discriminación* en la faz práctica, ya que en la realidad se observa que surgen como obstáculos para alcanzar derechos, especialmente en grupos e individuos, por su condición social, preferencias sexuales e identidad de género.

Refiriéndose al caso concreto, describe la situación de la amparista, diciendo que es una persona trans, portadora de HIV, hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis. Que ejerce trabajo sexual en la vía pública, como único medio de subsistencia, y demás circunstancias que surgen de los considerandos del fallo en estudio. Sosteniendo que su condición no le ha permitido el acceso al mercado laboral y no ha tenido la tutela estatal- incluido el Poder Judicial- que le garantice el acceso a la protección social.

Señala el fallo consideraciones del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América, que indica que la violencia y la discriminación de las mujeres

trans, disminuyen las posibilidades de acceder a la educación, servicios de salud y al mercado laboral. (<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>)

Del voto del Dr. Sánchez Torres, es de dable destacar el argumento que señala la “*imposibilidad de acceder al mercado laboral*” desde una perspectiva integral, que pondere la situación social, económica y de salud. (considerando II- párrafo 2-)

Observa que se detectan dificultades para gozar del efectivo ejercicio del derecho a la salud a pesar de los avances normativos en la materia. (considerando II- párrafo 4-)

Finalmente se trae a consideración la importancia de *juzgar con perspectiva de género*, problema jurídico de relevancia para nuestro análisis. En tal sentido el Tribunal considera que no es una “opción” y mucho menos “una cuestión solicitada en la demanda”. Por el contrario, es un imperativo moral y ético de la labor de quienes hacen justicia. (considerando VII- párrafo 2)

En virtud de los argumentos esgrimidos en el decisorio judicial, el Tribunal fijó un criterio integral para lograr la protección de la vida y la salud de la amparista, despojándose de estrictos rigores formales, en este caso el porcentaje de incapacidad biológica que fija como requisito para el otorgamiento de la prestación solicitada, rechazando la Sentencia apelada y ordenando a la autoridad administrativa que materialice el goce de la prestación no contributiva solicitada oportunamente.

IV. Análisis crítico del fallo

En este apartado realizaremos una descripción del análisis conceptual del fallo en estudio y señalaremos los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que sirvieron de fundamento para emitir la ratio decidendi y resolver el problema jurídico presente en el caso.

IV.1 Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En los párrafos siguientes analizaremos nociones generales sobre, el Estado y su rol de garante de la aplicación de políticas de Protección Social, necesidad y existencia

de los sistemas de protección para grupos e individuos vulnerables. Aplicación del principio de No discriminación. Eliminación en las practicas estatales, y Necesidad de juzgar con Perspectiva de Género.

IV.2 El Estado y su rol de garante de aplicación de políticas de Protección Social. Aplicación del principio de No Discriminación. Eliminación en las prácticas estatales

Siguiendo el trabajo “Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género” de Ibarra, Carolina E. (2021), podemos resumir las acciones positivas del Estado que garanticen a los grupos vulnerables el acceso a la seguridad social.

Del texto del texto del artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, surge que el Congreso de la Nación a fin de efectivizar el derecho a la seguridad social, debe dictar leyes que promuevan la igualdad de oportunidades, respetando los estándares internacionales sobre protección de los derechos humanos. Ello como exigencia que posibilite a los ciudadanos reclamar frente a su incumplimiento

El Estado Argentino ha ratificado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de modo particular en relación con los derechos humanos de respeto por el género (art.7 y 8).

Se ha establecido la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre, y garantizando la protección de la mujer contra todo acto de discriminación por intervención de los tribunales nacionales y de otras instituciones públicas.

En materia legislativa se sancionó la ley de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que desarrollan sus relaciones interpersonales” ley 26485 y se estableció la capacitación obligatoria en la temática de género para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Ley 27.499.

En el ámbito del Poder Judicial de la Nación, la Corte Suprema de la Nación adhirió por Acordada Nro. 5 de fecha 24/02/2009, las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, dada en la Cumbre Judicial Iberoamericana XIV, Brasilia (4 al 6 de marzo de 2008).

