

**UN NOTABLE RECONOCIMIENTO
DEL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD
DE TRATO Y A LA PROTECCIÓN CONTRA
ACTOS DISCRIMINATORIOS MOTIVADOS
EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL**

**(Reflexiones sobre el fallo Juzg. Contenc. Adm. n. 1,
La Plata, 9/3/2005, “Y., E. A. v. Caja de Prev. y Seg. Médico
Pcia. Bs. As. s/amparo”)**

JULIÁN DÍAZ BARDELLI *

I. INTRODUCCIÓN

El 9/3/2004 el magistrado a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo n. 1 de La Plata, provincia de Buenos Aires, resolvió hacer lugar a la acción de amparo promovida por quien fuera la pareja homosexual conviviente del causante, quien reclamaba se le otorgue el beneficio de pensión por fallecimiento que en sede administrativa la Caja previsional respectiva le había denegado por tratarse de una pareja homosexual.

El fallo, sin precedentes en nuestro país, marca un hito histórico en la lucha ¹ por el reconocimiento del derecho humano a la igualdad de trato y a la protección específica contra todo acto discriminatorio motivado en la orientación sexual.

* Docente en *Teoría General del Derecho*, Facultad de Derecho, UBA.

¹ La concepción del derecho como *lucha* fue acuñada ya a fines del siglo XIX por el jusfilósofo Rudolf von Ihering (ver IHERING, R. V., *Estudios jurídicos. La lucha por el derecho...*, Heliasta, Buenos Aires). Más cerca de nuestro tiempo, sostuvo Ferrajoli: “Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son frutos de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos” (FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, artículo publicado en la *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, p. 14).

Evitando aquí referir a algunas cuestiones procedimentales ventiladas en la sentencia, como la relativa al plazo de caducidad de la acción de amparo (la amplitud que este tema merece excede el marco de este comentario y merece un tratamiento separado)², me introduciré directamente en la cuestión de fondo.

Parte de la argumentación esgrimida por el juez que así resolvió consiste en afirmar que la Caja previsional provincial condenada (Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires) actuó de manera manifiestamente arbitraria al interpretar que la normativa aplicable (art. 55, ley 12.207), con la mención “en aparente patrimonio” consignada como requisito de la convivencia para dar lugar al derecho a pensión, excluía a las parejas convivientes homosexuales.

La demandada había alegado que sólo podrían revestir tal situación aquellos habilitados por nuestro ordenamiento jurídico para contraer matrimonio; vale decir, las personas de sexo opuesto (art. 172 del Código Civil).

Se arguyó, en cambio, que la fórmula en cuestión significaba extender la protección a quienes ostenten un trato mutuo similar al que existe entre cónyuges, sin que se requiera la diversidad de sexo que legalmente se exige a estos —y sólo a éstos— últimos.

Por lo demás, la interpretación pretendida por la demandada es discriminatoria y vulnera, así se sostuvo, principios y garantías de orden constitucional (incluyendo, claro, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994), como aquellos que consagran la protección integral de la persona humana sin distinguir respecto de su inclinación sexual (reservada ésta a la esfera privada del sujeto, conforme el art. 19 de la CN), pudiendo resultar incluso comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino por incumplimiento de los compromisos contraídos.

II. LAS TEORÍAS JURÍDICAS Y EL ACTO DE INTERPRETACIÓN

Es necesario desmitificar la idea, tradicionalmente aceptada, de que el estricto seguimiento de los métodos de interpretación aportados por la hermenéutica jurídica, o la elección del método interpretativo “correcto”, constituyen la salvaguarda absoluta de validez o “corrección” de la solución adoptada como la única posible³.

² Ello no quiere decir que no tengamos ya una opinión —crítica— sobre el instituto en cuestión y sobre su aplicabilidad en el caso particular.

³ Una versión “contemporánea” y renovada de esta tradición es la posición de Ronald Dworkin (*Law's Empire*, University Press, Cambridge, 1986) y su modelo “herculeano” de la “única respuesta

Tal tradición ha sido, a mi entender, exitosamente refutada por quienes, en el transcurso del siglo XX, han visto al acto interpretativo —centrándonos aquí en su faz jurisdiccional—, no ya como un acto de conocimiento o descubrimiento del derecho positivo —utilizando el método interpretativo para su logro—, sino esencialmente como un acto volitivo o de creación⁴, y también por quienes han cuestionado, con razón, la aparente “pureza” ahistórica de las distintas escuelas interpretativas, poniendo de manifiesto su intrínseca relación con los factores sociopolíticos propios de una determinada formación histórica⁵.

correcta”, aunque sustentado en un método iusnaturalista de integración de normas y principios que supone universalmente compartidos.

