

# ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES HOMOSEXUALES Y CON RELACIÓN A LOS HIJOS DE UNO DE ELLOS

Autor:  
Medina, Graciela

Cita: RC D 963/2012

**Tomo: 2001 1 Alimentos.**

Revista de Derecho Privado y Comunitario

## Sumario:

I. Introducción. II. Inexistencia del deber legal alimentario. III. Obligación moral de prestarse asistencia. IV. De la posibilidad de celebrar pactos. 1. De la forma de los pactos. 2. Convenios tácitos. V. De la irrepitibilidad de lo pagado. VI. Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción. VII. De los gastos de última enfermedad. 1. Prueba de los gastos por última enfermedad. VIII. Derecho Comparado. 1. Ley de Navarra. 2. Ley de Cataluña. 3. Ley de Aragón. 4. La Ley de PAC. 5. La ley de Nueva Escocia. IX. Jurisprudencia. 1. "M. vs. H." X. Obligación alimentaria con los hijos del ex conviviente. 1. Inexistencia del deber legal. 2. Obligación moral. XI. Jurisprudencia. XII. Conclusiones.

## ALIMENTOS ENTRE CONVIVIENTES HOMOSEXUALES Y CON RELACIÓN A LOS HIJOS DE UNO DE ELLOS

### I. Introducción

En el presente nos proponemos abordar los problemas que los alimentos plantean a los miembros de la pareja homosexual, durante la vigencia de la unión y luego de su disolución. Además trataremos los problemas específicos que se le presentan, cuando la pareja se disuelve por muerte, al sobreviviente que pretende repetir de los herederos lo pagado en concepto de gastos de última enfermedad. La primera cuestión a dilucidar es si los convivientes están obligados a prestarse alimentos durante la convivencia. En realidad este interrogante, si bien debe ser respondido, no presenta mayores problemas jurídicos, porque no existen reclamos alimentarios entre los convivientes durante la unión, ya que si los miembros de una pareja deben recurrir a los tribunales para reclamarse lo necesario para la subsistencia, las bases de la pareja necesariamente estarán disueltas y la convivencia finalizada. Por lo tanto si bien las legislaciones y la doctrina que se ocupan del tema se empeñan en determinar si existe obligación alimentaria entre convivientes durante la vigencia de la unión, esta cuestión difícilmente dé lugar a demandas o a pretensiones judiciales. Su determinación, sin embargo, tiene importancia para dar respuesta a otras cuestiones, entre ellas a la posibilidad de repetir lo pagado en concepto de alimentos; ya que si afirmamos que existe una obligación de prestarse alimentos éstos serán irrepitibles, mientras que si son pagados sin causa ellos podrían ser repetidos, y si son donaciones pueden ser revocadas por ingratitud. Por otra parte la cuestión se puede presentar a la disolución de la unión por muerte frente a los herederos del conviviente, porque si entendemos que lo dado en concepto de alimentos es una donación, ella podría ser motivo de la acción de reducción si excede los límites de la libre disposición. Además corresponde determinar si lo abonado por gastos de última enfermedad puede ser reclamado a los sucesores del conviviente. La otra cuestión es si a la disolución de la unión convivencial los miembros de la pareja se deben alimentos; para dar respuesta a esta pregunta se debe estar a las previsiones legislativas o contractuales entre las partes.

### II. Inexistencia del deber legal alimentario

En nuestro Derecho positivo no existe ningún deber legal de prestarse alimentos entre convivientes homosexuales, ya que el deber alimentario está establecido para los cónyuges y para algunos parientes; el conviviente, si bien puede ser considerado como familia, no es pariente, ni tampoco se le puede aplicar por analogía la obligación alimentaria establecida para los cónyuges [\[1\]](#). El artículo 377 del Código Civil enumera

---

expresamente los sujetos que se encuentran recíprocamente obligados a prestarse alimentos y sólo se refiere a los ascendientes, descendientes, hermanos y medio hermanos. Fuera de los vínculos de sangre únicamente las relaciones que tienen como causa el matrimonio (cónyuges y parientes afines en primer grado) generan una obligación de alimentos, quedando fuera de ellos aquellas relaciones que surgen de la convivencia. La enumeración que hace el Código de los sujetos obligados a prestarse alimentos es taxativa, porque como toda obligación legal sus obligados no se presumen, y fuera de los expresamente obligados no hay deber legal de alimentos. Por ello podemos concluir afirmando que entre los convivientes homosexuales no existe obligación legal de alimentos, sin perjuicio de que ellos están obligados moralmente a prestárselos.