IV-3. Necesidad de juzgar con Perspectiva de Género

Siguiendo la publicación de Graciela Medina (2015) podemos afirmar la necesidad de juzgar con perspectiva de Género, no se debe limitar a un área específica del derecho, ya que las discriminaciones se dan en todos los ámbitos del derecho y comprende las desigualdades entre el hombre y la mujer, y las referidas a las preferencias u orientaciones sexuales de la persona, que aplica al caso en estudio.

En tal sentido afirma, lo que determina la pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que está involucrada la mujer, sino que la cuestión está originada en relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas.

El fundamento de aplicar la perspectiva de género está dado entre otras razones por mandato constitucional y deber de cumplir con los tratados internacionales, como modo de efectivizar la igualdad de género.

Se debe tener presente que existen patrones socioculturales que perpetúan la desigualdad en hombres y mujeres en términos de género. Contamos con legislación de avanzada que no alcanza para hacer realidad la igualdad de género, por tal motivo es necesario que las decisiones judiciales no ignoren la perspectiva de género y sea aplicada en la resolución de conflictos que se generan por esta cuestión, como modo de realizar el derecho en los ciudadanos.

Es necesario para evitar que las personas que han sufrido violencia de género y sus reclamaciones no ha sido satisfechas, deban presentarse en tribunales internacionales en búsqueda de la efectivización de sus derechos.

IV.4 Jurisprudencia relevante en materia de Perspectiva de Género

a) En su publicación, Barrios Colman, Noelia A.- Clement, María Florencia. (2021) cita como caso ejemplar en perspectiva de género, el fallo de la Cámara Nacional de Casación en la Criminal y Corrección, planteo de recusación de dos jueces por temor a parcialidad. (D.L.A S/causa 4112/2018/TO1/3/CNC3). La imputada es una mujer trans, trabajadora sexual. La defensa planteo una serie de hechos que podían construir parcialidad, por actitudes y posiciones ideológicas con el compromiso de no fallar con perspectiva de género. Expresiones como el imputado, persona transexual, imputado con tendencias homosexuales y cuestionamiento del lenguaje inclusivo. A ello le suma la discrepancia absoluta de los jueces, con la corriente ideológica denominada perspectiva de género.

Finalmente, la defensa planteo que el discurso de la ideología de género se caracteriza como discurso de odio contra mujeres y personas LGBTIQ+. Los informes de los magistrados confirmaron las sospechas y la Cámara resolvió en favor de la imputada.

b) Otro caso relevante que llegó a la CSJN fue el caso Leiva María Cecilia s/ homicidio simple. Un fallo de la Corte de Justicia de Catamarca, que confirma la sentencia que condenó a M.C. Leiva por el homicidio de su pareja y padre de sus hijos, sin considerar que obro en legítima defensa. Ignorando el contexto de violencia de género.

En su voto la Dra. Highton de Nolasco se refirió al principio de amplitud probatoria para acreditar los hechos, establecido en la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, considerando las especiales circunstancias en las que se dieron los actos de violencia.

La CSJN, dejó sin efecto la sentencia que denegó el recurso de casación, pues entendió que la Corte provincial ignoró el contexto de violencia de género y no consideró elementos probatorios posteriores al homicidio, donde la imputada se defendía de una golpiza, hecho que no fue valorado, ni analizado.

V- Postura del Autor.

La resolución de los problemas planteados en el caso en estudio se debe abordar con una mirada integral. En primer término, efectuar una adecuada valoración de la prueba; que en el caso particular explican las circunstancias y condiciones de salud que impiden a la amparista acceder a un trabajo, a la cobertura de salud y a la protección social.

En este sentido el Tribunal sostiene que los informes médicos, dan cuenta de los padecimientos y enfermedades que sufre la amparista y acredita una situación que no cubre la normativa legal vigente, provocando su desprotección.

