

UNIVERSIDAD
SIGLO



CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE CUARTA CIRCUNSCRIPCION
JUDICIAL DE CORDOBA – SALA B. “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA
NACIONAL DE DISCAPACIDAD s/AMPARO LEY 16.896” (Expte. N° FCB
38979/2019/CA2) (12 de abril de 2021)

EL PARADIGMA DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GENERO

Abogacía

Analia Antonia Loza

D.N.I.: 27.870.189

Legajo VABG46932

analiaaloza@gmail.com

Profesora Caramazza, María Lorena

Modulo N°4 - Entrega N° 4- Documento final

Entregado el 13 de noviembre de 2022

Seminario Final de Abogacía

Modelo de caso – Cuestiones de género

Sumario: Introducción. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal, y descripción de la decisión del tribunal. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi en la sentencia. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Postura del autor. Conclusión. Referencias bibliográficas.

Introducción

Aquí se pretenderá adentrar al lector, a través del análisis del fallo “O., B. N. c/ Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapac. s/Amparo Ley 16.896” (Expte. N° FCB 38979/2019/CA2), al paradigma de la introducción de las cuestiones de género en los procesos judiciales que atraviesan éste y los demás fueros existentes.

El caso bajo estudio trae a la luz el ejercicio del amparo como garantía constitucional ante un derecho fundamental no satisfecho, el “bienestar general”, que nos promete el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional Argentina y el derecho a la Seguridad Social, cuyo fin es “alcanzar un pleno estado de justicia social” (Grisolia, 2007, p. 306). La actora es una persona trans cuyo desempeño como trabajadora sexual le ha costado su salud en los términos de las patologías crónicas que padece, sin poder desarrollarse en el mercado laboral formal, así entiende que su caso no ha sido resuelto con “perspectiva de género” en su reclamo por una pensión no contributiva solicitada al Estado Nacional.

Es de relevancia social y jurídica exponer, por un lado, la desigualdad real ante la ley con la que conviven los integrantes de comunidades LGTBI+, fenómeno éste, ratificado en la sentencia del Magistrado de primera instancia. Y, por otro lado, exhibir y publicitar el certero y pertinente abordaje del caso que hacen ambos Jueces de Cámara, exponiendo claramente cómo resolver el conflicto planteado, integrando el sistema normativo nacional y supranacional atravesado por una cuestión de género, donde la condición de vulnerabilidad, en los términos de las Reglas de Brasilia, es protagonista.

Se identifica en el fallo un problema axiológico, es decir una laguna axiológica ya que el caso tiene solución con la aplicación del sistema normativo vigente, es decir aplicación de la Ley N° 13.478, el Decreto Reglamentario 432/97 y los tratados internacionales con rango constitucional, de lo contrario tendríamos una laguna normativa (Alchourrón y Bulygin, 1993). En la primera instancia del caso, la solución es axiológicamente inadecuada ya que no contempla la propiedad relevante del conflicto específico, que en este caso sería, introducir la cuestión de género. El Juez a quo basa su negativa en que la actora no probó en autos, el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable, sin abordar el caso con perspectiva de género, mirada bajo la cual contemplaría las particularidades relevantes con el debido criterio pertinente.

A continuación, se desarrollará la premisa fáctica con la historia procesal y descripción de la decisión del tribunal, le sigue la identificación y reconstrucción de la ratio decidendi, luego, análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Por último, la postura del actor, la conclusión y las referencias bibliográficas.

Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal, y descripción de la decisión del tribunal

En diciembre de 2020, en la Provincia de Córdoba, la Sra. O.B.N., persona trans, portadora de VIH, ITS (infecciones de transmisión sexual), sífilis, toxoplasmosis y hepatitis A, a causa de ser trabajadora sexual desde temprana edad, y única fuente de su sustento, en su imposibilidad de acceder al mercado laboral formal, sin contar con estudios ni con un entorno familiar que la contenga, solicita al Estado Nacional – Agencia Nacional de Discapacidad, una pensión no contributiva, para su sustento básico, según el Art. 9 de Ley N° 13.478, la cual le es denegada, agotando así la vía administrativa.

La actora con el patrocinio de la Defensora Publica Oficial, presenta ante el Juez Federal N° 2 de la Provincia, una acción de amparo, la cual es rechazada por no reunir los requisitos del decreto 432/97, esto es estar incapacitada para trabajar de forma total y permanente con una incapacidad el 76 % o más, siendo esta sentencia atacada con el debido recurso de apelación.

