



“La reinterpretación jurisprudencial con perspectiva de género de los requisitos para acceder a las pensiones no contributivas por invalidez”

Carrera: Abogacía

Alumno: Sofía Dafne Chico

Legajo: ABJ10499

DNI: 39.737.401

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Opción de trabajo: Comentario a fallo

Tema elegido: Cuestiones de género

Fallo: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, “O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ amparo ley 16.986” 12/04/2021. Publicado en la plataforma de Thomson Reuters RDLSS 2021-12, 67 (la ley online: AR/JUR/7444/2021)

Sumario: I. Introducción – II. Cuestiones procesales: a) Premisa fáctica – b) Historia procesal – c) Decisión del tribunal – III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia – IV. Descripción del análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – V. Postura de la autora – VI. Conclusión – VII. Listado de referencias bibliográficas

I. Introducción

En la presente nota se comentará el fallo de la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba “O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ amparo ley 16.986” dictado el día 12/04/2021 en la ciudad de Córdoba, ciudad donde quien suscribe reside. El mismo se encuentra publicado en la plataforma de Thomson Reuters RDLSS 2021-12, 67 (la ley online: AR/JUR/7444/2021) y tiene sentencia firme.

El decisorio aborda la temática de cuestiones de género pues el tribunal resuelve otorgar el beneficio de una pensión no contributiva solicitado por una mujer trans, que no cumplía *prima facie* con los requisitos legales impuestos por la ley 13.478 y su decreto reglamentario, debido a su situación de extrema vulnerabilidad. La sentencia fue dictada con perspectiva de género entendiendo ésta como un compromiso internacional, imperativo moral y ético que nuestro país ha adquirido, cuyo fin inmediato es alcanzar la justicia, de allí su importancia y relevancia jurídica.

Del análisis del caso surge la presencia de un problema lingüístico de vaguedad potencial o textura abierta del lenguaje. Lo anterior se configura pues los jueces de la Cámara Federal deben realizar una interpretación de si las circunstancias en que vive y las enfermedades que padece la actora se encuentran comprendidas dentro de la “imposibilitada para trabajar” e “incapacidad total y permanente laboral” dispuesta del art. 9 de la ley 13.478 y art. 1º inc. b) de su decreto reglamentario como requisito para el otorgamiento de la pensión. La textura abierta configura la indeterminación relativa de los términos y propiedades del lenguaje, pues hace que determinadas circunstancias no hayan sido previstas por el legislador ya que es imposible que éste, al momento de sancionar la ley, tenga conocimiento de cada una de las posibles combinaciones de propiedades que se puedan presentar en el futuro (Hart, 1996).

II. Cuestiones procesales

a) Premisa fáctica

En la ciudad de Córdoba, la Sra. B. N. O, mujer trans, en estado de extrema vulnerabilidad por padecer HIV y diversas enfermedades venéreas e infecciosas, trabajadora sexual al no haber tenido posibilidad de acceder al mercado laboral formal

solicita en la repartición pública correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva para poder subsistir. La petición fue rechazada por la entidad pública quien sostuvo que la peticionante no probó su impedimento para poder trabajar y no acreditó el porcentaje mínimo de incapacidad física del 76%. Es decir, se sostuvo que la Sra. B. N. O no reunía los requisitos legales establecidos por la ley 13.478 y su Decreto Reglamentario 432/1997.

b) Historia procesal

Ante esta situación, la Sra. B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia acción de amparo en contra del Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad, con la finalidad de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición 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. Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicitó una 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. La demandada presentó 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. El día 14 de diciembre del año 2020, el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado por 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.

Dicha resolución fue apelada por la amparista. En consecuencia, una vez contestados los agravios por la parte demandada, se eleva la causa ante la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba 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.

c) Decisión del tribunal

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba 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 la misma 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 perdidosa (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), 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.

III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia

En primer término expresó su voto la jueza Navarro, al que adhirió el juez Sánchez Torres. Es así que para la resolución de la problemática jurídica que presenta el caso la magistrada sostuvo que nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente (art. 9 ley 13.478 y Decreto reglamentario 432/1997).

Sin embargo, la jueza consideró datos y cuestiones particulares determinantes de la peticionante, que no se encuentran controvertidos en la causa y que surgen de diversos informes de especialistas, como que es una mujer trans de 30 años de edad 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 (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).