### III. Obligación moral de prestarse asistencia

Creemos que existe un deber moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión homosexual y que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica; "estimamos que la convivencia conlleva un deber de conciencia y un deber social de atender el sustento del conviviente" [2]. Bossert afirma con relación al concubinato heterosexual la existencia de una obligación natural de alimentos y señala que la familia aparente asentada sobre un vínculo concubinario presenta en su interior una estructura real en la que resulta necesaria la solidaridad biológica y ética; presenta en suma un permanente devenir interior que lo asemeja al contenido real de la pareja de cónyuges [3]. La jurisprudencia italiana ha aceptado explícitamente la obligación moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión de hecho heterosexual que consideramos aplicable al caso de las uniones homosexuales. El caso resuelto fue el siguiente: se trataba de una mujer separada de su marido por culpa de ella y que se encontraba viviendo en concubinato con otro hombre que pretendía reclamar alimentos a su marido. En este caso la Casación italiana resolvió que existía una obligación natural de alimentos y de asistencia recíproca entre los unidos de hecho [4]. En cualquier supuesto, parece razonable admitir que en el transcurso de una convivencia extramatrimonial -similar a la que desarrollan los cónyuges-, lo normal es que cada uno de los convivientes procure el bienestar y la asistencia material necesaria al otro, pues la relación afectiva que los ha llevado a iniciar una vida en común con proyecto de futuro comporta el cumplimiento voluntario de este deber de atención mutuo. Podría decirse que durante la convivencia existe entre la pareja una obligación natural de alimentos [5].

### IV. De la posibilidad de celebrar pactos

Los alimentos pueden ser de fuente convencional, legal o judicial; como vimos, no existe ninguna obligación legal de prestarse obligación alimentaria, pero nada impide que pueda surgir un deber convencional de alimentos que tenga su origen en un pacto expreso o tácito. Los pactos alimentarios son uno de los puntos que pueden abarcar los convenios patrimoniales entre convivientes. Estos contratos son fuente de obligaciones que surgen de la autonomía privada de la voluntad y sus límites son los normales para todo tipo de acuerdo; ello implica que no pueden ser contrarios a la moral y buenas costumbres. En principio no es contrario a la moral reconocer en un pacto que una de las partes se encuentra obligada a prestar alimentos a otra durante la convivencia y luego de su disolución, salvo que sea el precio del comercio sexual, el que por ser inmoral teñiría de inmoralidad al acto. En doctrina se señala que los acuerdos pactados "serán exigibles jurídicamente siempre y cuando no tengan una causa ilícita, circunstancia que se producirá, bien cuando una de sus prestaciones consista en meros servicios sexuales, bien cuando su contenido derive del incumplimiento de otras obligaciones legales familiares previamente adquiridas por uno de los contratados. En cualquier caso son los tribunales quienes decidirán si dichos convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria" [6]. Este tipo de pactos establecidos contractualmente son válidos siempre que se respeten una serie de límites: por un lado, estas convenciones no pueden ser contrarias a las buenas costumbres ni al orden público. Asimismo, se considera inadmisibles que se pacten cláusulas que limiten la libertad personal de los convivientes o afecten a derechos indisponibles, como sería el caso en que una de las partes queda obligada a utilizar métodos anticonceptivos o que se le obligue a tener descendencia utilizando fecundación asistida. Fuera de estos supuestos, se admite la validez de las cláusulas netamente patrimoniales, aunque muestra sus dudas sobre la validez de una cláusula en la que se establezca una obligación vitalicia de alimentos, ya que puede pensarse que tal deber está condicionado al mantenimiento de las relaciones sexuales [7].