Por ello se aparta de la solución dada por el Tribunal de primera instancia, que realiza una mera apreciación biológica de los requisitos para acceder a la pensión, sosteniendo que no se prueba en autos la imposibilidad de trabajar y el porcentaje de incapacidad exigido por la norma que regula el acceso a la prestación solicitada.

Es dable destacar y acordamos con el análisis y determinación del marco normativo aplicable al caso. Es muy importante la observancia de los principios rectores de la seguridad social y de las responsabilidades del Estado en la aplicación de políticas públicas que permitan brindar protección social a grupos e individuos en situación de vulnerabilidad social y el rol estatal en observar el cumplimiento del principio de no discriminación y eliminación de las prácticas estatales.

Por último, compartimos las categóricas afirmaciones sobre la necesidad de juzgar con perspectiva de género. Entendemos que son un imperativo ético y un mandato constitucional y supranacional, tal como lo expresa en su artículo sobre perspectiva de género en las sentencias laborales, Barbatti Dechiara (2021). En ese orden de ideas los pronunciamientos judiciales no solo resuelven conflictos individuales, sino que transmiten un mensaje a la comunidad, reconocen derechos, recomponen situaciones de desigualdad, y modifican normas adaptándolas a la actualidad.

Podemos sostener que aportan soluciones en sintonía con los estándares internacionales en materia de derechos humanos e igualdad de género, y aseguran la

realización de los derechos a las minorías vulnerables. De ese modo materializan la igualdad ante la ley, conforme lo prescribe nuestra Carta Magna en su artículo 16.

VI. Conclusión

Analizamos el fallo “O., B. N. c/ Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ Amparo Ley 16.986” de la Cámara Federal de Córdoba Sala B, del 12 de abril de 2021. El Tribunal hace lugar a la acción de amparo planteada, ordenando a la Agencia Nacional de Discapacidad otorgar el beneficio de pensión no contributiva establecido en la ley 13.478.

El decisorio da por resuelto los problemas axiológicos y de prueba que presenta el caso, al poner de manifiesto la arbitrariedad de la sentencia de primera instancia, que se fundó en argumentos dogmáticos, omitiendo valorar las pruebas de la amparista que daban cuenta de su situación de salud y desechó la aplicación de la perspectiva de género como criterio de realización de los derechos de minorías y disidencias sexuales.

El Tribunal consideró la condición de vulnerabilidad social y el estado de salud de O.B.N como obstáculos para el acceso al mercado laboral, probando la incapacidad laboral requerida para la prestación, acreditando la verosimilitud del derecho invocado.

Introdujo la cuestión de género y fundó la decisión desde la perspectiva de género, como herramienta que permite resolver las desigualdades y la imposibilidad de realización de derechos humanos, tales como el derecho a la salud y a la protección social de minorías como los miembros del colectivo LGBTIQ+.

Podemos afirmar que estamos frente a un nuevo paradigma de resolución de casos, donde surgen cada vez más decisiones judiciales ejemplares como el fallo en estudio. No obstante, es imperioso la necesidad de aplicar la perspectiva de género a todas las ramas del derecho a la hora de resolver los casos concretos llevados a los estrados judiciales, a fin de garantizar el efectivo goce de los derechos y la igualdad ante la ley.

VII. Referencias:

Doctrina

Barbatti Dechiara, Silvina G. (2021) La perspectiva de género en las Sentencias Laborales. Análisis sistemático de la doctrina judicial. Publicado en: <https://ius.errepar.com/sitios/ver/html/20210322103542478.html?k=20210322103542478.docxhtmlhtml>

Barrios Colman, Noelia A.- Clement, María Florencia. (2021) Las Sentencias sin perspectiva de género. ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales? LA LEY 08/03/2021,08/03/2021, 27 AR/DOC/554/2021

Ibarra, Carolina E. (2021) Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género Publicado en: LA LEY 08/03/2021, 08/03/2021, 25 Cita Online: AR/DOC/531/2021

Medina, Graciela. (2015) Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? DFyP 2015(noviembre), 01/11/2015,3 AR/DOC/3460/2015

Medina, Graciela. (2016) Daños y perjuicios producidos por la violencia de género en el Poder Judicial. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Publicado en: LLC2016 (diciembre), 557 - DFyP 2016 (diciembre), 07/12/2016, 39 - RCyS2017-I, 49 Cita Online: AR/DOC/3434/2016

Publicación

(<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>)

Legislación

Ley 24.430 (1994)- Constitución Nacional Argentina, 1994, Art. 75, INC 22.-

Ley 24.632 (1996). Convención de Belém do Pará. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 26.485 (2009) de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Ley 26.743 (2012) Identidad de Género.

