

Voces: CONCUBINATO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DISCRIMINACION ~ HOMOSEXUALIDAD ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO ~ PENSION ~ PRESTACIONES PREVISIONALES

Tribunal: Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 2 de La Plata (JContencioso administrativo La Plata) (Nro2)

Fecha: 06/10/2011

Partes: G., S. G. c. Caja Retiros Jub y Pens. policia Bs.as.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/57369/2011

Hechos:

Un hombre promovió demanda contencioso administrativa contra la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensionados de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener la anulación de la resolución recaída en un expediente administrativo, mediante la cual el organismo previsional le denegó el beneficio de pensión solicitado por no tratarse de una pareja heterosexual. El juez de grado hizo lugar a la acción incoada.

Sumarios:

1. Si a través del matrimonio igualitario se reconoce jurídicamente el vínculo entre personas del mismo sexo, en un plano de igualdad con una pareja en matrimonio heterosexual, manteniendo la misma naturaleza, requisitos y efectos que el ordenamiento jurídico reconocía a la unión entre personas del mismo género, la distinción entre convivientes en razón del sexo para denegar un beneficio previsional configura un interpretación que luce reñida con los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación reconocidos por el ordenamiento constitucional.

Texto Completo:

1ª Instancia. — La Plata, 6 de octubre de 2011.

Y Vistos:

Estos autos caratulados "G., S. G. c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión anulatoria", causa n° 13.229, en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n° 2 de La Plata, a mi cargo, de los que:

Resulta:

1) Que el señor S. G. G., mediante apoderado, promueve demanda contencioso administrativa contra la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener la anulación de la resoluciones ns. 60.100/07 y 70.928/07, recaídas en expediente administrativo n° 2138-110730/06, mediante la cuales el organismo previsional le deniega el beneficio de pensión solicitado en su calidad de conviviente del señor H. O. C..

Relata que el causante era beneficiario de una jubilación ante la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías provincial, en base al cargo de Subcomisario y que con motivo de su fallecimiento acaecido el día 1° de febrero de 2006, se presentó ante ese organismo a los efectos de solicitar el beneficio pensionario, adjuntando la documentación requerida para acreditar los extremos legales exigidos para acceder al mismo.

Refiere que la Caja, si bien no desconoció la relación concubiniaria, resolvió denegar la solicitud aduciendo que la situación de su mandante no encuentra sustento legal y que la convivencia debe ser con visos matrimoniales.

Manifiesta que en virtud de lo resuelto, con fecha 12 de marzo de 2007 presentó un recurso de revocatoria contra la resolución de referencia a fin de que el organismo demandado la anule y dicte un nuevo acto acorde a derecho, presentación que fue rechazada por resolución n° 70.928/07, notificada con fecha 15 de junio de 2007.

Entiende que los actos impugnados resultan manifiestamente arbitrarios a la luz de lo dispuesto por el artículo 43 de la ley n° 13.236 que consagra el beneficio de pensiones para las personas de uno y otro sexo que se hubieran unido en vida marital de hecho, y no exige en forma expresa la heterogeneidad sexual a efectos de constituir una relación concubiniaria.

Relata que convivió con el causante por más de 15 años, asistiéndose mutuamente, y ostentándose recíprocamente trato familiar. Afirma que vivían como una pareja estable y que en estos términos quedan acreditados los requisitos legales que la caja se esfuerza en desconocer.

Sostiene que la norma exige convivencia en aparente matrimonio, es decir que no requiere para su conformación la heterogeneidad sexual ni la inexistencia de caracteres que impidan la celebración del instituto del matrimonio. Entiende que solo exige que el peticionante de un beneficio pensionario haya tenido con el causante una vida de pareja que lo haga merecedor de una prestación pensionaria para cubrir así el menoscabo

económico que sufre el hogar por la ausencia de uno de los trabajadores. Cita doctrina y jurisprudencia en sustento de su postura.

Sostiene que una correcta interpretación de las normas previsionales vigentes, conduce inexorablemente a encuadrar su situación en el supuesto contemplado en el artículo 43 de la ley n° 13.236, norma que a su entender consagra el beneficio pensión sin exigir heterogeneidad de sexo.