También la Sra. B. N. O., 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. 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 sostiene la magistrada que 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.

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 al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. En concordancia con lo expuesto, se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que, como ella misma relata, esto la expuso a 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.

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 solo 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.

Finalmente, consideró relevante destacar que resulta inadmisibile 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.

IV. Descripción del análisis conceptual: antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Se puede definir al derecho de la seguridad social como el conjunto de normas jurídicas que protegen al ser humano cuando transita determinadas contingencias biológicas, económicas/sociales y patológicas que pueden disminuir su capacidad de ganancia y bienestar como la vejez, enfermedad y desocupación, etc. Entre sus fines se destaca su carácter protectorio y garantizador de un nivel determinado de subsistencia de las personas a las que abraza. En consecuencia, el objeto de la seguridad social es la abolición de estados de necesidad, protege a las personas de situaciones que engloban riesgos y necesidades que pueden o no suceder (contingencias) mediante el otorgamiento de prestaciones o beneficios (Grisolia, 2019; Mirolo, 2003).

De la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2007) sobre el derecho a la seguridad social se desprende que éste es fundamental importancia para garantizar su dignidad humana y proteger, sin discriminación, a todas las personas que enfrenten determinadas circunstancias que ponen en jaque su aptitud de ejercicio de los derechos que le son inherentes, entre otras: la falta de ingresos debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar. Se sostiene que los Estados deben tomar medidas efectivas que, en caso de ser necesario, deben ser revisadas para proporcionar las prestaciones de la seguridad social sin restricciones ni discriminaciones garantizando su disfrute mínimo. Entre las medidas mencionadas se encuentran las pensiones no contributivas (en adelante PCN).

Siguiendo a Ahuad (2019) diremos que las PCN son un instrumento legal cuya finalidad es tutelar, amparar y acompañar a grupos vulnerables, específicamente a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, ante ausencia de recursos que les permitan subsistir. Su otorgamiento no requiere de la realización de aportes ni de cotizaciones mínimas en el sistema de la seguridad social. Existen diversas clases de PCN, la que aquí se desarrollará es la PCN por invalidez.

Dentro de los requisitos establecidos por la ley 13.478, en su art. 9°, para acceder a la PCN por invalidez se encuentra la “imposibilidad para trabajar”. Cipolletta (2021) entiende, para este requisito puntual, que el legislador no impuso un porcentaje, ni otro parámetro, de determinación de discapacidad, incluso otros tantos, que sí fueron impuestos por el decreto reglamentario del mencionado art. 9°. Así, para la mencionada autora el concepto de persona imposibilitada para trabajar, tal como se encuentra plasmado en la norma por el legislador, es mucha más abarcativo que un porcentual de

incapacidad laboral. Asimismo, el Poder Ejecutivo no se encuentra facultado para su establecimiento.

Sobre este requisito, la Sala II de Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social¹ citando la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en Fallos 303:917² y 307:1018³ sobre la quita arbitraria de las PNC a un grupo de personas discapacitadas de oficio, y de manera arbitraria, por haber ingresado a un programa de inclusión en el trabajo, como parte de su tratamiento, sostuvo que, si bien es cierto que la primera regla en la interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma es su congruencia con el resto del sistema en que esta engarzada, es la consideración de sus consecuencias y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley y además la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto.

En consecuencia, en nuestro país existen políticas de Estado tendientes a la protección de grupos denominados vulnerables otorgando beneficios no contributivos (entre otros) mediante la seguridad social en cumplimiento de la manda del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Cuando se habla de grupos vulnerables, se hace alusión a sectores sociales que, en relación con los demás, no presentan las mismas oportunidades, trato y que han sufrido diversos tipos de discriminación y menosprecios. Por lo cual y en virtud de su condición especial, es necesario que el Estado realice acciones compensatorias o afirmativas con el fin de lograr una igualdad real sobre el goce y disfrute de los derechos fundamentales (Echeverría, 2021; Orihuela, 2021).

Entre estos grupos encontramos a las personas transexuales, travestis y aquellas que su identidad de género no coincide con su sexo biológico. Se destaca que la mayoría de los integrantes del colectivo trans vive en situación de pobreza extrema, tienen un bajo nivel de instrucción y formación para trabajar a su vez, presentan un escaso acceso al sistema de salud y son, dentro del colectivo LGBT+, los que más violencia sexual, física y psicológica sufren. Todo ello es consecuencia de la estigmatización social y

¹ Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II, “F., A. G. y otros c. Estado nacional” (2001).