Ley 27.499. (2019) Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado

Jurisprudencia

<http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-casacion-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenosaires-causa-4112/2018/TO1/3/cnc3fa20810001-2020-0310/123456789-100-0180-2ots-eupmocsollaf>

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf?q=moreLike>

VIII. Anexo**CAMARA FEDERAL DE CÓRDOBA – SALA B AUTOS: “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986” (<https://www.errepar.com/resources/NuevoPortalERREIUS/RecursosExternos/OB N.pdf>)**

En la Ciudad de Córdoba a doce días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida en Acuerdo la Sala “B” de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NAC. DE DISCAPAC. s/ AMPARO LEY 16.986” (Expte. N° FCB 38979/2019/CA2) en los que la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Mercedes Crespi en representación de la accionante, ha interpuesto recurso de apelación en contra de la Sentencia dictada el día 14 de Diciembre de 2020 por el señor Juez Federal N° 2 de Córdoba, en la que, en lo que aquí interesa, se resolvió rechazar la acción de amparo iniciada por O., B. N. en contra del Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad.

Puestos los autos a resolución de la Sala los señores Jueces emiten sus votos en el siguiente orden: LILIANA NAVARRO – ABEL G. SANCHEZ TORRES.

La señora Jueza de Cámara, doctora LILIANA NAVARRO, dijo:

I.- De una breve reseña de la causa, tenemos que, la señora B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia formal acción de amparo en contra del Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad, con el fin de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición, razón social, agencia o persona jurídica estatal que la sustituya o resulte responsable, liquide y efectivice la pensión no contributiva que por derecho le corresponde, de forma retroactiva al inicio del trámite administrativo en dicha repartición (ver fs. 8 /16 vta.)

Refiere que es una persona trans que padece HIV y que es trabajadora sexual porque no ha tenido posibilidad de acceder al mercado laboral formal. Entiende que, como consecuencia de lo expuesto, resulta ser una persona objetivamente vulnerable en los

términos de la Reglas de Brasilia y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Relata que solicitó en la repartición correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva que fue rechazada por no reunir los requisitos del Decreto 432/97. Expone acerca de los derechos constitucionales que considera vulnerados con esta denegatoria citando, a tal fin, normativa y jurisprudencia atinente al caso. Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicita medida cautelar a fin de que se ordene la inclusión en las nóminas y/o programas correspondientes para poder percibir de inmediato alguna clase de beneficio social.

Presentado por la parte demandada el informe previsto por el art. 4 de la ley 26.854, se rechaza la medida cautelar peticionada por falta de verosimilitud del derecho invocado (fs. 36). Dicho rechazo es confirmado por esta Alzada con fecha 03/06/2020.

Luego de tramitada la causa, con fecha 14/12/2020, se emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado, lo cual es apelado por la amparista con fecha 16/12/2020. Contestados los agravios por la parte demandada con fecha 21/12/2020, se eleva la causa por ante esta Alzada y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta, con fecha 30/12/2020, el decreto de autos que deja la causa en condiciones de ser resuelta.

