

A.73.876 "L. C. E. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO. --RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPL. DE LEY--"

La Plata, 15 de junio de 2016.

AUTOS Y VISTO:

Los señores Jueces doctores Kogan, Negri, Genoud y Pettigiani dijeron:

I. El Juzgado en lo Correccional n° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, rechazó la acción de amparo interpuesta por C. E. L. con el objeto de que "...el organismo que corresponda proceda a asignar a la amparista un subsidio extraordinario y reparatorio, de manera mensual y vitalicio, equivalente al salario mínimo vital y móvil, en respuesta a la necesidad de supervivencia", ello en razón de la discriminación que alega haber padecido desde su niñez a causa de su identidad de género.

Para fundar su decisión, el magistrado de primera instancia sostuvo que la petición formulada por la señora L. se inscribe en el marco de políticas públicas inclusivas cuyo juzgamiento -en principio-, escapa a la competencia del Poder Judicial en el acotado marco inherente a la acción de amparo. Sobre esa base y ponderando, además -no obstante no considerarlo un requisito para la procedencia de la acción-, la ausencia de un reclamo previo de la prestación reclamada, concluyó que no existía en el caso acto u omisión de alguna autoridad del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires cuya ilegalidad o arbitrariedad resulte palmaria, dejando expresamente aclarado que lo resuelto era "sin perjuicio de las acciones y recursos que pudieran corresponder a la amparista en ámbitos administrativos y/o civiles..." (fs. 119, expte. jud.).

II. A su turno, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de Mar del Plata, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora por considerar que la impugnación carecía de fundamentación adecuada y suficiente en los términos del artículo 260 del C.P.C.C., quedando confirmado en consecuencia el fallo de primera instancia.

III. Contra esa decisión la señora L. interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (obrante a fs. 171/180), el que fue concedido (fs. 191/192).

IV. a. Es doctrina reiterada de este Tribunal que los recursos extraordinarios son admisibles únicamente respecto de las sentencias definitivas, es decir aquéllas que, recayendo sobre el asunto principal objeto del litigio o sobre un artículo, producen el efecto de finalizar la litis

haciendo imposible su continuación (conf. doct. causas Q. 73.183, 8-VII-2014; Q. 72.516, 5-VI-2013; A. 71.265, 24-V-2011; Ac. 95.792, 24-V-2006, entre muchas otras).

En cuanto respecta a las sentencias que se dictan en el marco de la acción de amparo, se ha dejado establecido que, para determinar si son definitivas a los fines de su impugnación por vía extraordinaria, debe estarse a las circunstancias de cada caso en particular (doct. causas A. 72.642, 17-VI-2015; Q. 73.323, 5-II-2015 y sus citas). Es decir que, en esta materia, sólo ciertas decisiones pueden resultar definitivas, no siendo posible decir lo contrario *a priori* (cfr. doct. causas A 73.663 y Q 73.686, ambas del 27-V-2015; A. 73.604, 22-IV-2015; Q. 73.494, 29-XII-2014, entre otras).

También ha sostenido el Tribunal que es principio de aplicación genérica que los pronunciamientos pueden ser definitivos cuando se demuestra que lo decidido genera un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior y que lo que interesa saber en cada caso es si al recurrente le queda -o no- una vía jurídica para solucionar su agravio (causas A. 72.642 y su citas).

b. Sobre esa base, debe considerarse en el *sub examine* que el pronunciamiento de la Alzada que dejara firme al de primera instancia, no reviste carácter definitivo en los términos del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial.

En efecto, el rechazo del amparo se fundó en que se había promovido en forma directa, persiguiendo el otorgamiento de un subsidio periódico y vitalicio –de carácter reparatorio- cuyo otorgamiento el *a quo* consideró propio de las políticas de inclusión social de la Administración y, por ende, en que en el caso no se había dictado un acto ni se había incurrido en una omisión por parte del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires cuya ilegalidad o arbitrariedad resultase manifiesta, dejando incluso expresamente a salvo “... las acciones y recursos que pudieran corresponder a la amparista en ámbitos administrativos y/o civiles...”.

Dicha circunstancia resulta demostrativa de la falta de sentencia definitiva que habilite la revisión extraordinaria de lo resuelto, en tanto es claro que nada se decidió respecto al derecho debatido -si corresponde o no el otorgamiento del subsidio y la indemnización solicitados dada la particular situación en la que aduce encontrarse la actora, como así también el eventual alcance que la prestación debería tener- y que subiste para ello la posibilidad de plantear la cuestión a través de otras vías judiciales o administrativas.

