

LAS UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES FRENTE AL DERECHO ARGENTINO

Autor:
Medina, Graciela

Cita: RC D 2529/2012

Tomo: 2001 4 Doctrina (Uniones entre personas del mismo sexo).

Revista de Derecho Comparado

Sumario:

I. Introducción. II. La seguridad social. A) La asistencia sanitaria. B) La Ley de Obras Sociales 23.660. C) Fallo del Juzgado Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza del año 1998. D) La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo vulnera el derecho a la salud. E) El no otorgamiento de la obra social a las parejas de igual sexo es contrario al pluralismo. F) El trato familiar, exigido por la ley para ser beneficiario de la obra social, no es exclusivo de las relaciones heterosexuales. III. Régimen de pensiones y jubilaciones. A) La Ley de Pensiones y Jubilaciones. B) Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 105 del año 1997. IV. La locación. A) Las leyes de prórrogas. B) Las soluciones jurisprudenciales. C) La Ley de Locaciones Urbanas. D) La continuidad de la locación por el conviviente homosexual. E) Abandono de la locación. F) Cesión o sublocación prohibida. G) Uso inmoral del inmueble locado. H) Uso abusivo del inmueble arrendado. V. La adopción. Diferentes supuestos. A) Adopción conjunta. B) Adopción simple del hijo del compañero homosexual. C) Adopción de un homosexual solo. VI. El Derecho Sucesorio. A) Sucesión ab intestato. B) Sucesión testamentaria. C) El carácter adúltero de la relación. D) Nulidad por ser el pago de las relaciones homosexuales. E) Legado de alimentos. F) Imposibilidad para actuar como escribano o como testigo en los testamentos. G) ¿Resulta conveniente reformar la legislación vigente para otorgar derechos ab intestato al conviviente paramatrimonial? VII. Conclusión.

LAS UNIONES DE HECHO HOMOSEXUALES FRENTE AL DERECHO ARGENTINO

I. Introducción

Hasta hace no mucho tiempo y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, la situación de las uniones de hecho homosexuales no estaba legislada. Las soluciones a los problemas que se planteaban en el ámbito de la convivencia, y/o ante la ruptura, de la unión debían resolverse en el plano judicial. En la actualidad, varios son los países que han reconocido efectos a la unión, equiparándola en algunos casos a los matrimonios, en otros al concubinato, con la consiguiente extensión de derechos respectivos. En la Argentina no existe legislación que equipare a las uniones de hecho homosexuales con los matrimonios o con el concubinato. Sin embargo, la existencia en nuestro país de uniones de hecho homosexuales nos obliga a estudiar qué tipo de respuestas da el Derecho argentino a esta realidad. En nuestro estudio abordaremos fundamentalmente las soluciones del Derecho argentino en materia de: (i) Seguridad social; (ii) jubilaciones y pensiones; (iii) locaciones; (iv) adopción, y (v) Derecho Sucesorio, recurriendo en todos los casos a los precedentes jurisprudenciales y a la legislación vigente.

II. La seguridad social

En el plano de la seguridad social se formularon las primeras pretensiones, y también es en este plano donde los requerimientos son más urgentes por estar relacionados con las necesidades básicas del ser humano. Cabe recordar que el Derecho de la Seguridad Social fue el primero que reconoció el derecho de la concubina en el plano legislativo, cuando esa unión era considerada inmoral y los hijos eran sancionados por la falta de sus padres. Destacamos este antecedente del concubinato heterosexual porque las parejas homosexuales también van a plantear sus primeras pretensiones en el plano de la seguridad social. En esta sección, entonces, nuestro

objetivo se limita a determinar cuál es la posición del Derecho argentino en torno a la pareja estable homosexual y su relación con la seguridad social. El problema radica en establecer en qué medida la existencia de una pareja homosexual influye frente a la seguridad social. Como la seguridad social abarca diferentes aspectos, creemos imprescindible analizar por separado cada uno de ellos.