II.- Los agravios de la recurrente pueden ser sintetizados de la siguiente manera: en primer lugar, se agravia por cuanto considera que la decisión apelada constituye una clara denegación de justicia, que afecta un conjunto extenso de derechos constitucionales, convencionales y legales que la asisten, tildando al decisorio de esencialmente injusto y carente de argumentación y fundamentación lógica y legal. Alude a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apartamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y afectación del debido proceso adjetivo y sustantivo por cuanto considera que en la sentencia se efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentra. Asimismo, denuncia violación a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y el debido proceso motivados en la falta de valoración

adecuada de las probanzas aportadas que daban cuenta de los condicionantes sociales de su salud a más de la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa. Por último, se agravia por entender que no se juzgó el presente caso con perspectiva de género y que, por el contrario, se utilizaron expresiones y argumentos en el sentido opuesto y teñidos de un sesgo discriminatorio y contrario a la más reciente jurisprudencia aplicable en la materia. Cita normativa nacional e internacional que considera relevante como así también la jurisprudencia que entiende aplicable. Hace reserva del caso federal.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo de los agravios manifestados por entender que no logran conmover lo expresado en la sentencia de grado. Reitera que la actora no ha cumplido ni acreditado el último requisito del art. 9 de la ley 13.478: la imposibilidad de trabajar. Agrega que el hecho de encontrarse infectada con HIV no necesariamente acarrea una incapacidad total y permanente.

Por último, plantea que la cuestión de género no fue invocada en la demanda y que es introducida en esta instancia con el fin de refutar la sentencia desviando la cuestión tratada en el expediente administrativo que es el grado de imposibilidad para trabajar.

III- Que, efectuada la reseña de los agravios y su contestación cabe ingresar al tratamiento de la cuestión debatida que se circunscribe a analizar la procedencia o improcedencia de otorgamiento a la accionante de la pensión no contributiva solicitada.

A los fines de dirimir su rechazo, el Juez A quo tomó basamento en la circunstancia de no encontrarse probado en autos el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable a los fines de acceder a este tipo de beneficios de la seguridad social.

La Ley 13.478 establece, en su artículo 9º, lo siguiente: “Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta (70) o más años o imposibilitada para trabajar”.

Luego, el Decreto 432/97, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1º y en lo que aquí interesa, lo siguiente: “Podrán acceder a las prestaciones

instituidas por el Artículo 9° de la Ley 13.478 modificado por las Leyes Nros. 15.705, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del SETENTA Y SEIS (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente...”.

De esta manera, nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente.

Ahora bien, existen diversas cuestiones a considerar en virtud de las particularidades que rodean el presente caso.

IV- Que, en primer lugar, no debe soslayarse que existen, además, diversas normas de rango constitucional y supraconstitucional que amparan, o deberían amparar si fueran aplicadas en el caso concreto, la situación por la que atraviesa la aquí accionante.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (el destacado me pertenece).

Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 9 que: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”.

Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 9, en la Observación General N.º 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló que “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación (...). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Parte deben tomar medidas efectivas, y revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano.”. Luego, dentro del elenco de medidas que enumera de manera ejemplificativa, describe la siguiente: “Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro” (Observación General 19, párrafos 1º a 4º, más los destacados).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: “... los Estados Parte deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado”.

Y el párrafo 31 agrega que: “Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Parte deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho ...”.

Por último, el párrafo 50 impone a los Estados Parte la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos de personas o grupos que no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos dentro del sistema de seguridad social existente con los medios a su disposición. Expone que se deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección y que se debe velar especialmente porque el sistema de seguridad social pueda responder en las situaciones de emergencia.

A más de ello, el párrafo segundo del artículo

2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: “Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Y la Observación General N° 20 especifica, en su párrafo 8 ° lo siguiente: “Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares” (sin resaltar en el original).

El párrafo 27° explicita que: “El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables

que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad” (mío el destacado).

Por último, el párrafo 32° se expone de la siguiente manera: “En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados parte deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

Esta normativa constituye, a mi entender, el marco básico en el cual corresponde encuadrar la petición concreta de la amparista por resultar plenamente aplicable y pertinente a los fines de resolver la cuestión traída a estudio.