Aquí la damnificada describe sus agravios, en tanto se resumirían en, una clara denegación de justicia ya que la sentencia se efectúa bajo un análisis de estricto rigor formal de la normativa aplicable, no haber tenido en cuenta las circunstancias particulares, falta de valoración adecuada de la prueba aportada, la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa y la inexistente perspectiva de género, teñida de un sesgo discriminatorio en disidencia con la jurisprudencia nacional. Contestados los mismos por la parte demandada, la causa es elevada a Cámara y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta el decreto de autos que deja la causa en condición de ser resuelta por la Alzada.

En esta última instancia los dos Jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de Cuarta Circunscripción de Córdoba – Sala B, de forma unánime hacen lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora, revocando la sentencia del a quo, ordenando a la demandada que conceda la pensión no contributiva solicitada, dejando sin efecto las costas de primera instancia que juntas a las de la Alzada y a los honorarios de la Defensora Pública Oficial, se interponen a la perdidosa.

Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi en la sentencia

Ambos Jueces de la Cámara coinciden en su decisorio de forma unánime. La Jueza Dra. Liliana Navarro argumenta su resolución basada en que todas las pruebas aportadas por la actora son determinantes al concluir el alto nivel de vulnerabilidad de la misma y que estas probanzas han sido desestimadas por el Juez a quo efectivamente. Así en este caso en particular se debe sentenciar con un criterio de justicia superador, más elevado, holístico y que en consecuencia no puede, en sus palabras:

... 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... 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... no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

El Juez Dr. Abel G. Sánchez Torrez, adhiere a lo resuelto por su colega en todo y agrega que:

... si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerido 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, expuesta por la amparista... 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.

De la observancia de sus argumentos se determina la propiedad relevante del conflicto específico, o sea, la ponderación de la situación de vida de modo global de la accionante, en otras palabras, la perspectiva de género, que se debe poseer y qué, encuadrándola jurídicamente bajo la tutela de los derechos humanos vulnerados y cobijados por los tratados internacionales de rango constitucional como ser la Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 25.1 que establece 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 Art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que

declara 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; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en el Art. 9 dice que los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. A los que se suman en la órbita nacional la normativa del Art. 9 de la Ley N° 13.478 y su decreto reglamentario N° 432/97, con los cuales se logra dar justa resolución al caso bajo análisis.

Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Para Sosa (2021) la perspectiva de género debe ser la mirada que debe tener el operador judicial, siendo el método que posibilita determinar asimetrías de poder, identificar, cuestionar y evaluar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de sectores vulnerables, implementando acciones afirmativas contra los factores de género, avanzando en la construcción de la igualdad en este ámbito. El juzgar desde una perspectiva de género, es un mandato legal, no una tendencia del momento, que se basa y sustenta en los derechos de igualdad y no discriminación, reconocidos en nuestra constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos, suscritos por el Estado Argentino e incorporados al ordenamiento jurídico.

En este escrito se entiende a la palabra “género”, como una construcción social, que en palabras de Medina (2018), es “el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las relaciones entre ellos.” (p.1); A su vez, surge la incógnita de cuándo sería pertinente analizar un caso concreto con perspectiva de género, a lo cual, Palomo (2021) en su análisis del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de la Nación de México, nos da una respuesta:

La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. Lo que determina si en un proceso se debe aplicar o no, es la existencia de situaciones asimétricas de poder, o bien de contextos de

desigualdad estructural basados en el género, las preferencia y orientaciones sexuales, entre otros. (p. 41)

En cuanto a las pensiones no contributivas, Ahuad (2019) las define como instrumentos legales destinados a ayudar a grupos vulnerables y a diferencia de las prestaciones contributivas, no requieren cotizaciones ni aportes mínimos a la seguridad social. Si bien este tipo de pensión sirve básicamente para proteger situaciones delicadas, definidas legalmente, como ser enfermedad, vejez, hijos múltiples, conflicto armado, violencia, etc., es particularmente útil para proteger a grupos socialmente vulnerables.