⁴ Resulta atinente traer aquí las palabras que el juez estadounidense Benjamín Cardozo (desde la tribuna del realismo jurídico norteamericano) destina a la función judicial: “A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, he aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación” (CARDOZO, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, Arayu, p. 136). El fragmento del texto transcrito ha sido reproducido por nuestra Corte Suprema de Justicia (causa “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, 19/9/2000, voto del Dr. Petracchi, nota 8). Hasta el propio Hans Kelsen —el más destacado exponente del positivismo jurídico de corte normativista— se ha apartado del formalismo —tan presente en su escuela jusfilosófica— en materia interpretativa: “...desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídicopositivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión... La pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’, en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, ni es una pregunta teórica jurídica, sino que es un problema político... La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, ps. 352 y ss.).

⁵ El jusfilósofo egológico argentino Carlos Cossio explica que en Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía tomó posesión del Parlamento, y sus propios diputados fueron los legisladores. Y la judicatura, en cambio, siguió durante un tiempo bajo el poder del *Ancien Régime*, razón por la cual la nueva clase triunfante corría el riesgo de ver frustradas sus reformas en dicha instancia. No ha de extrañarnos, entonces — sostiene Cossio—, que apareciera la escuela exegética, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención psicológica del legislador. En Inglaterra, por su parte, la revolución burguesa había ocurrido cien años antes que en Francia, pero sin disolver la estratificación nobiliaria de la sociedad y el gobierno. Por eso señala nuestro autor que “...tan pronto como advertimos que fueron legistas burgueses quienes actuaron como jueces del reino desde entonces y a raíz de dicha revolución, tampoco es extraño que la teoría jurídica venga a decirnos, aquí, que todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en el precedente”. Finalmente, en Alemania, la estructura feudal llegaba al siglo XIX prácticamente intacta, sin haberse producido allí la revolución burguesa. Ello explica —según Cossio— el surgimiento de la “jurisprudencia de conceptos” como modelo propio de la ciencia jurídica alemana, ya que la burguesía alemana, como poder social dominante, no teniendo precedentes judiciales, ni pudiendo contar con la intención de sus legisladores, recurrió a las universidades y a los juristas para obtener su derecho. Con ello, nace un racionalismo dogmático que invoca el espíritu del

En esta línea argumental, afirmo que el fallo comentado también ha creado derecho.

Y aunque la creación interpretativa del sentenciante exhibe la apariencia de echar raíces en la necesidad de adaptación del derecho a la realidad social (confesando la influencia del segundo Ihering⁶ en este punto), las aristas de tal discurso trascienden ese anclaje realista y se prolongan, a mi entender, en la tradición de las corrientes críticas del derecho, especialmente la corriente italiana del *uso alternativo del derecho*⁷.

Vale decir, el magistrado utiliza —con sólidos fundamentos, además— el discurso constitucional para ensayar una interpretación de la ley 12.207 y su expresión “en aparente matrimonio” que sea, en tanto coherente con ese discurso, emancipadora de los derechos de una minoría socialmente postergada —la sexual, en este caso—. Con ello, pone en jaque toda otra interpretación alternativa de dicha norma que no importe, al mismo tiempo, su invalidez constitucional⁸. En tal perspectiva, pues, considero “correcta” la solución adoptada.

pueblo y que asegura que las normas y las instituciones ya están contenidas en los conceptos jurídicos fundamentales (COSSIO, Carlos, “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”, LL 108, Sección Doctrina).

⁶ Decimos “segundo Ihering” para mostrar el cambio de pensamiento evidenciado en el autor de *El espíritu del derecho romano*, abandonando hacia el final del siglo XIX la llamada “jurisprudencia de conceptos” en favor de una posición, en buena medida, emparentada con el realismo jurídico del siglo siguiente y, en particular —con su obra *El fin en el derecho*—, de la llamada “jurisprudencia de intereses”. Para un síntesis de este cambio véase BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, ps. 133 a 138.

⁷ Esta corriente crítica, que ha tenido influencia en países como Argentina, Brasil y México, se remonta a la Italia de los años sesenta del pasado siglo y cuenta con autores tales como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis y muchos otros. Postuló una interpretación alternativa de las normas jurídicas, aprovechando y denunciando las incoherencias (antinomias), vacíos y lagunas semánticas presentes en el discurso del derecho; ello, con el manifiesto propósito de que el derecho cambie su papel legitimante y conservador del orden social establecido y se transforme en un instrumento emancipador de las clases y grupos sociales oprimidos, discriminados, desfavorecidos. Sus bases teóricas cobraron una notable influencia en los jueces de tinte progresista y sus formulaciones prácticas fueron incluidas en los programas de acción de agrupaciones judiciales tales como “Magistratura Democrática” en Italia y “Jueces para la democracia” en España (confróntese CÁRCOVA, Carlos María, “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, incluido en *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, COURTIS, Christian [comp.], ps. 25/26).