V.- Que, establecido el marco normativo y efectuando el estudio concreto de la causa, es dable afirmar, en primer lugar, que no se encuentra controvertido en la presente causa que B.N.O. es una persona trans, que es portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la silicona. Todo ello surge del certificado emitido con fecha 16/10/2019 por el Dr. Luis R. Allende, Médico Infectólogo, que se encuentra glosado en la causa, como así también, la historia clínica aportada por Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba.

Luego, en el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas se describe que: “En referencia a la paciente y en función de los datos que se me suministraron puedo inferir que la paciente tiene diagnóstico de infección por VIH desde el mes de mayo de 2015, siendo en ese momento su recuento de CD4 de 1144/mm³

-25%. Ha recibido TARV desde el año 2017 y aparentemente lo reinicia en julio de 2019 . La fecha de los análisis presentados es hasta abril de 2019. En ese periodo (2015-2019) se objetiva que, si bien sus niveles absolutos y porcentaje de CD4 han

disminuido, no se encuentran por debajo de los 200 cel./mm³. También se evidencia en los resultados otra infección de transmisión sexual, sífilis; como así también infección por Toxoplasmosis (anticuerpos IgG positivos), haber padecido hepatitis A en algún momento de su vida y estar inmunizada para hepatitis B”.

Por otro lado, surge, del informe del Equipo Interdisciplinario del Ministerio de la Defensa efectuado con fecha 28 /04/2020 por el Dr. Sandro Rodríguez, la Lic. en Trabajo Social Silvina Fajreldines y la Lic. en Psicología Sara Malek, que B.N.O. es una mujer trans de 30 años que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar “fiado” en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: “ya no tenemos ni para vivir”. Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de distrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.

De esta manera se observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares establecidos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de

grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

En concordancia con esto, se señaló que: “las personas transgéneras afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto- percibido” (Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41, párr. 71).

Y es que no es posible sustraerse de considerar que, más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso a dicho mercado laboral complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Del contexto descripto, surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa la actora producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

Esta constituye una realidad generalizada para el grupo al cual pertenece la actora. Así, pueden citarse los resultados obtenidos en la “Primera Encuesta sobre Población Trans 2012” que reveló que el 72,2% del colectivo involucrado se encontraba en la búsqueda de fuentes de trabajo y el 82,1% había tropezado con dificultades en dicha búsqueda a raíz de su identidad trans (Instituto Nacional de Estadística y Censos, Primera Encuesta sobre Población Trans 2012,

http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidadsexual/Argentina_Primer_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf.)

Al respecto también se ha expedido nuestro Tribunal Supremo en el siguiente sentido: “Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con

consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo” (CSJN, Fallos, 329:5266; “ Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”, Sent. del 21/11/06).

De todo lo expuesto y las probanzas aportadas a la causa se colige, como ya se expuso, que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir un puesto de trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar al menos en el corto plazo.

VI.- Que, de lo antedicho se extrae que la incapacidad laboral debe, en ciertos casos, analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. En este marco, debe ponderarse no sólo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

Dicho esto, considero que el argumento expuesto, tanto por la demandada como por el A quo, referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física, no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de su pedido.

En idéntico sentido se ha expedido en su informe de fecha 05/06/2020, la Cátedra de Medicina Antropológica de la U.N.C. suscripto por la Dra. Maira C. Ávila Médica, Especialista en Medicina Familiar y la Dra. Silvina M. Trucchia, Especialista en Ciencias de Salud y Lic. en Psicología, en el que explican que: “Se define la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud individual y colectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como un aspecto básico de una vida saludable. Los determinantes

sociales de la salud son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan, envejecen y las influencias de la sociedad en estas condiciones. Los determinantes sociales de la salud son las principales influencias en la calidad de vida, incluida la buena salud, y la extensión de la esperanza de vida sin discapacidad. El enfoque de los determinantes sociales aborda las causas de las causas y, en particular, como contribuyen a las desigualdades sociales en salud”.