² Corte Suprema de Justicia de la Nación “Baliarda, José Luis y otros s/ inf. Ley 12.906 – incidente de prescripción de la acción” (1981) Fallos 303:917.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abando de persona y encubrimiento” (1985) Fallos 307:1018.

discriminación que los y las obliga, en muchas ocasiones, al ejercer la prostitución como principal medio para subsistir (Ahuad, 2013).

El art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna contempla la efectivización del derecho a la seguridad social. El reconocimiento de los grupos vulnerables y la toma de medidas de acción positiva implica que el Estado debe cumplir con las obligaciones impuestas constitucionalmente. Mediante la adopción de estas medidas se constitucionaliza la realización de actos de desigualdad a favor de personas que necesitan un mayor apoyo del Estado que el que se otorga a las demás personas que no se encuentran dentro de los grupos calificados como vulnerables (Sagués, 2007).

En efecto, ello funciona como una exigencia que le permite al titular de los derechos reclamar ante el Poder Judicial el incumplimiento por parte de aquel. Es así que el sistema judicial debe constituirse en una herramienta para que las personas en situación de vulnerabilidad puedan hacer efectiva las defensas de sus derechos pues carece de sentido que un Estado reconozca un derecho si su titular no puede gozar efectivamente de él (Ibarra, 2021).

V. Postura de la autora

Debemos expresar que adherimos cabalmente a lo resuelto por la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en el fallo que comentamos. El decisorio se constituye en una herramienta que busca lograr la igualdad real de las mujeres en el goce de los derechos ante el padecimiento de situaciones que las colocan en condiciones de extrema vulnerabilidad. En el caso, la actora, aparte de ser una mujer trans, pertenecía a más de una categoría de vulnerabilidad: pobreza y marginación.

La denegatoria de la PNC por parte del organismo público competente vulneró el derecho a la seguridad social de la actora. Es decir, vulneró el derecho a ser amparada ante el sufrimiento de determinadas contingencias que impactan en su capacidad de ganancia y que le permiten tener una calidad de vida digna. Es que el Estado debe intervenir y amparar, mediante sus políticas y el otorgamiento de beneficios de la seguridad social, a sectores considerados especialmente vulnerables. Como respuesta ante este acto arbitrario se dictó esta sentencia.

En efecto, los magistrados al fallar con perspectiva de género cumplen con la obligación impuesta internacionalmente de bregar por los derechos de no discriminación y de igualdad. Mediante ella brindan a la actora una herramienta de acción directa que le permitirá mejorar su calidad de vida.

Los jueces, con gran criterio, prestaron especial atención a la condición de vulnerabilidad social y económica en que se encontraba la mujer. En base a ello, reinterpretaron los requisitos legales establecidos por el art. 9 de la ley 13.478 y art. 1° inc. b) decreto reglamentario 432/1997 para acceder a las pensiones no contributivas por invalidez. Es así que, con gran sentido de justicia igualitaria, los sentenciantes entendieron que la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraba la actora sobrepasaba ampliamente los requisitos impuestos por la norma.

En consecuencia, la exigencia del certificado de discapacidad y la prueba del 76% de la incapacidad especificada por la normativa, de los que carecía la mujer, para el caso de autos se convertía en una exigencia formal y arbitraria que la excluía de la protección que Estado brinda a las personas que transitan la contingencia “enfermedad” a través de la seguridad social.

El requisito de “imposibilidad para trabajar” para la concesión de una PNC, no puede quedar supeditado a un porcentual de incapacidad laboral total y permanente y a un certificado médico de discapacidad. Éste abarcará numerosas situaciones que puede vivir una persona que el legislador no pudo prever al momento de sancionar una ley. En el proceso, se tuvo en consideración la situación total vivida por la actora: “mujer trans, con diversos padecimientos de salud: portadora de VIH, enfermedades venéreas, depresión, trabajadora sexual por no haber tenido posibilidad de acceso al mercado laboral formal”, situación que se vio agravada por la pandemia y el aislamiento social obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional a principios del año 2020.