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (cfr. art. 278, C.P.C.C.).

El señor Juez doctor de Lázzari dijo:

1. Contrariamente a lo expuesto por los colegas preopinantes, considero que el recurso extraordinario interpuesto es admisible.

2. Tal como se reconoce en el voto precedente, para determinar el recaudo de definitividad de las sentencias en materia de amparo debe estarse a las circunstancias de cada caso en particular, habiéndose generado por este Tribunal la doctrina legal de los pronunciamientos equiparables o equivalentes a definitiva, cuando lo decidido genera un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, de donde lo que interesa en realidad es determinar si al recurrente le queda o no una vía jurídica apta y eficaz para solucionar su agravio (doct. causas A. 72.642, 17-VI-2015; Q. 73.323, 5-II-2015 y sus citas).

3. En esa instalación, paso a analizar los respectivos pronunciamientos de la instancia ordinaria.

A) La sentencia de primer grado concluyó en que *"tal como ha sido delimitado el objeto de amparo, no se halla reunida la exigencia de un acto u omisión por parte del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires cuya ilegalidad o arbitrariedad resulte palmaria, por lo que la demanda debe ser rechazada, sin perjuicio de las acciones y recursos que pudieran corresponder a la amparista en ámbitos administrativos y/o civiles"* (fs. 119). He puesto el acento en las eventuales "acciones y recursos" que según el fallo asistirían a la demandante porque tal es el único factor que interesa desde esta perspectiva de la admisibilidad, soslayando por ahora el tramo vinculado con la existencia o inexistencia de acto u omisión ilegal o arbitrario, pues esto último atañe a la procedencia, aspecto a esta altura ajeno. Es que la presunta existencia de vías alternativas constituye el eje fundante del voto con el cual discrepo.

B) La Cámara interviniente, de su lado, confirmó íntegramente ese rechazo. El sustento radicó en que al tiempo de materializarse los agravios, la actora omitió la específica carga de fundamentación contemplada en el art. 260 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 158/160). En función de ello decidió *"declarar desierto el recurso de apelación articulado por la amparista...(art. 260 del C.P.C.C.)"*.

4. Acudo ahora a lo que resulta de las actuaciones.

A) A fs. 51, la parte demandada ofrece su prueba, solicitando se oficie al Ministerio de Desarrollo Social requiriendo la remisión del expte. 5100-43506/2014, el que efectivamente se incorpora a partir de fs. 52. Luce a fs. 91 una constancia expedida por la Dirección de Políticas de Género provincial, del siguiente tenor: *"...es dable aclarar que esta Dirección no cuenta con ningún programa con beneficio o recurso económico alguno de la naturaleza de los requeridos en el presente expediente"*.

B) Tenemos a la vista el cabal reconocimiento, proveniente de la propia parte demandada, de que **no existe en la órbita del poder administrador y en el universo de provisiones atingentes al desarrollo social, programa o disponibilidad alguna del tenor del pretendido en el amparo.**

C) Descartado el ámbito administrativo, pasemos a considerar las "acciones y recursos" del orden "civil" que anunciara la sentencia desestimatoria. Sin perjuicio de que se trata de una mera enunciación carente de concreción alguna, debo abordar la posible concurrencia de un remedio legal distinto al amparo para la protección de los derechos que se dicen lesionados,

lo cual por vía de principio excluiría su admisibilidad. A este respecto, el instituto tiene por objeto la efectiva protección de los derechos y ha sido dotado de un anclaje constitucional (art. 43 de la Constitución Nacional, art. 20 inc. 2 Constitución de Buenos Aires). Ante las particulares circunstancias del caso, afirmo categóricamente que no hay otro medio judicial más idóneo, que razonablemente pueda abastecer con eficacia un reclamo de la naturaleza del que nos ocupa, vinculado con los derechos humanos y la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación. Y aún cuando existiera, "si los procedimientos ordinarios, reputados en abstracto adecuados para resguardar el derecho de que se trata, comportaran una remisión del todo ritual o infecunda, habrá que privilegiar la procedencia del amparo teniéndose por satisfecho el requisito de la inexistencia de los restantes carriles utilizables, porque de lo contrario ocasionaría un daño insubsanable. Para expresarlo con énfasis, el amparo también procede no obstante la existencia de otros procedimientos, si su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable, entendido éste como la imposibilidad de obtener el retorno o devolución de lo que desaparece para siempre" (Morello-Vallefin, "El amparo. Régimen procesal", Ed. Platense, 3ra. Ed., p. 32/33).