#### 1. De la forma de los pactos

---

En el Derecho argentino, al no existir ninguna previsión legislativa sobre los pactos entre convivientes, éstos pueden ser celebrados en la forma que las partes decidan. Rige para ellos el principio general de libertad de formas. La cuestión de la forma tiene gran importancia en los países donde se regulan las relaciones homosexuales; en ellos las previsiones legislativas son variadas: algunas leyes requieren que el pacto sea hecho por escritura pública, otros admiten que sea realizado por instrumento público o privado, otros tantos exigen la registración, y algunos la presentación en el ámbito judicial. El Derecho Privado argentino sólo por excepción regula alguna forma en particular para la validez de determinado acto jurídico. En el caso de los convenios entre convivientes no lo hace y se aplica la regla general de que los actos jurídicos en Derecho Privado pueden efectuarse mediante cualquier forma. Este principio, conocido como de libertad de formas, resulta del artículo 974 que expresa: "Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes". De acuerdo a lo antes expuesto, los pactos de alimento pueden ser celebrados en forma verbal o escrita y en forma expresa o tácita. El problema de la forma verbal y de la declaración tácita radica en la prueba de la manifestación de la voluntad, ya que un acuerdo verbal será de muy difícil comprobación.

## **2. Convenios tácitos**

El artículo 918 del Código Civil establece: "La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria". La cuestión radica en determinar si se puede alegar un pacto tácito como generador de obligación de alimentos entre los convivientes y si de la mera convivencia surge inequívocamente la recíproca obligación de ayudarse y socorrerse mutuamente. Aparece como evidente que uno de los elementos para la existencia de la unión de hecho es el auxilio mutuo. "Con este planteamiento, la mera convivencia implicaría siempre la existencia de un pacto tácito por el que la pareja quede vinculada a socorrerse recíprocamente mientras dure la misma. El argumento, en principio perfectamente lógico, a nuestro juicio puede ser cuestionado por la posibilidad de que existan parejas que no tengan voluntad alguna de procurarse un mutuo mantenimiento y mucho menos de obligarse a ello, sino que por el contrario cada uno de ellos atiende su propio sostenimiento. A estas parejas o bien no se las considera integrantes de una unión de hecho, si se cree que no hay una comunidad de vida (cosa que no creemos se pueda hacer a priori, sino caso por caso, analizando la relación en su totalidad), o bien, si se les considera como tal, se les está implícitamente obligando a que declaren expresamente que su voluntad no es la de obligarse a asumir su recíproco mantenimiento, pues a falta de esa declaración, la simple convivencia implicaría un acuerdo tácito generador de la obligación. En tal supuesto se estaría atribuyendo a la relación de convivencia unos efectos similares a los de la relación conyugal, con la diferencia respecto de esta última que surgen de pacto en vez de la ley, y de que cabe la posibilidad de renunciar a tales efectos, no así a los que derivan del estatuto matrimonial. Efectos que no parecen procedentes en este tipo de unión a menos que los convivientes previamente los acuerden. Además, la verdadera intención de la pareja de obligarse recíprocamente tendría escasa relevancia, puesto que de la mera convivencia y salvo declaración en contrario, se deduciría una voluntad que probablemente no siempre sería real" [8]. Contrariamente a lo sostenido por Martínez Rodríguez, creemos que de la mera convivencia surge la obligación alimentaria mientras ésta dure. Ello porque, en definitiva, toda obligación alimentaria tiene un fundamento ético; es, según señala López del Carril, "una obligación natural de contenido moral derivada de un status -comunidad espiritual y material integrante del deber de asistencia- que es de la naturaleza y esencia del vínculo familiar o parentesco, o sea una obligación de ética subjetiva, que se convierte en una de ética intersubjetiva, reside en la solidaridad biológica, social y ética que fundamenta la familia, y obedece al mantenimiento del sentimiento familiar" [9]. Lo que ocurre es que ese convenio tácito de auxilio mutuo que vincula a las partes durante la convivencia no revela que ellas hayan pactado que a la disolución alguno de los miembros debe prestar al otro asistencia alguna. Por otra parte el deber moral de auxilio, que es un presupuesto de la unión convivencial, pierde sustrato al momento de la disolución, ya que la obligación moral entre las partes se diluye.