Del análisis de todo lo anterior es que podemos concluir que el problema lingüístico de textura abierta del lenguaje ha sido correctamente abordado y resuelto por el Tribunal. Sostenemos que esta sentencia abraza los derechos constitucionales de los grupos desventajados y otorga una real operatividad al acceso a la justicia.

Al reinterpretar convencionalmente los requisitos de una normativa antigua, se lograron brindar argumentos claros y conforme a los estándares internacionales de derechos humanos a favor de la igualdad y la no discriminación y se constituye en un llamado de atención para la actualización de normativas de vieja data como lo es la ley 13.478.

Es que juzgar con perspectiva de género, al decir de Sosa (2021), al actuar de manera global sobre la controversia, permite la modificación de la interpretación y aplicación del derecho pues a través de ella se tiene una visión más crítica de la realidad.

Este método le posibilita a los jueces dignificar y reparar las desventajas de la desigualdad constituyéndose en garantes del derecho.

VI. Conclusión

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba ha resuelto correctamente, con perspectiva de género y con gran sentido de justicia social el problema jurídico lingüístico imperante en el caso bajo análisis. El tribunal con esta sentencia reinterpretó los vagos requisitos de la “imposibilidad para trabajar” y la “incapacidad total y permanente laboral” previstos en el art. 9 de la ley 13.478 y art. 1º inc. b) decreto reglamentario 432/1997 para acceder a las pensiones no contributivas por invalidez y los adecuó a las circunstancias y los requerimientos actuales de una mujer trans atravesada por la enfermedad, la pobreza y las consecuencias azotadoras de la pandemia provocada por el COVID-19.

Concluimos que con esta sentencia los magistrados lograron adecuar los requisitos de la normativa a los tratados internacionales de derechos humanos que regulan el acceso efectivo de las personas al derecho de la seguridad social. Por su parte, se constituye en una herramienta de acción directa que, seguramente, será consultada por otros tribunales para la resolución de casos similares lo cual permitirá mejorar la calidad de vida de los justiciables en situaciones análogas a la de la actora en estos autos.

VII. Listado de referencias bibliográficas

Doctrina

Ahuad, E. J., (2019) Las pensiones no contributivas. *Revista IDEIDES* (39). Recuperado de <http://revista-ideides.com/revista-ideides-no-39-septiembre-2019/>

Ahuad, E. J., (2013) Más beneficios de la seguridad social para grupos vulnerables: seguro de capacitación y empleo para mujeres golpeadas y personas trans. *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/5665/2013

Cipolletta, G. E., (2021) Una sentencia ejemplificadora. *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/1849/2021

Echeverría, C. B., (2021) Caducidad en el proceso contencioso administrativo. Tutela efectiva y mayor cautela en los grupos vulnerables. *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/2316/2021

Grisolia, J. A. (2019), *Manual de Derecho Laboral*. 14ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Hart, H., L., A. (1998) “El Concepto de Derecho” Buenos Aires: Artes Gráficas Candil.

Ibarra, C. E., (2021) Reflexiones sobre el derecho a la seguridad social con perspectiva de género. La Ley. Cita Online: AR/DOC/531/2021

Miroló, R. R., (2003) *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2ª Ed. Tomo I. Córdoba: Advocatus

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 19 : El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, 4 Febrero 2008, E/C.12/GC/19, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47d6667f2.html> [Accesado el 12 Octubre 2021]

Orihuela, A. M., (2021) *Constitución Nacional comentada*. Buenos Aires: Estudio.

Sagués, N. P., (2007) *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Sosa, M. J., (2021) Investigar y juzgar con perspectiva de género. *Revista Jurídica AMFJN* (8). Recuperado de <https://www.amfjn.org.ar/2021/04/05/investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-genero/>

Legislación

Ley N° 13.478 Suplemento variable sobre el haber de las Jubilaciones. B.O: 15/10/1948

Decreto reglamentario N° 432/1997 Pensiones a la vejez y por invalidez. B.O: 20/5/1997

Jurisprudencia

Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II, “F., A. G. y otros c. Estado nacional” (2001). La Ley. Cita Online: AR/JUR/2246/2001

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Baliarda, José Luis y otros s/ inf. Ley 12.906 – incidente de prescripción de la acción” (1981) Fallos 303:917. Recuperado de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=22738>

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Capitán Jorge Santa Ana y otros s/ abandono de persona y encubrimiento” (1985) Fallos 307:1018. Recuperado de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=25901>