A) La asistencia sanitaria

Las prestaciones de salud de que goza un trabajador se extienden a su pareja heterosexual legítima y de hecho, en casi todas las legislaciones del mundo. La cuestión radica en determinar si el compañero homosexual goza de igual protección sanitaria, y si el negársela atenta contra los derechos humanos y concretamente contra el derecho a la salud.

B) La Ley de Obras Sociales 23.660

La Ley de Obras Sociales 23.660 establece en su artículo 9° que quedan incluidos en calidad de beneficiarios: a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los 21 años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de la actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de 21 años y hasta los 25 inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular, que cursen estudios regulares, oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de 21 años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido otorgada judicial o administrativamente que reúnan los requisitos establecidos en este inciso. b) Las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación. Advertimos que la ley no hace alusión alguna a la pareja homosexual en concreto sino a las personas que convivan con el afiliado y reciban trato familiar. A continuación analizaremos cómo han reaccionado los tribunales ante los planteos de miembros de parejas homosexuales que pretenden tener la misma cobertura que su compañero de igual sexo.

C) Fallo del Juzgado Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza del año 1998

a) Hechos

Un hombre que mantiene con otro una relación homosexual estable solicita que se certifique su condición de concubino para obtener, a través de tal declaración, los beneficios que le acuerda la Obra Social del Ministerio de Economía, en el cual presta funciones el otro implicado en la relación. La señora jueza tuvo por acreditada la calidad de convivientes de los solicitantes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar.

b) Fundamentos del fallo

La magistrada señaló que los caracteres que deben reunirse para que se reconozca la existencia de un concubinato son: a) La cohabitación entendida como comunidad de vida y de lecho; b) la notoriedad; c) la singularidad, y d) la permanencia. - La convivencia entre ambos presentantes ha quedado extensamente probada en la causa, no sólo por la prueba instrumental acompañada que incluye un contrato de locación que los califica a ambos como locatarios, sino también por los dichos coincidentes de todos los testigos arrimados a la causa. - La notoriedad puede tenerse por probada claramente, ya que todos los testigos reunidos en la causa han manifestado que los peticionantes son conocidos por sus amigos y vecinos como una pareja. - La señora madre del señor AA aporta un elemento especialmente significativo en este aspecto, ya que sostiene que la unión sexual de su hijo y su compañero es manifiesta en el seno familiar de ambos y que son reconocidos y aceptados como tales por ambas familias. Los testigos de fojas 34 y 41 vuelta indican además que los señores AA y CC participan como pareja de los eventos sociales, casamientos y fiestas realizados por sus compañeros de trabajo y amigos. - En cuanto a la singularidad, los testigos presentados por esta circunstancia han coincidido en afirmar que la unión es estable y única y que ambos son fieles el uno al otro sin que ninguno de los declarantes haya conocido otras relaciones de los peticionantes. - En cuanto al elemento relativo a la