⁸ Vale aquí transcribir las palabras del propio Ferrajoli expresadas en 1992 en Madrid, durante las jornadas sobre “La crisis del derecho y sus alternativas”, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial: “Esto y no otra cosa —dicho sea incidentalmente— entendíamos hace veinte años con la expresión jurisprudencia alternativa, recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibañez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad” (dicha ponencia fue posteriormente publicada con el título “El derecho como sistema de garantías” por la *Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, p. 14).

III. EL DERECHO HUMANO A LA LIBRE ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA PROTECCIÓN CONTRA CUALQUIER ACTO DE DISCRIMINACIÓN BASADO EN DICHA ORIENTACIÓN

Pasemos ahora al discurso constitucional.

La igualdad de trato que pregona la Constitución Nacional (art. 16) y el plexo normativo internacional en materia de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1º y 2º; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2º, inc. 2º; Pacto Internacional de Derechos Políticos, art. 2º, inc. 1º, art. 4º, inc. 1º, y art. 26; entre otras) no puede menos que comprender a aquellas personas que, en ejercicio del derecho a elegir libremente su orientación sexual, deciden ser —o tener prácticas— homosexuales.

Así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos de la ONU al afirmar que la prohibición de discriminación en virtud del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye también la discriminación basada en la orientación sexual (caso “Toonen v. Australia”, Comunicación nro. 488/1992, dictamen aprobado el 4/4/1994, recordado luego en caso “Young v. Australia”, Comunicación nro. 941/2000, dictamen aprobado con fecha 18/9/2003)⁹.

Si la mención de “sexo” en el art. 26 del PIDCP incluye la inclinación sexual, resulta difícil sostener que no sucede lo mismo con la mención de esa palabra contenida en otras normas internacionales referidas a la prohibición de discriminación. Esta conclusión debe hacerse extensiva también a las normas del orden interno de cada Estado cuando, por su estructura, se hallen subordinadas a aquéllas.

La ley previsional (aunque en el caso se trataba de la provincial 12.207, la nacional 24.241 es idéntica en este tópico) ha concebido un sistema de protección que ampara a las parejas convivientes de hecho, incluyéndolas como beneficiarias de la prestación de pensión por fallecimiento (ley 12.207, art. 55; ley 24.241, art. 53).

La fórmula “en aparente matrimonio” inserta en ella como recaudo que deben satisfacer esas parejas para tener derecho a la pensión mencionada

⁹ Resultará clarificador verter aquí las propias palabras del Comité al dictaminar en el caso citado: “...El Estado parte ha pedido asesoramiento al Comité sobre la cuestión de si la inclinación sexual puede considerarse ‘otra condición social’ a los fines del art. 26. La misma cuestión podría plantearse en relación con el párrafo 1 del art. 2º del Pacto. Sin embargo, el Comité se limita a observar que, a su juicio, se debe estimar que la referencia al ‘sexo’, que figura en el párrafo 1 del art. 2º y en el art. 26, incluye la inclinación sexual” (punto 8.7 del dictamen).

ha venido motivando una interpretación unánime en los organismos previsionales y en las instancias judiciales en el sentido cuyo corolario es la exclusión de las parejas convivientes homosexuales en el acceso al beneficio ¹⁰.

En tanto la protección previsional se ha extendido a las parejas convivientes de hecho, la exclusión, dentro de éstas, de las parejas homosexuales, sin otro motivo que su orientación sexual, resulta abiertamente discriminatoria y vulnera, de tal manera, el derecho constitucional y humano a la igualdad de trato.

Así lo ha sostenido recientemente el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en el caso “Young v. Australia” (Comunicación nro. 941/2000, dictamen aprobado con fecha 18/9/2003) ¹¹.

¹⁰ No obstante, las decisiones judiciales recaídas al respecto son numéricamente escasas. A solo título enunciativo, véase: Juzg. Nac. Civ. n. 105, 29/10/1997, “C., A. N.”; Cám. Fed. Seg. Soc., sala 2ª, 27/6/2002, “Fontana, Hugo v. Anses”; C. Fed. Seg. Soc., sala 1ª, 12/3/2003, “Salgado, Enrique R. v. Administración Nacional de Seguridad Social”. Este último fallo merece particular atención por la apoyatura en el precedente “Chocobar” (Corte Sup., 27/12/1996) que expresa parte de su estructura argumental: en el reciente caso “Sánchez” (“Sánchez María del Carmen v. ANSeS s/reajustes varios”, del 17/5/2005), la Corte Suprema de Justicia de la Nación abandonó expresamente dicho precedente, arguyendo que “El argumento central en que se apoyó la sentencia ‘Chocobar’ presenta falencias de tal magnitud que hacen imposible a esta Corte mantenerlo aun cuando es perfectamente consciente que su abandono afecta la continuidad que deben tener las reglas afirmadas en los precedentes del Tribunal” (consid. 13 del voto de los Dres. Argibay y Zaffaroni).