## **V. De la irrepetibilidad de lo pagado**

Lo pagado en concepto de alimentos constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales, las que en verdad no son estrictamente vínculos jurídicos obligacionales por carecer el acreedor de un derecho de crédito, según explican acertadamente Pizarro y Vallespinos [10]. Lo importante de encuadrar esta cuestión

---

dentro de lo que en nuestro Código se denomina obligaciones naturales es establecer la irrepitibilidad de lo pagado. Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlo, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente: un deber moral o de conciencia, o un deber social. En definitiva, lo que se ha pagado en cumplimiento de la obligación moral de prestar asistencia a la persona con la cual se convive surge de lo expuesto en los artículos 791, inciso 5°, y 516 del Código Civil. El término pagado al que alude el 516 debe ser entendido en la amplitud a que alude la nota; ello así, entendemos que comprende no sólo la dación o entrega de cualquier cosa sino también la ejecución de un hecho o la fianza de una obligación, la suscripción de un documento, etcétera. De lo expuesto surge que aun cuando entre convivientes no exista deber alimentario legal, si se ha establecido una fianza el tercero puede exigir al compañero el cumplimiento de la misma.

## **VI. Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción**

Explica Bossert, siguiendo a León, que el cumplimiento voluntario de una obligación natural es un pago, y no una donación, por ello no tienen aplicación las normas referidas a la inoficiosidad de las donaciones, por lo tanto no se puede pedir la reducción de lo abonado aunque afecte la legítima de los herederos (arts. 1830 a 1832, Cód. Civ.) [11]. Lo antedicho resulta muy importante porque en concepto de alimentos pueden los convivientes gastar grandes sumas de dinero, sobre todo para hacer frente a las necesidades que surgen de las enfermedades. Así puede ocurrir que alguna de las partes de la pareja entregue importantes inmuebles para suplir las necesidades alimentarias del otro. Estas entregas de bienes al conviviente no pueden ser consideradas una donación y por lo tanto no da derecho a que los herederos forzosos intenten la acción de reducción.

## **VII. De los gastos de última enfermedad**

Los herederos están obligados a pagar, a quien los hiciere, los gastos de última enfermedad. Desde la óptica de la obligación natural lo pagado en concepto de gastos de enfermedad por uno de los miembros de la pareja a favor del otro no le da derecho para reclamar el reintegro de la suma desembolsada [12]. En doctrina Bossert [13], Guastavino [14] y García de Ghigliano [15] consideran que los gastos de última enfermedad del concubino pueden ser repetidos por su pareja. Enseña Guastavino que la irrepitibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil. Existen razones de equidad que justifiquen este razonamiento, porque en verdad quienes se encuentran jurídicamente obligados a prestar alimentos -y en ellos se comprende los gastos de última enfermedad- son los parientes, quienes a la vez se ven beneficiados con la herencia. Aparece como inequitativo que al concubino que nada hereda no se le devuelva lo que pagó para atender la necesidad de su conviviente cuando esta necesidad debió ser cubierta por los herederos. La minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "si quien paga los gastos de última enfermedad es el concubino de la enferma, se subroga en los derechos del acreedor desinteresado, pues la obligación cancelada no es propia sino de su compañera enferma. En tal situación, el concubino actúa como un tercero que cancela una deuda ajena, por mérito del respectivo pago sustituye al acreedor desinteresado en la relación de éste con el deudor, sin que interese si el abono fue hecho en su propio nombre o a nombre de la concubina convaleciente" (del voto en disidencia del Dr. Vázquez; la mayoría consideró inadmisibles los recursos). Entendemos que aun cuando se considere que es una obligación natural del concubino asistir económicamente a su pareja en su última enfermedad, la irrepitibilidad de lo abonado en concepto de gastos de esa naturaleza se daría sólo respecto del enfermo en beneficio del cual se efectuaron, pero no en relación a los herederos, a quienes no alcanzan las razones de conciencia que dan lugar al cumplimiento de tal obligación, y respecto de los cuales el concubino es acreedor de una obligación civil a cuya titularidad llegó en virtud del pago con subrogación efectuado [16].