En lo que atañe a las patologías físicas que padece la accionante, indicaron que: “Las infecciones de Transmisión sexual (ITS) son un conjunto de enfermedades infecciosas agrupadas por tener en común la misma vía de transmisión: de persona a persona a través de un contacto sexual. Son un serio problema de salud pública en todo el mundo, representando una causa importante de enfermedad aguda, infertilidad, discapacidad a largo plazo y muerte. Muchas veces estas infecciones se asocian y coexisten en una misma persona (...) El VIH debilita el sistema inmunitario a tal grado que al cuerpo se le dificulta combatir las infecciones oportunistas, llamadas así debido a que se aprovechan de dicho debilitamiento para manifestarse. Se considera que alguien tiene SIDA cuando presenta una o más infecciones y un número de células CD4 menor a 200”.

Asimismo, señalaron que “Otro concepto a considerar es lo que Meyer (2019) define como "estrés de las minorías sexuales y de género", es un estrés crónico que sufren personas de la población LGBTIQ+ basándose en la premisa de que en una sociedad heterosexista, las minorías sexuales están sujetas a un estrés crónico debido a su estigmatización. El estigma percibido supone vivir con el miedo de que otras personas te puedan hacer daño por tu condición, cosa que puede ser cierta. Provoca inseguridad y una hipervigilancia agotadora, un aprendizaje sobre cómo y cuándo “escondarse” y un escrutinio constante sobre lo que se dice, lo que se viste o lo que se hace. Las experiencias de prejuicio, discriminación y violencia, propias o ajenas, son las que sustentan este estrés. Estos eventos repercuten en la salud física y mental de las personas...”.

Analizaron que: “...se entiende que la Srta. (...) pertenece a la población de más alto riesgo de padecer estigmatización y discriminación social según la OMS, por ser una

mujer trans, trabajadora sexual portadora de VIH e ITS. Su salud no solo está afectada por su patología de base sino por la cantidad de determinantes sociales de la salud ausentes que causan la insatisfacción de sus necesidades básicas vitales”.

Finalmente concluyeron que: “El estrés crónico y prolongado que generan todas estas situaciones de estigma y discriminación debido a su infección por VIH y Sífilis, a ser trabajadora sexual, a ser una mujer trans, sumado a las condiciones socioeconómicas deficientes que impiden llegar a cubrir las necesidades básicas como el alimento, imprescindible para soportar el tratamiento farmacológico y hacer frente a su enfermedad, hacen que la Srta. (...) se encuentre en una situación de altísima vulnerabilidad bio-psico-social en la cual se encuentra comprometida su supervivencia, su salud psicofísica y su derecho a una vida digna, por lo requiere protección”.

Por su parte, el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas describe lo siguiente: “La infección VIH/SIDA es un problema de salud que no se puede separar de los comportamientos individuales y colectivos, influenciados por diferentes componentes sociales y culturales, lo que aumenta la vulnerabilidad de las personas. Este contexto tampoco favorece la inclusión en los ámbitos laborales que en el caso de las personas trans puede verse obstaculizado por la falta de un documento de identidad acorde a la identidad de género autopercebida o la existencia de prejuicios en los lugares de trabajo”.

Todas estas probanzas han sido aportadas a la causa y producidas en el caso concreto y especial de B.N.O. y, tal como lo manifestara en sus agravios la Sra. Defensora Oficial, no han sido tenidos en cuenta a la hora de resolver el A quo acerca de la solicitud de tutela económica estatal.

Respecto de la protección de las personas LGBTI contra la pobreza, la CIDH resalta que los Principios de Yogyakarta +10 establecen que, “toda la persona tiene derecho a la protección contra todas formas de pobreza y exclusión social asociadas con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. La pobreza es incompatible con el respeto a la dignidad y la igualdad de las personas, y puede ser agravada por la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características

sexuales” (“ Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características”, 2017, Principio 34: Derecho de protección contra la pobreza).

A esta idea responde también el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, aprobado el 12 de noviembre de 2015. En el mismo, se señala que la violencia, los prejuicios sociales y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y en el interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal, lo que vuelve a dichas personas más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. De este modo se subraya la importancia de que los Estados adopten medidas para erradicar el estigma y los estereotipos negativos contra las personas LGBTI, los cuales refuerzan la discriminación y violencia en su contra.