Estima que el acto administrativo emanado de la Caja afecta en forma arbitraria derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, omitiendo el cumplimiento de las prestaciones debidas en desmedro del patrimonio del damnificado, provocando un perjuicio irreparable en atención al carácter alimentario de los haberes previsionales, cuya no percepción priva al actor de los medios de subsistencia necesarios para vivir.

Solicita se dicte una medida cautelar de contenido positivo que ordene a la que la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, abonar a su mandante, los haberes pensionarios correspondientes, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Ofrece prueba documental e informativa. Funda el derecho en el artículo 43 de la ley 13.236 y conchs.; 14 bis, 16 y conchs., Const. Nac.; 3°, 11, 15, 39 inc. 3°, 56, 57 y conchs. Const. Prov.; 12, 14 inc. 1° y conchs. de la ley 12.008 y modificatorias; doctrina y jurisprudencia citada. Deja planteado el caso federal.

II) Mediante resolución interlocutoria de fecha 7 de diciembre de 2007 se deniega la medida cautelar solicitada por el actor (fs. 52/54).

III) Corrido el traslado de la demanda (fs. 60), se presenta el apoderado de Fiscalía de Estado, la contesta y solicita su rechazo (fs. 66/78).

Manifiesta que acaecido el fallecimiento del señor H. O. C., quien era beneficiario de la Caja demandada, con fecha 7 de noviembre de 2006, se presentó el actor y solicitó el beneficio de pensión aduciendo ser concubino del causante. Señala que a los fines de acreditar la relación concubinaria, adjunto al expediente administrativo algunas pruebas (recibo de haberes del causante; su propia declaración jurada sobre su domicilio; una información sumaria con el abono de dos testigos).

Continúa diciendo que con motivo del pedido de pensión, tomaron intervención en las actuaciones administrativas los organismos de asesoramiento y control, los cuales se pronunciaron en el sentido de denegar el beneficio pretendido. Aclara que la Dirección de Asuntos Jurídicos se remitió a un caso anterior ("Ferrio"), donde se había dictaminado en sentido negativo; que en igual dirección se expidió Fiscalía de Estado.

Señala que mediante la resolución N° 60.100/07, la Caja demandada denegó el beneficio pretendido, sin llegar a examinar la convivencia invocada, por no encuadrar la situación planteada por el actor, en el artículo 43 inc. b) de la ley 13.236. Acota que el recurso de revocatoria interpuesto contra el referido acto, fue desestimado mediante la resolución N° 70.928, Acta N° 1.733, del 12/6/07.

Destaca que tales resoluciones se fundamentaron en el concepto doctrinario del concubinato, en cuanto considera que éste instituto es la situación que mantienen dos persona de distinto sexo, que conviven en posesión de estado de esposos sin haber celebrado matrimonio. Argumenta, con base en el artículo 172, del Código Civil, según reforma introducida por la ley 23.515, que en nuestro país, las uniones de hecho entre personas del mismo sexo no han sido reconocidas por el legislador por lo que, en la órbita del derecho de la seguridad social el acceso al beneficio de pensión les está vedado. en los fundamentos mencionados en tales resoluciones.

Sostiene que el concubinato solamente comprende parejas heterosexuales, pues solo éstas pueden contraer matrimonio. Alega que existen diferencias sustanciales entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican un disímil tratamiento jurídico, en orden al derecho a casarse, adoptar, filiación y herencia, como así también respecto al derecho a pensión.

En esa línea de pensamiento, entiende que la Caja demandada aplicó correctamente el artículo 43 inciso b) de la ley 13.236, ya que la expresión "vida marital de hecho", sólo puede comprender –según sostiene- la unión de un hombre y una mujer, vínculo que se conoce comúnmente con el nombre de "concubinato".

Concluye que la ley previsional vigente no contempla el beneficio de pensión, con respecto al conviviente del mismo sexo del causante, y que la voluntad del legislador ha sido no crear –al menos por ahora- ningún derecho, con relación al tema en examen, y por lo tanto, no debería sustituirse su voluntad por los jueces, pues de lo contrario se vulneraría el principio constitucional de división de poderes.

Por otra parte, sostiene la ausencia de vulneración del principio constitucional de igualdad contemplado en los artículos 16 de la Constitución Nacional y 11 de la ley fundamental local, señalando que el artículo 43 de la ley n° 13.236 no se aparta en la cuestión en examen del régimen previsional general que contempla el artículo 34 del decreto ley n° 9650/80.