### **1. Prueba de los gastos por última enfermedad**

En nuestro país se registra un precedente jurisprudencial en un caso de concubinato, relativo a la forma de la prueba de los gastos de última enfermedad que creemos necesario recordar porque sus argumentos pueden ser aplicados a las parejas homosexuales. La Cámara Civil y Comercial de Santa Fe (sala II, 3-12-62) [17] resolvió que: "La presunción derivada de la posesión de los recibos que acreditan pagos correspondientes a la última enfermedad y sepelio del causante, en el sentido de que su poseedor los ha pagado con fondos propios, pierde

---

vigencia si quien los exhibe vivió en concubinato con el causante; no obsta a tal conclusión la solvencia del pretense pagador pues su solvencia no contribuye a consolidar la pretensión desvirtuada en principio por el concubinato, sino en el supuesto de que, además, se hubiese demostrado la impotencia patrimonial del deudor". El tribunal dejó sentado que si bien el concubino puede reclamar los gastos hechos en concepto de última enfermedad y funerarios, debe probarlos certeramente; que la presunción que crea la posesión de los recibos correspondientes a los gastos de última enfermedad cae cuando ese tercero ha sido el concubino del causante ya que el hecho de la convivencia hace fácilmente explicable que dichos recibos estén en su poder, por ello en estos casos deberán considerarse otros medios de prueba, y cuestiones tales como posición económica del muerto y del concubino superviviente. Probada la insolvencia económica del causante, en un caso resuelto en Rosario [18] se juzgó que la presunción emergente de la posesión de los recibos debía mantenerse aunque el instrumento de pago no estuviese extendido a nombre del poseedor, y sin que fuera suficiente para destruir esa presunción la convivencia del poseedor con la persona obligada. Por el contrario, de haberse acreditado la solvencia del causante el tribunal hubiera debido decidir el caso en sentido adverso a las pretensiones del demandante. Pensamos que la íntima relación existente entre los convivientes homosexuales posibilita el manejo de los fondos de uno por el otro y el otorgamiento de los recibos en forma indistinta, explicando al mismo tiempo la tenencia de los instrumentos de pago. Pero también creemos que quien es poseedor de recibos emitidos a su nombre cuenta con una prueba a su favor de que fue él quien realizó el pago; en tal caso serán los herederos quienes deberán demostrar la inexactitud del recibo o el abuso del derecho de la pretensión del reclamante. En tales circunstancias resulta necesario analizar la capacidad económica de los concubinos y el movimiento de sus patrimonios en el período de los pagos para decidir si razonablemente los gastos fueron o pudieron ser efectuados con dinero del causante o del reclamante. En síntesis: la convivencia homosexual por sí sola no desvirtúa la presunción emanada de la posesión de los recibos respecto a los fondos invertidos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición.

## **VIII. Derecho Comparado**

### **1. Ley de Navarra**

La legislación de Navarra, aprobada el 22 de junio de 2000, establece que los miembros de la pareja pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales mediante documentos públicos o privados y que si no lo hicieren los miembros de la pareja estable están obligados durante la vigencia de la pareja al mantenimiento mutuo mediante la aportación económica o trabajo personal. Por otra parte, expresamente se prevé en el artículo 4.4: "Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros podrá reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos: "a) Si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos; "b) si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo, le impidiera la realización de actividades laborales o la dificultara seriamente". Rescatamos de esta legislación que: i) Reconoce la posibilidad de pactar lo relativo a alimentos; ii) a falta de pacto establece el deber de asistencia durante la convivencia; iii) en caso de ruptura limita la prestación alimentaria al supuesto de que el conviviente estuviera limitado en su posibilidad de obtenerlos y que su minusvalía guardara relación de causalidad adecuada con la convivencia.

