

Voces:

ACCION DE AMPARO ~ BENEFICIOS SOCIALES ~ ESTADO DE VULNERABILIDAD ~ PENSION ~ PENSION NO CONTRIBUTIVA ~ PERSPECTIVA DE GENERO ~ PROTECCION DE PERSONAS ~ TRANSEXUALIDAD

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B(CFedCordoba)(SalaB)

Fecha: 12/04/2021

Partes: O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ Amparo Ley 16.986

Cita Online: AR/JUR/7444/2021

Sumarios:

1 . Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por una mujer trans trabajadora sexual que padece HIV y ordenar a la demandada que proceda a la concesión de la pensión no contributiva, pues aquella 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. 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.

2 . 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 al mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. Se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa, 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.

3 . El objeto del presente proceso -en el caso, destinado a obtener una pensión para una persona en situación de vulnerabilidad- excede los estándares establecidos por la normativa vigente, 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.

4 . La incapacidad laboral debe 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. 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.

5 . 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 del 76% exigido por la normativa vigente no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de pedido destinado a obtener una pensión no contributiva por una mujer trans en situación de vulnerabilidad.

6 . 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 -en el caso, una mujer trans en situación de vulnerabilidad que solicita una pensión no contributiva-, 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.

7 . 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.

8 . 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.

9 . 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. No es más que

un criterio de justicia para el caso en concreto.

10 . El argumento sostenido por la demandada consistente en que la “cuestión de género” no fue introducida en la demanda -en el caso, ante un pedido de pensión por una mujer trans en situación de vulnerabilidad-, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

11 . No debe soslayarse que la vulnerabilidad de la amparista y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos 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.

12 . Atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física del 76% requerida por la norma para acceder al beneficio de la seguridad social solicitado, 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 (del voto del Dr. Sánchez Torres).

Texto Completo:

Expte. N° FCB 38979/2019/CA2

1ª Instancia.- Córdoba, abril 12 de 2021.

La doctora 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 432/1997. 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 conmovir 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 9°, 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 de edad o imposibilitada para trabajar”.

Luego, el Decreto 432/1997, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1° 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”.

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 Partes 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° 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 Partes 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 1° a 4°).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: “...los Estados Partes 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 Partes 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 Partes 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 Partes 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”.

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”.

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 partes 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/mm<sup>3</sup>-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 período (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/mm<sup>3</sup>. 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 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. 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 estrés 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 transgénero 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 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.

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](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 21/11/2006).

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 UNC 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 autopercibida 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/Resolucion-1-20-es.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-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 perdedora (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. Así voto.

El doctor Sánchez 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 432/1997 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 (BO 04/09/2020) 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. 55/58 vta., 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 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 perdedora (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. — Abel G. Sánchez Torres. — Liliana Navarro.