Expresa que el citado artículo 43 de la ley n° 13.236, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en duda por la contraparte en su demanda, no contempla en forma distinta situaciones que son iguales, así como tampoco persigue un propósito estigmatizante o persecutorio.

En subsidio plantea que ante las escasas pruebas acompañadas al expediente administrativo, el actor no logra acreditar que haya conformado una pareja con carácter estable, durante el tiempo invocado en la demanda. Argumenta que aún cuando en la sentencia, se llegara a considerar a la situación aducida por el accionante comprendida en el artículo 43 inc. b) de la ley 13.236, no se habrían acreditado los presupuestos que contempla dicha disposición, para conceder el beneficio de pensión.

Ofrece como pruebas los expedientes administrativos Ns. 2138-110.730/06, 2138-63.062/02 y 2138-115.950/08, acompañados a la presente. Deja planteado el caso constitucional provincial y federal.

IV) Que siendo las actuaciones administrativas la única prueba ofrecida por las partes, se corrió traslado a las mismas para que expongan sus alegaciones sobre los hechos y el derecho controvertidos en la causa (fs. 87). Glosados los respectivos alegatos (fs. 91/92 y 93/95) y adquiriendo firmeza el llamamiento de autos para sentencia (fs. 99/104), la causa quedó en estado de emitir pronunciamiento (art. 49, C.C.A, ley 12.008, texto según ley 13.101); y

Considerando:

1º) Que de las postulaciones y defensas esgrimidas por las partes en sus respectivos escritos, se desprende que con motivo del deceso del señor H. O. C., beneficiario de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, el actor solicita se le otorgue el beneficio de pensión, invocando a tales efectos, la calidad de conviviente del causante, en los términos del artículo 43 inc. b) de la ley 13.236.

Mediante los resolutorios ns. 60.100/07 y 70.928/07, la Caja demandada rechaza la solicitud de pensión, fundamentando que la situación del peticionante no encuadra en la legislación vigente (art. 43 de la ley n° 13.236), motivo por el cual, no examina la prueba aportada por esa parte, al expediente administrativo n° 2138-110730/06.

Así, el thema decidendum gira en torno a la interpretación que cabe asignar al referido precepto, en cuanto prevé que: "El derecho a pedir pensión móvil corresponderá desde el día inmediato posterior al fallecimiento del afiliado y se otorgará en el siguiente orden y concurrencia, con las exclusiones que expresamente se mencionan: ...b) A las personas de uno u otro sexo que se hubieran unido y mantenido vida marital de hecho con el afiliado durante un lapso de cinco (5) años, o de tres (3) años en caso de existencia de hijos fruto de esa unión, a la fecha del fallecimiento..."

Tal como se desprende de los considerandos de la resolución N° 60.100/07, la autoridad administrativa –receptando la opinión de los organismos de asesoramiento-, entiende que el término "visus maritalis", debe "...ser interpretado como una unión que parece un matrimonio pero no lo es, porque no se ha celebrado legalmente. La calidad de los cónyuges aparentes debe hacer presumir o suponer a terceros la existencia de un vínculo matrimonial entre las partes, presunción que no resulta posible cuando se trata de convivientes del mismo sexo. Nuestro Código Civil prescribe que 'es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo' (art. 172 C.C., modificado por la ley 23.515)...". En base a tales fundamentos, concluye que "...resulta improcedente acordar el beneficio previsional al señor G., toda vez que la situación del peticionante no se halla legalmente contemplada..." (v. fs. 4 de autos).

Ahora bien, con posterioridad al dictado de los actos administrativos impugnados en el sub lite, se sanciona la ley n° 26.618 (B.O. 22/7/2010), la cual introduce sustanciales modificaciones al instituto del matrimonio regulado en el Código Civil, reformas que guardan directa vinculación con la cuestión que se controvierte en autos, y por ende, resultan de insoslayable tratamiento a los fines de arbitrar una justa resolución del caso planteado.