### **2. Ley de Cataluña**

La legislación de Cataluña de 1998 prevé que los convivientes homosexuales puedan convenir en forma verbal o a través de documento público o privado las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, entre ellas las obligaciones alimentarias. Salvo pacto en contrario, ambos miembros de la pareja han de contribuir en proporción a sus ingresos, y si éstos no son suficientes en proporción a su patrimonio, con los gastos originados en concepto de alimentos en sentido amplio. El artículo 26 de la Ley de Parejas de Cataluña expresamente prevé: "Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado". Para el supuesto de disolución de la unión en vida de los convivientes el artículo 31 establece: "Cualquiera de los dos miembros de la pareja podrá reclamar al otro la pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente su sustento, en caso de que la convivencia haya minado la capacidad del solicitante de obtener ingresos". De este ordenamiento ponemos de relieve que, al igual que el de

---

Navarra: i) Reconoce la posibilidad de pactar lo relativo a alimentos; ii) a falta de pacto establece el deber de asistencia durante la convivencia; iii) en caso de ruptura limita la prestación alimentaria al supuesto de que el conviviente estuviera limitado en su posibilidad de obtenerlos y que su minusvalía guardara relación de causalidad adecuada con la convivencia; iv) establece que los convivientes se deben alimentos con preferencia a cualquier otro obligado.

### **3. Ley de Aragón**

La ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas, al igual que la de Navarra y la de Cataluña, prevé la posibilidad de que los derechos y obligaciones personales y patrimoniales puedan regularse mediante convenio, pero es más estricta que las ya citadas en cuanto a la forma, ya que sólo permite que se establezca por escritura pública (art. 5). Si los convivientes no pactan se encuentran obligados a prestarse lo necesario para su mantenimiento, incluyendo el derecho de alimentos, atenciones médico-sanitarias y vivienda en proporción a sus ingresos respectivos, y si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios. El artículo 13 expresamente dispone: "Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas".

### **4. La ley de PAC**

La ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999 que reformó el Código Civil francés admitiendo el PAC establece en el artículo 515-4 del Código galo que las partes quedan obligadas solidariamente hacia tercero por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida corriente, que incluye lógicamente todo lo que comprende el deber alimentario en sentido amplio. Concretamente el artículo 515-4 dice: "Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad deben aportarse ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. "Los socios responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda común". Las partes del pacto civil de solidaridad se aportan -dice el artículo 515-4- ayuda mutua y material, según las modalidades fijadas por el pacto. Según interpretación del Consejo Constitucional, esta regla es inderogable, y de ella resulta implícita pero necesariamente que, si la libre voluntad de las partes puede expresarse en la determinación de las modalidades de esa ayuda, es nula toda cláusula que desconozca su carácter obligatorio; por otra parte, en caso de silencio corresponde al juez definir sus modalidades en función de la situación respectiva de las partes [\[19\]](#).

### **5. La ley de Nueva Escocia**

La ley 75, que entrará en vigor el 4 de junio de 2001, surgió para cumplir con ciertas decisiones judiciales, para modernizar y reformar las leyes del Estado de Nueva Escocia. Esta ley introduce modificaciones en varias leyes, equiparando las parejas homosexuales que registran su unión a los matrimonios. La ley 75 enmienda la Ley de Manutención Familiar incorporando la definición de "pareja doméstica", la que se aplica independientemente del sexo de la pareja. Para que sea aplicable la Ley de Manutención Familiar se necesita que los miembros hayan cohabitado por más de tres años. En dicha normativa también se modifica la definición de "esposos", al dejar en claro que sólo son esposos un hombre y una mujer que contraen matrimonio.

## **IX. Jurisprudencia**

### **1. "M. vs. H." [\[20\]](#)**

La decisión más importante de Canadá que abordó los derechos y obligaciones de las parejas homosexuales fue "M. vs. H" [\[21\]](#). En este precedente la Corte Suprema de Canadá debió resolver sobre el reclamo de una mujer lesbiana: ella solicitaba la contribución de su ex pareja lesbiana para su sustento, subsumiendo su reclamo bajo la Parte III de la Ley de Familia de Ontario. Los tribunales inferiores habían entendido que la normativa invocada no le era aplicable, ya que la definición de esposo que contenía la mencionada ley no podía extenderse a los convivientes homosexuales. M., entonces, decidió atacar a la norma por inconstitucional. La Corte concluyó que la Ley de Familia discriminaba sobre la base de la orientación sexual al excluir a los convivientes homosexuales.