(<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>).

De esta manera, considero relevante aquí destacar que resulta inadmisibles en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

VII. - Que, en lo que respecta al argumento de la demandada referido a que la cuestión de género no ha sido incluida en la demanda y que se introduce al apelar la sentencia para refutarla desviando la cuestión tratada excluyentemente en el expediente administrativo que fue la incapacidad para trabajar, debo efectuar ciertas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debo enfatizar que, conforme se desprende de la normativa y jurisprudencia analizada supra, juzgar con perspectiva de género no resulta una “opción” y mucho menos una “cuestión” que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

Y es que, la existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

Asimismo, no debe perderse de vista que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una “cuestión” disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Es por ello que, el argumento sostenido por la demandada consistente en que la “cuestión de género” no fue introducida en la demanda, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

VIII. - Que, por último, no debe soslayarse que la vulnerabilidad descripta supra y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos de la amparista se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus Covid- 19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

A tal fin, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID- 19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas” (CIDH, resolución n° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolución-1-20-es.pdf).

IX.- Que, efectuado el análisis del marco normativo que rodea a la presente, y analizada la prueba arrojada a la causa, cabe concluir que la Sra. B.N.O. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus Covid- 19. Como se dijo, no es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse. En consecuencia, teniendo en cuenta la precaria situación socioeconómica de la amparista, concluyo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

Asimismo, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por B.N.O. y ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

X.- Por último, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales deberán imponerse, junto con las de Alzada, a la demandada perdidosa (conf. art. 68, 1ra. parte, del C.P.C.N.), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. ASÍ VOTO. -

El señor Juez de Cámara, doctor ABEL G. SANCHEZ TORRES, dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración, adhiero a lo resuelto por la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Que el juez a quo dispuso el rechazo de la acción en tanto no entendió acreditado el cumplimiento del requisito establecido en el Decreto 432/97 para acceder a la pensión solicitada, esto es, encontrarse incapacitado para trabajar en forma total y permanente.

Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista.

Sólo a los fines del análisis respecto de la requerida por la norma imposibilidad para trabajar, remito a los Considerandos del Decreto 721/2020 (B.O. 4/9/2020) respecto “ Que, particularmente, sobre la situación en Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que “...En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero”.”

“Que aún con los avances normativos en la materia, las personas travestis, transexuales y transgénero continúan teniendo dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna.”

“Que, en especial, la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación, el trabajo digno y productivo, la educación, la seguridad social, el respeto por su dignidad, la privacidad, intimidad y libertad de pensamiento deben asegurarse para garantizar políticas de inclusión en el mercado laboral.”

“ Que, atento a que el ejercicio de los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos que poseen, por lo que resulta necesario impulsar medidas que busquen la reducción de la desigualdad que provoca esta situación hasta lograr, en un futuro, su total eliminación.”

III.- En función de lo expuesto, considerando la situación de pandemia por el virus Covid – 19 que de por sí genera limitaciones en el acceso al mercado laboral, el estado de salud de la amparista conforme los informes médicos acompañados (fs. 46/52) y el estado de vulnerabilidad acreditado en el informe interdisciplinario de fs. 55/58vta., coincido con la colega en que corresponde revocar la resolución de fecha 14/12/2020 dictada por el juez a quo, adhiriendo en lo demás que decide. ASÍ VOTO. -

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda. -

Por el resultado del Acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:

I.-Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio, haciendo lugar a la demanda interpuesta, por los fundamentos aquí dados.

II.- Ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de esta de manera mensual.

III.- Dejar sin efecto las costas de primera instancia, las que deberán imponerse, junto con las de Alzada a la parte demandada perdedora (conf. art. 68, 1ra. parte, del C.P.C.N.), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad.

IV.- Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. –

ABEL G. SÁNCHEZ TORRES LILIANA NAVARRO

NÉSTOR J. OLMOS SECRETARIO DE CÁMARA