Ello pues, los jueces deben resolver los conflictos sobre la base de las normas legales vigentes, sin obligada sujeción a las que hubieran invocado las partes en sus escritos postulatorios ya que, en tanto no se modifiquen los supuestos fácticos del caso, la determinación del régimen normativo pertinente para su solución es atribución inherente al órgano judicial (S.C.B.A., causa C. 88.599, "Chavez", sent. 3-III-2010). Los pronunciamientos judiciales deben atender a las circunstancias existentes al momento de su dictado, aunque sean sobrevinientes a la petición correspondiente (C.S.J.N., Fallos: 314:1753; 318:662, 322:2953, 323:1101, entre otros; S.C.B.A., B. 64.474, sent. de 19-III-2003; Ac. 84.073, sent. de 24-V-2006).

A mérito de ello, es dable ponderar que el artículo 172 del Código Civil, conforme a la modificación introducida por la ley 26.618, prescribe que: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo".

"El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del

mismo o de diferente sexo".

"El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

A su vez, mediante la cláusula complementaria de la ley 26.618, consagrada en el artículo 42, se dispone que: "Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo".

"Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones".

"Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo".

A partir de tal marco normativo, se modifican diversos aspectos del instituto del matrimonio civil en la República Argentina, reemplazándose los términos "hombre y mujer", por "contrayentes", e incorporándose –expresamente- una cláusula de no discriminación o restricción del ordenamiento jurídico argentino, respecto de los derechos y obligaciones del matrimonio entre dos personas de igual sexo.

Ergo, el alcance de la locución "vida marital de hecho" referida en la norma implicada en el caso (art. 43 inc. "b", ley 13.236), debe interpretarse a la luz de las modificaciones sustanciales introducidas por la ley 26.618 al instituto del matrimonio civil, armonizando tal exégesis con el ordenamiento constitucional y los Tratados Internacionales que ostentan igual jerarquía (art. 75 inc. 22, Const. Nac.).

En consecuencia, sí, a través del matrimonio "igualitario" se reconoce jurídicamente la relación o vínculo entre personas del mismo sexo, en un plano de igualdad con una pareja en matrimonio heterosexual, manteniendo la misma naturaleza, requisitos y efectos que el ordenamiento jurídico reconocía a la unión entre personas del mismo género, la distinción entre convivientes en razón del sexo –en el caso para denegar un beneficio previsional- configura una interpretación que luce reñida con los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación reconocidos por el ordenamiento constitucional (arts. 16, Const. Nac.; 11, Const. Prov.), y por numerosos Tratados Internacionales (arts. 75 inc. 22, Const. Nac.; 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° del Protocolo de San Salvador; 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

El concepto de no discriminación se encuentra calificado en el artículo 1.1. de la C.H.D.H., según el cual "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por su parte, el artículo 24 de ese instrumento internacional, prescribe que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Así, en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1.1. de la Convención A.D.H., se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base a esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que "los conceptos de igualdad y no discriminación se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación; la discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del Derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetra en el Derecho Interno cuando ya el Derecho Constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la 'igualdad ante la ley', que postulaba un tratamiento idéntico para todos en todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de 'la peor de las injusticias', y sustituirlo por el concepto moderno de la 'igualdad jurídica', entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual. En este sentido, la 'igualdad jurídica' postula un derecho a los hombres a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin discriminaciones, y la no discriminación implica esa misma igualdad jurídica desde el punto de vista del derecho a no ser tratado con desigualdad, valga decir, a no ser objeto de distinciones, deberes,

cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias. El peso de las desigualdades ha hecho que, por razones históricas, la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de "no discriminación" (Corte. H.D.H., Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, párr. 10; Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante).

Destaca el Tribunal Transnacional que, sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana, recordando que ya la Corte Europea de Derechos Humanos, definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H. R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34] (OC-4/84, párr. 56).

Por ello, concluye el Tribunal que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está en presencia de situaciones en que las distinciones puedan calificarse o no como discriminatorias, lo cierto es, que se debe partir de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano; se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso (OC-4/84, párr. 58).

A los fines de facilitar una clara diferenciación objetiva entre las discriminaciones arbitrarias, proscriptas por la Convención, y las distinciones legítimas, que pertenecen íntegramente a la competencia de cada Estado y que no son susceptibles de generar normas incompatibles ni, en su caso, conductas violatorias de los derechos humanos consagrados en la Convención, el Tribunal considera que el concepto de discriminación debe calificarse en función de tres criterios básicos: de "razonabilidad", en función de la naturaleza y fin del derecho o institución que califique; de "proporcionalidad", en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento al que ese derecho o institución pertenezca; y de "adecuación", a las circunstancias –históricas, políticas, económicas, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la sociedad en que opera (Corte I.D.H., voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, OC-4/84, 19 de enero de 1984, párr. 13).