¹¹ El caso citado llegó al conocimiento del Comité en virtud de la denuncia formulada por el Sr. Edward Young, ciudadano australiano nacido el 7/5/1935, afirmando ser víctima de una violación por Australia del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal como fue expuesto en la denuncia, el autor mantuvo una relación homosexual con el Sr. Larry Cains durante 38 años. El Sr. Cains era un antiguo combatiente al que el autor prestó cuidados durante los últimos años de su vida y murió el 20/12/1998 a los 73 años de edad. El 1º/3/1999, el autor solicitó una pensión en calidad de “persona” a cargo en tanto “miembro de la pareja” con el causante, de un veterano al amparo del art. 13 de la ley sobre los derechos de los ex combatientes (VEA). El 12/3/1999, la Comisión de Repatriación del estado australiano desechó la solicitud del autor por no considerarlo una “persona a cargo” según la definición de la ley, que excluía a las parejas homosexuales. Ello por cuanto una persona de es “miembro de un pareja” en los términos de esa ley si: “a) Está legalmente casada con otra persona y no vive por su cuenta y separada de ella con carácter permanente; o b) Reúne los siguiente requisitos: i) Vivir con otra del sexo opuesto (denominada en este párrafo compañero/a); ii) No estar casada legalmente con el/la compañero/a; iii) Haber constituido la persona y el/la compañero/a, en opinión de la Comisión (...), una relación de tipo matrimonial; iv) No haber formado la persona y su compañero/a una relación prohibida a los efectos del art. 23 B de la Ley de Matrimonio de 1961”. El organismo internacional dictaminó como sigue: “...El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado parte no presenta 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 en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva... En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte ha violado el art. 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual” (punto 10.4). Dispuso además el Comité que “el autor... tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud de una pensión sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación

IV. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO

A esta altura del relato, conviene advertir que el Estado argentino, como el australiano, es también parte en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, por ende, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU para recibir y considerar denuncias de violaciones de cualquiera de los derechos denunciados en el Pacto (art. 1º del Protocolo) a los efectos de “asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... y la aplicación de sus disposiciones” (considerando inicial del Protocolo).

Asimismo, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de rango supralegal para el Estado argentino: art. 75, inc. 22, CN), “...*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” (art. 26), siendo que “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*” (art. 27).

En el ámbito interamericano, se ha sostenido también que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado. A la par, el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado ¹².

Por ello, y volviendo a la sentencia que nos ocupa, resulta acertada y oportuna la advertencia contenida en ella, afirmando que, de mantenerse el impedimento al actor —y, por extensión, a cualquier pareja conviviente homosexual— en el acceso al beneficio de pensión por fallecimiento, resultaría comprometida la responsabilidad internacional de Estado argentino por incumplimiento de pactos y tratados de esa índole.

V. CONCLUSIÓN

Entiendo que la decisión adoptada por el magistrado sentenciante, en miras a una justicia comprometida con la plena vigencia de los derechos

sexual. El Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro” (punto 12) y le requirió al estado australiano que remita, en un plazo de 90 días, “...información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen.”

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Oc-14/94 del 9/12/1994.

humanos y las garantías constitucionales (especialmente la igualdad de trato y la protección contra actos discriminatorios motivados en la inclinación sexual), y la defensa de las clases y grupos sociales postergados, debe juzgarse acertada.

Se trata, además, de una decisión valiente: el fallo es diametralmente opuesto a todas las decisiones judiciales (numéricamente escasas) recaídas hasta el momento sobre el tópico en distintas jurisdicciones e instancias de nuestro país.

Sin perjuicio de ello, razones de orden práctico aconsejan una urgente reforma a la ley previsional (empezando por la ley nacional 24.241, sustancialmente análoga a la provincial aquí involucrada), quitando de su texto la expresión “en aparente matrimonio”.

Es que el conflicto interpretativo desatado deja, por el momento, el derecho a pensión por fallecimiento de las parejas convivientes homosexuales a merced del criterio que sostenga cada intérprete (la autoridad previsional o judicial respectiva), provocando una falta de certeza y previsibilidad que, sin lugar a dudas, afecta especialmente a las parejas convivientes homosexuales.