Los autores Mallardi, M. y Fernández, E. (2019) en su estudio del sistema de seguridad social de los últimos gobiernos y en cuanto a las pensiones no contributivas nos dicen que, en cuanto a su acceso, especialmente por causa de invalidez, pesan más los criterios socioeconómicos que los médicos, relativizándose el 76% de la tasa legal por la valoración de la “vulnerabilidad social” de los potenciales beneficiarios y así se vuelve más asequible. Esto es cierto incluso cuando existen diversas condiciones médicas que no causan directamente la discapacidad, como el VIH, la enfermedad celíaca, la diabetes, etc., incluso si los aspectos considerados están relacionados con la dificultad para acceder al empleo formal o los altos costos médicos o alimenticios.

Notablemente la Cámara Federal de la Seguridad Social – Sala 2 en Autos: “Asociación Redi Y Otros C/ En-M Desarrollo Social S/Amparos Y Sumarísimos” expreso que, como acertadamente señala el Observatorio de Derechos Humanos del Senado de la Nación, en virtud de los principios consagrados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las pensiones no contributivas, son el programa de transferencia de ingresos del gobierno en materia de seguridad social instituidas como garantías de la autonomía de las personas con discapacidad, como sujeto de derecho. Por ello recomendamos respecto a las condiciones de otorgamiento establecidas en el Decreto N° 432/97 que reglamenta la Ley 13.478, y en contravención a lo dispuesto en la CDPD (Convención sobre de los Derechos de Personas con Discapacidad), declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los incisos “f” y “g” del artículo 1° Anexo I y el inciso “a” artículo 5, primer párrafo de dicho Decreto, ya que impiden el pleno ejercicio de su autonomía.

En la causa “Díaz, F. O. C/ Minist. Desarrollo Social S/Amparos Ley 16.986” El damnificado interpone acción de amparo ya que se había suspendido su pensión no contributiva, a lo que el demandado ataca en uno de sus planteos exponiendo que dicho recurso no es el pertinente, a lo cual la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba Secretaria Civil II – Sala A, determina como inoportuna ya que la arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta de una sentencia es requisito sine qua non de la acción de amparo, arbitrariedad que también vemos reflejada en el caso bajo estudio.

En Autos “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/Inspección General de Justicia Debido a los prejuicios y la discriminación”, la C.S.J.N. expone claramente que, los prejuicios y la discriminación de dicho colectivo, les priva de la oportunidad de trabajar, que estas personas están prácticamente condenadas a condiciones de privación y marginación, cuestiones que se agravan por pertenecer a los estratos más pobres de la población, acarreando nefastas consecuencias para su calidad de vida y salud con una alta tasa de mortalidad.

Postura del autor

En este apartado del escrito daré mi opinión diciendo que concuerdo plenamente con el decisorio de la cámara, ya que, en principio, el mismo se basa enteramente en el conglomerado de normativa internacional con jerárquica constitucional. Y particularmente resalto su atino en concordancia con el documento titulado Observación General N°19, El Derecho a la Seguridad Social, el cual desenvuelve y desarrolla en sus párrafos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, diciendo que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. 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... 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.

Y por consiguiente y no menos importante, coincido en que en dicho caso en particular se llega a impartir justicia al contemplar las pruebas aportadas con una alta sensibilidad social, apartándose de la fría letra de ley reglamentaria, condicionante del instituto en cuestión, lo que aquí llamamos juzgar con perspectiva de género, donde debemos identificar asimetrías de poder y desigualdades en general, con base en el género o en la elección u orientación sexual de las personas, donde los argumentos desde las perspectivas de género configuran los horizontes marcos de interpretación en el que los operadores judiciales pueden sentar precedentes novedosos y necesarios en la implementación y promoción progresiva de los derechos humanos de las mujeres y de los sectores más vulnerables, como lo reza el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2015).

Conclusión

Analizar y juzgar un conflicto de intereses con perspectiva de género, equivaldría a colocarse unos anteojos, que nos permitan ver situaciones determinantes, hechos y circunstancias sociales, generacionales, intrafamiliares, económicas y culturales de los actores y colocarlos todos en la balanza de justicia. Así, el cambio hacia dicho paradigma es impostergable, y en el caso de fallo analizado, se verifica en la sentencia, como herramienta metodológica de los magistrados para la adecuada solución al problema axiológico identificado, donde la amparista presenta un caso de interseccionalidad al ser persona trans, trabajadora sexual y portadora de VIH.