"De acuerdo con el criterio de 'razonabilidad', una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1. de la Convención o de los similares implicados en él, sería discriminatoria y, por ende, ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refiere. La calificación de esos criterios de razonabilidad en cada caso concreto, es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles, ajustados a aquellos principios" (OC-4/84, voto separado Juez Piza Escalante, párr. 14).

"De acuerdo con el criterio de "proporcionalidad", una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo..." (OC-4/84, voto separado Juez Piza Escalante, párr. 15).

"Finalmente, -concluye el magistrado- de acuerdo con el criterio de "adecuación", una distinción, aun razonable y proporcionada con base en los razonamientos de los dos párrafos anteriores, todavía puede resultar discriminatoria e ilegítima con vista de las circunstancias relativas –históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos..." (OC-4/84, voto separado Juez Piza Escalante, párr. 16).

A la luz del principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación consagrado en los instrumentos internacionales y las pautas trazadas por el Tribunal Supranacional, a los fines de diferenciar objetivamente entre las discriminaciones arbitrarias -proscriptas por la Convención-, y las distinciones legítimas -que pertenecen a la competencia de los Estados partes-, cabe concluir que, considerando el instituto del "matrimonio igualitario" reconocido por la ley 26.618, una interpretación que excluya del beneficio pensionario a los convivientes del mismo sexo, deviene contraria a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, y por ende, carece de justificación objetiva y razonable, tornándose discriminatoria y violatoria de los derechos humanos.

Al respecto, resulta propicio enfatizar que los órganos jurisdiccionales locales, además de ejercitar el control de constitucionalidad de las normas implicadas, están llamados a ejercer el "control de convencionalidad", comparando las reglas internas –legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter- con los Tratados Internacionales, ratificados por la Argentina y la jurisprudencia de la Corte IDH, con la finalidad de compatibilizar las normas locales con las supranacionales (cfr. Hitters, Juan C., Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Influencia de los Tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los Jueces, Instituto de Estudios Judiciales, año 2009, ps. 85 y ss.).

La sentencia pronunciada por la Corte IDH, en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile, del 26 de setiembre de 2006, La Ley Online, definió, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el "control de convencionalidad", en los siguientes términos "La Corte es conciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (considerando 124).

Siguiendo tales lineamientos, la Corte Suprema de Justicia Nacional, en in re "Mazzeo" (2007) LA LEY, 2007-D, 426, deja sentado que "el poder judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana".

Así, tal exégesis viene impuesta como obligación del poder judicial, tanto por el Tribunal Supranacional como por el cimero Tribunal Federal argentino, en el marco del control de convencionalidad y constitucionalidad, cuyo ejercicio constituye un deber de todos los jueces, cualquier sea la instancia o grado en el que desempeñen su función.

2º) Si bien las precedentes consideraciones se estiman suficientes para receptor favorablemente la pretensión anulatoria articulada en el sub iudice, no puede obviarse mencionar el caso "X v. Colombia", resuelto por el Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del artículo 5º, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual ese órgano supranacional consideró que los hechos expuestos por actor ponen de manifiesto una violación por el Estado parte del artículo 26 del Pacto (Comunicación 1361/2005, dictamen de 30 de marzo de 2007).

En el referido caso el autor afirma que la negativa de los tribunales colombianos a concederle una pensión sobre la base de su orientación sexual viola sus derechos en virtud del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité de Derechos Humanos observa que el autor no fue reconocido como el compañero o compañera permanente del señor Y, a efectos de pensión, recordando "su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 26 incluye también la discriminación por orientación sexual y que en comunicaciones anteriores el Comité consideró que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales, era razonables y objetivo, como las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias. El Comité observa también que si bien no estaba abierto al autor para contraer matrimonio con su pareja del mismo sexo permanente, la Ley no hace una distinción entre parejas casadas y no casadas, sino entre parejas homosexuales y heterosexuales. El Comité considera que el Estado Parte no ha presentado ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión y entre compañeros heterosexuales no casados, a los que si se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva. El Estado Parte tampoco presentó ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar la mencionada distinción. En ese contexto, el Comité considera que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar el derecho del autor a la pensión de su compañero de la vida sobre la base de su orientación sexual".