---

Sostuvo que los propósitos de esa ley eran:

- 1) Resolver de manera equitativa las disputas económicas que suelen surgir cuando una relación afectiva llega a su fin, y
- 2) aliviar la carga pública, haciendo que uno de los miembros de la pareja soporte la obligación alimentaria, en vez de que lo haga el Estado.

Debido a que la Sección IV de la Ley de Familia -sección que regula los contratos domésticos- tampoco cubría la situación de las parejas homosexuales, la Corte señaló que sería un despropósito incluir a los convivientes homosexuales en la Parte III, sin enmendar la IV. De allí que decidiera suspender la aplicación de la ley, dándole al gobierno de Ontario un plazo de seis meses para enmendar la legislación. El gobierno de Ontario respondió promulgando una enmienda que en vez de expandir la definición de la noción de "esposo" agregó una nueva categoría, a saber, la de "compañero del mismo sexo" [22]. Se ha sostenido, a partir de un nuevo caso judicial, que se cuestionará la constitucionalidad de esa distinción.

## **X. Obligación alimentaria con los hijos del ex conviviente**

Resulta frecuente que las parejas homosexuales convivan con el hijo biológico o adoptivo de uno de sus miembros. En estos casos la cuestión radica en determinar si existe una obligación de prestar alimentos al descendiente del compañero homosexual durante la vigencia de la unión y luego de su disolución.

### **1. Inexistencia del deber legal**

En el Derecho argentino no existe obligación legal de prestar alimento al hijo del conviviente homosexual, ni durante la vigencia de la unión ni tampoco luego de su disolución, porque la obligación alimentaria es legalmente obligatoria para los padres y para los parientes; como la pareja de hecho estable del progenitor del menor no es jurídicamente pariente del menor, ni cónyuge de su ascendiente, no está jurídicamente obligado. No obstante no existir obligación legal, nada impide que contractualmente las partes se obliguen a hacerlo; de este modo los interesados pueden establecer un deber de mantenimiento que es eficaz al amparo de la autonomía de la voluntad y no puede ser considerado como contrario a la moral, ni al orden público. Estos pactos pueden limitarse a la duración de la convivencia o extenderse a toda la minoridad, aun habiendo cesado la convivencia.

### **2. Obligación moral**

Si bien no existe una obligación legal de prestar alimento, sí existe un deber moral de hacerlo, pero éste no genera un derecho exigible, ni posibilita el ejercicio de ninguna acción con tal finalidad [23].

## **XI. Jurisprudencia**

Una mujer homosexual concibió un hijo por inseminación artificial con espermatozoides del hermano de su compañera lesbiana. Después de la ruptura de la relación, quien no era la madre reclamó el derecho de visitas del menor señalando que ella había apoyado intensamente a la madre durante el embarazo y el parto que ocurrió el 15 de abril de 1994. Durante un año y medio la demandante había educado y cuidado al niño y se había consagrado a él con dedicación y paciencia. En razón del nexo afectivo con el menor y teniendo en cuenta su parentesco colateral, solicitó el derecho de visita del niño poniendo de relieve que tanto ella como el niño sufrían gravemente la falta de contacto y que el pequeño la llamaba "mamá A..." La demandada reconvino solicitando el pago de una pensión alimentaria mensual indexada de 5.000 francos. Durante el curso del proceso la actora depositó en pago una cuota mensual de 1.500 francos. El Tribunal de la Juventud de Courtrai resolvió que si bien es cierto que los dos padres deben contribuir a los gastos de educación y entretenimiento de sus hijos de acuerdo al nivel de sus recursos, en el caso la actora, reconvvenida, no estaba legalmente obligada a hacerlo, pero que habiendo voluntariamente asumido esta obligación, el Poder Judicial la debía reconocer como una obligación alimentaria contractual, y en tal sentido condenó a la ex pareja al pago de una pensión mensual de 1.500 francos indexada [24]. Por otra parte el tribunal reconoció el derecho de visitas y condenó a la madre biológica a permitir que su ex compañera homosexual viera a su hija dos fines de semana al mes fundado en el artículo 375 bis del Código Civil que expresamente dispone: quien justifique un nexo afectivo particular con el menor, tiene derecho de visitas.