D) Las razones precedentes se sustentan plenamente, en atención a las particularísimas circunstancias del caso. El planteo ha sido formulado por una persona que aduce encontrarse en condiciones de vulnerabilidad (Reglas de Brasilia, art. 20), invocando una serie de circunstancias a tenor de las cuales habría padecido y estaría padeciendo marginación y discriminación laboral, educativa, penal, previsional, sanitaria, en razón de su identidad y expresión de género. Hace descansar su reclamo en las desventajas históricas que porta el grupo LGTB por virtud de su orientación sexual.

El marco jurídico aplicable excede ciertamente cualquier consideración de índole ritual y se instala en la órbita de los arts. 2, 6, 7 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1, 7 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo de San Salvador; Principios de Yogyakarta -sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género-, principios 2 y 12; CEDAW, Observación General N° 18 del Comité de D.E.S. y C.; Opinión Consultiva N° 18 (OC-18/03, punto 101); Fallos 333:2306; arts. 1, 3, 11 y 13 de la ley 26.743 y art. 1 de la ley 23.592. En particular, desde la óptica laboral, cabe la mención del Convenio 111 adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 42 Reunión, ratificado por la ley 17.677, conforme al cual el término "discriminación" comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, **sexo**, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (art. 1), del cual resulta que "todo miembro para el cual este convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto".

En tales condiciones, debe asegurarse a la actora el acceso a la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, en condiciones de igualdad, lo que ha sido objeto de compromisos asumidos por el Estado nacional mediante la suscripción de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. Este mandato de igualdad y no discriminación se

impone al juzgador ante la presencia de sectores de la población que requieren la adopción de medidas especiales de equiparación por su condición, orientación o identidad sexual, visualizando con particular atención esta problemática para garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria (art. 75 inc. 22 y 23 de la Const. Nac.; v. mi voto en C. 118.472, sent. del 4-XI-2015; CIDH, "Atala Riffo", p. 32, 34, 91, 92 y 93; Observación General N° 20 del Comité de D.E.S. y C.; Declaración sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género a/63/653, 22 de dic. de 2008, párr. 3, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011; Observación General N° 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, puntos 27 y 32).

5. La conclusión de cuanto se lleva dicho es que la sentencia es definitiva o equiparable a tal, con lo que el requisito de admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra presente, y que en razón de las especialísimas circunstancias del caso cabe prescindir de consideraciones puramente rituales que en definitiva conduzcan a la frustración de los derechos involucrados.

En este sentido, resulta ilustrativo lo expuesto por Andrés Gil Domínguez, en su comentario "Derecho a la no discriminación y Ley de identidad de género" (La ley, suplemento especial sobre identidad de género, Mayo 2012, pág. 30 y sigtes): "...el derecho a la no discriminación con motivo de identidad de género, encuentra en el artículo 13 de la ley de identidad de género, una norma de cierre basada en el principio pro homine cuando expresa que toda norma, reglamentación o procedimiento debe respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, como así también, que ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo" (pag. 32).

Así lo voto.

El señor Juez doctor Soria dijo:

Esta Suprema Corte ha puntualizado que en materia de amparo, ciertas decisiones pueden resultar definitivas, debiendo estarse a las circunstancias de cada caso en particular, no siendo posible decir lo contrario *a priori* (conf. doct. Ac. 73.411, 29-II-2000; Q. 72.128, 10-X-2012; Q. 72.413, 13-III-2013; Q. 73.094, 4-VI-2014; Q. 73.494, 29-XII-2014; Q. 73.686, 27-V-2015).

Analizado las características que presenta el *sub lite* desde tal perspectiva, se advierte que el fallo atacado, que rechazó la pretensión articulada con sustento en la existencia de otros remedios ordinarios idóneos, resulta equiparable a definitivo en los términos del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial, dada la naturaleza de los derechos en juego y la incidencia que sobre su tutela ha de producir la retrogradación del proceso para una nueva tramitación (arts. 14 y 18 C.N.; 15 Const. prov.).

En consecuencia, corresponde llamar autos para resolver el recurso de inaplicabilidad de ley (arts. 283 y 284, C.P.C.C.).

Por ello, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

Declarar mal concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (art. 278, C.P.C.C).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hilda Kogan

Héctor Negri

Luis Esteban Genoud

Eduardo Julio Pettigiani

Eduardo Néstor de Lázzari Daniel Fernando Soria
(en disidencia) (en disidencia)

Juan José Martiarena

Secretario

Fdo.: Ko-Ne-Ge-Pe-dLa-So

Reg. N° 449