Como lo expusiera El Informe del Experto Independiente de la ONU (2018) “la violencia institucional, a través de acciones negativas y omisiones por parte de funcionarios estatales, es una de las causas fundamentales de la violencia y la discriminación relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género” (p. 11). En consecuencia, cabe darnos cuenta de la precariedad de las normas de género, ya que quienes no viven su género de modo socialmente aceptado poseen un gran riesgo de acoso y violencia; estas normas de género determinaran quien será estigmatizado, criminalizado, protegido y quién no, en palabras de Butler (2009).

Como posible solución propondría que la capacitación de todos los operadores de la justicia sea, además de académicamente obligatoria, una investigación de campo, donde se desarrolle una práctica acabada de convivencia real con estos sectores altamente vulnerables, para así comprender acabadamente las dicotomías e infortunios con los que se enfrentan día a día estos sectores de la sociedad, que mayor tutela demandan, ya que de otro modo es muy difícil que el jurista logre diferenciar todas y cada una de las injusticias que los mismos padecen y que las normas no alcanza a cubrir del modo tan acelerado en el que se presentan dentro de la evolución de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Ahuad, E. J. (2019). Las pensiones no contributivas. Revista Ideides. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo (IDEIDES) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF). Recuperado de: <http://revista-ideides.com/las-pensiones-no-contributivas/> ISSN 2618-5466
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1993). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Butler, J. PERFORMATIVIDAD, PRECARIEDAD Y POLÍTICAS SEXUALES. AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana, vol. 4, núm. 3, septiembre-diciembre, 2009, pp. 321-336. Asociación de Antropólogos Iberoamericanos en AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana. Madrid. ISSN:1695-9752. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62312914003>
- CFed. de Apelaciones de Córdoba Secretaria Civil – Sala A. “Díaz, F. O. C/ Minist. Desarrollo Social S/Amparos Ley 16.986” (2019)
- CFed. de Apelaciones de Cuarta Circunscripción Judicial de Córdoba. Sala B. “O., B. N. c/ ESTADO NACIONAL – AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD s/AMPARO LEY 16.896” (Expte. N° FCB 38979/2019/CA2) (2021)
- CFed. de la Seguridad Social – Sala 2. CABA. “ASOCIACION REDI Y OTROS c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS” Expediente N° 39031/2017
- Constitución de la Nación Argentina. (C.N). Preámbulo (1994). Ley N° 24.430. Promulgada Enero 3 de 1995. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ley 26.378. (2008). Promulgada 6 Junio 2008. Recuperado de: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

CSJN. Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/Inspección General de Justicia, A.2036. XL. Sentencia del 21 de 11 de 2006. (Fallos: 329: 5266).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). (OEA). Organización de los Estados Americanos 2 mayo 1948. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Asamblea General de la ONU. (217 [III] A). Paris. Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Decreto 432/97. Pensiones. (1997). Promulgado Mayo 15 de 1997. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43325/texact.htm>

Grisolia, J. A. (2007). *Guía de estudio: laboral, Derecho del trabajo y de la seguridad social*. (6a ed.). Buenos Aires: Estudio.

Ley N° 13.478 (1948). Suplemento variable sobre el haber de las Jubilaciones. Promulgada Octubre 15 de 1948. Boletín Oficial N° 16186. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/32032/texact.htm>

Ley N° 16.986 (1966). Acción de amparo Ley Reglamentaria. Promulgada Octubre 18 de 1966. Boletín Oficial N° 21050. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htmh>

Mallardi, M. y Fernández, E. (2019) La protección social en la Argentina: algunos elementos para caracterizar las Pensiones No Contributivas Asistenciales. Documentos de Trabajo CIEPP, N° 100, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas, diciembre. ISSN: 1668-5245 https://www.ciepp.org.ar/images/ciepp/docstrabajo/Documento_103.pdf

Medina, G. (s.f.). Juzgar con Perspectiva de género ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género? En Pensamiento Civil. Recuperado de <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General. ONU. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3. Recuperado de: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina. ONU.A/HRC/38/43/Add.1. abril 2018.

Palomo Caudillo, C. (2021). Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica. Revista Saber y Justicia, 1(19), 37-52. Recuperado de <https://saberyjusticia.enj.org/index.php/SJ/article/download/92/91/581>

Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México 2º Edición - 2015

Reglas De Brasilia Sobre Acceso A La Justicia De Las Personas En Condición De Vulnerabilidad. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia. 2008.

Sosa, M. J. (2021). Investigar y Juzgar con Perspectiva de Género. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°8- ISSN2683-8788

Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), ONU, 4 Febrero 2008, E/C.12/GC/19. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47d6667f2,0.html>