---

## XII. Conclusiones

1) Existe un deber moral de prestarse asistencia y alimentos entre los miembros de una unión homosexual que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica. 2) Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlos, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente; un deber moral o de conciencia, o un deber social. 3) Lo pagado en concepto de alimentos entre miembros de una pareja gay constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales y es irrepetible. 4) Los gastos de última enfermedad sufragados por el sobreviviente de una pareja homosexual pueden ser reclamados a los herederos ya que la irrepetibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil. 5) La convivencia homosexual por sí sola no desvirtúa la presunción de que quien posee los recibos haya realizado los pagos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición. 6) Se encuentran legitimados los miembros de una unión homosexual para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos cuando el fallecido sostenía al sobreviviente o contribuía económicamente con él. 7) Los convivientes pueden obligarse contractualmente a prestarse alimentos entre sí y a sus descendientes durante la vigencia de la convivencia o en el caso de su disolución. Estos convenios son válidos salvo que supongan el pago o la contraprestación de las relaciones sexuales.

- [1] Gustavo Bossert (Régimen jurídico del concubinato, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 127) sostiene que en el concubinato no puede aplicarse analógicamente la obligación que en tal sentido pesa sobre los cónyuges, ya que ella es exclusiva del estatuto matrimonial; tampoco puede invocarse la obligación alimentaria recíproca que existe entre parientes, pues el concubinato no crea esa clase de vínculo.
- [2] GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 304.
- [3] BOSSERT, Gustavo, Régimen jurídico del concubinato, 3<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, ps. 133 y ss.
- [4] Citado por GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 304.
- [5] MESA MARRERO, Carolina, Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 144.
- [6] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, ¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?, en Uniones de hecho, Edicions de la Universitat de Lleida, Zaragoza, España, 1998, p. 345.
- [7] MESA MARRERO, ob. cit., p. 145.
- [8] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., ps. 350 y ss.
- [9] LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, Unidad y pluralidad sucesoria. El Derecho de Familia. La obligación alimentaria, 2<sup>a</sup> ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 70.
- [10] PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 218.
- [11] BOSSERT, Régimen jurídico del concubinato cit., 1982, p. 132.
- [12] SALERNO, Marcelo Urbano, Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino, en L. L. del 2-6-97.
- [13] BOSSERT, ob. cit., p. 133.
- [14] GUASTAVINO, Elías, Gastos de última enfermedad y funerarios: recibos en poder del concubino, en J. A. 1965-II-454.



- 
- [15] GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, Unión de hecho, en Enciclopedia de Derecho de Familia, dir. por Lagomarsino-Salerno, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, p. 849.
- [16] CSJN, 17-9-96, "B., E. O. c/R., M. L.", L. L. del 2-6-97, con nota a fallo de SALERNO, Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino cit.
- [17] J. A. 1965-II-453.
- [18] Sala 2 º Civ. y Com. de Rosario, 13-6-47, Repertorio Santa Fe, t. 16, p. 53; Rep. L. L., t. X (1948), p. 774, Nº 9.
- [19] BELLUSCIO, Augusto, El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el Derecho francés, en L. L. del 2-6-2000, ps. 1 y ss.
- [20] "M. vs. H." (1999), 2 S. C. R. 3, 46 R. F. L. (4th) 32.
- [21] HOLLAND, Winfred, Intimate relationships in the new millenium: the assimilation of marriage and cohabitation?, en Canadian Journal of Family Law, Nº 114, 2000.
- [22] Ídem nota anterior.
- [23] La jurisprudencia francesa ha admitido la existencia de un deber moral de pagar alimentos del padre de hecho (LELEU, Yves-Henri, Le droit aux relations personnelles et l'entretien de l'enfant á l'épreuve de la rupture d'un couple homosexuel, en Revue Trimestrelle de Droit Familial, 4-1998, p. 698).
- [24] Trib. Jeun. Courtrai, 18-3-97, Revue Trimestrelle de Droit Familial, 4-1998, con nota de LELEU, Yves-Henri, Chargé de Cours a l'Université de Liège, p. 686.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.