La precedente interpretación del Comité de Derechos Humanos, efectuada con relación a un Estado Parte, cuyo ordenamiento interno no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, viene a reforzar la precedente conclusión, en cuanto a que la exclusión del beneficio de pensión a los convivientes del mismo sexo, frente a la institución del matrimonio igualitario reconocido por la ley 26.618, configura una discriminación violatoria del ordenamiento constitucional y de los instrumentos internacionales.

Finalmente, no resulta baladí recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene sentado que el derecho de pensión procura salvar el desequilibrio económico que produce la muerte de alguno de los miembros económicamente activos de la familia ("Acuerdos y Sentencias", 1968, pág. 908; doct. causas B. 48.833, sent. 23-X-1984; I. 1440, sent. 3-V-1995 y B. 58.671, sent. 8-III-2000, entre muchas otras), por lo que en la interpretación de las normas que regulan el acceso a esta clase de beneficio previsionales se requiere un máximo de prudencia en casos que su inteligencia pueda llevar a la pérdida de un derecho por parte de aquellos a quienes la leyes han querido proteger o beneficiar (B. 51.286, "Aquiliano", sent. 2-V-1992; B. 55.034, "Chávez", sent. 5-IX-1995; B. 56.664 "Sabbatini", sent. 21-VI-2000).

Tal como se ha sostenido reiteradamente, los beneficios previsionales se asimilan al derecho alimentario y tienden a la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se han manifiestos en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria y, por ello, las cuestiones que integran la materia previsional deben ser interpretadas en el marco del siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis* (C.S.J.N., Fallos:267:336; 293:304; 294:94; 307:135;311:1644; 319:2151; in re "Itzcovich c/ Anses s/ reajustes varios", sent. de 29-III-05, LA LEY, 2005-B, 646).

Invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los jueces deben actuar con extrema cautela cuando decidan cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, habida cuenta de que en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos deben ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran (Fallos 290:288; 292:367; 303:857; 306:1312).

3º) Por las razones expuestas juzgo que corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta, anulando las resoluciones ns. 60.100/07 y 70.928/07, recaídas en expediente administrativo n° 2138-110730/06, condenando a la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, a emitir un nuevo acto administrativo, ponderando a tales fines, la prueba acompañada por el actor en las referidas actuaciones administrativas (arts. 12 inc. 1º, 50 inc. 2º, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101; 43, inciso "b", ley 13.236; 172 y concs. Código Civil, modif. por la ley 26.618; 42, ley 26.618; 11, 57, 171 y concs., Const. Pcial.; 16, 75 inciso. 22 Const. Nac.; 2º y 7º, Declaración Universal de Derechos Humanos; 2º, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1.1. y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2. y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4º) Las costas se imponen en el orden causado, por no configurarse en el proceso las causales de excepción que autorizan su imposición a la vencida (art. 51, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101; S.C.B.A., causas A. 68.418, "Asenjo" y A. 68.835, "Bonanno", ambas de 15-IV-2009).

Por ello:

Fallo:

1º) Hacer lugar a la pretensión impugnatoria deducida por el señor S. G. G., anulando las resoluciones ns. 60.100/07 y 70.928/07, recaídas en expediente administrativo n° 2138-110730/06, y condenando a la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, a emitir un nuevo acto administrativo, ponderando a tales fines, la prueba acompañada por el actor en las referidas actuaciones administrativas (arts. 12 inc. 1º, 50 inc. 2º, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101; 43, inciso "b", ley 13.236; 172 y concs. Código Civil, modif. por la ley 26.618; 42, ley 26.618; 11, 57, 171 y concs., Const. Pcial.; 16, 75 inciso. 22 Const. Nac.; 2º y 7º, Declaración Universal de Derechos Humanos; 2º, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1.1. y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2. y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

2º) Imponer las costas en el orden causado (art. 51, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

3º) Regular los honorarios del letrado apoderado del actor, doctor D. I. De S., en la suma de seis mil doscientos (\$6200), cantidad a la que deberá adicionarse el 10% en concepto de aportes (arts. 12, inc. "a" y 16, ley 6716; 9º, 10, 14, 15, 16, 22, 44 y 51, decreto-ley n° 8904/77).

Regístrese y notifíquese. — Ana Cristina Logar.