permanencia, en principio parecería necesario que la unión pretenda estabilidad en el tiempo o tenga vocación de durabilidad tal que impida calificarla como momentánea o accidental. Ello ha sido probado con el contrato de alquiler agregado a la causa, lo cual demuestra que ambos planificaron cohabitar en forma duradera. Además, según relata el señor CC, la decisión de vivir en común implicó también la necesidad del traslado del domicilio de uno de ellos, ya que el señor AA vivía en Mendoza, pero el señor CC residía en Buenos Aires, por lo que ambos decidieron el traslado de este último a Mendoza, a fin de efectivizar su proyecto de vida en común. - Existe una convención generalizada en los ámbitos académicos y jurisprudenciales en cuanto a señalar con la palabra "concubinato" a la unión sexual estable de un hombre y una mujer, pero de suyo no podría implicar negar que puedan darse uniones de las mismas características entre personas del mismo sexo, del mismo modo en que la evolución de las costumbres llevó a admitir que el concepto jurídico de concubinato se extendiera aun a quienes se unían pese a existir entre ellos impedimentos matrimoniales. - La regla del artículo 9º, inciso b, de la Ley 23.660 de Obras Sociales establece dos condiciones de aplicación que deben verificarse para que se logre la calidad de beneficiario indirecto de la obra social: a) la convivencia con el afiliado titular; b) el ostensible trato familiar. - La convivencia ha quedado extensamente probada en la causa, resta probar si ha quedado acreditado el ostensible trato familiar. - Las definiciones de lo que sea una familia, basadas sólo en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole -razón por la cual sería imposible aplicar el concepto de familia a las uniones de hecho homosexuales-, dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares con falta de objetividad. - La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de efectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida que soluciona en forma directa la vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de estas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno. - La señora madre del señor AA, en relación al trato que ambos se daban, afirmó: "llevan una vida familiar, comparten el departamento, comparten una cama matrimonial, comparten gastos porque los dos trabajan, se ocupan de los cuidados mutuos y de distribuirse las tareas del hogar a fin de mantener la organización y funcionamiento de la casa..." Señala la testigo además que cuando ella viaja a Mendoza a visitar a su hijo reside en el hogar familiar de éste y del señor CC, otorgándole este último a ella un trato familiar de tal calidad, por ser muy cariñoso y atento, que lo considera uno de sus mejores hijos. Declara la testigo que las familias de ambos se conocen entre sí y se consideran y otorgan entre todos trato familiar, visitándose los padres de cada uno de sus hijos y su compañero, y los hermanos de cada uno con sus cónyuges y compañeros. Incluso afirma que sus nietos tienen un especial afecto por CC por sus manifestaciones de cariño. - Los testigos corroboran la unión afectiva y asistencial de ambos, y las referencias concretas efectuadas por la testigo anterior. - Los propios interesados han relatado cómo distribuyen entre ellos las tareas del hogar, sus proyectos y previsiones para el futuro de ambos, su asistencia mutua para proteger su salud, enfermedades y dificultades cotidianas. - En el caso no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los peticionantes de autos, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a los compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que, como ha quedado dicho, la Ley de Obras Sociales no ha pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con clara abstracción de la existencia de éstos. Una distinción de este tipo en el aspecto relativo al derecho a obtener una prestación de seguridad social constituiría meramente una discriminación basada directamente en el sexo y ni siquiera en el discutido concepto de la tendencia sexual. - La ley 23.660 sólo requiere convivencia con trato familiar, no con estado de familia, lo que revela una clara referencia a la conducta efectivamente desarrollada por los interesados y no a sus emplazamientos en determinadas posiciones socialmente atribuidas a través de los mecanismos previstos por el Derecho.

c) Opinión del doctor Jorge Adolfo Mazzinghi [\[1\]](#)

La crítica que efectúa Mazzinghi al fallo que estamos tratando se centraliza en dos puntos fundamentales. En primer lugar considera borrosa la norma del artículo 9º de la Ley 23.660 de Obras Sociales, que determina a quiénes se extienden los beneficios que tales entidades procuran. En segundo término, tacha de disolvente la interpretación que de la norma realiza la jueza en el fallo en cuestión. Con respecto a la primera de las críticas, centra su ataque en el 2º inciso del mencionado artículo 9º, en virtud del cual se permite alcanzar el beneficio de

la obra social a otras personas fuera de las que constituyen el grupo familiar primario, detenidamente explicado en el inciso 1°, siendo poco claro y permitiendo alcanzar este beneficio a quienes "convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación". Esta norma, según criterio de Mazzinghi, tiende a extender los beneficios que provienen del matrimonio a quienes viven en concubinato, sin reparar en el carácter moral de los vínculos que dan sustento jurídico y legitimidad social a tales hechos, equiparando matrimonio y concubinato. Con respecto a la interpretación que de la norma realiza la magistrada, sus críticas apuntan fundamentalmente a que conforme a la idea que de concubinato tiene la doctrina clásica (concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina, y concubina: manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido), no cabe duda alguna de que la condición heterosexual es imprescindible para que se hable de concubinato. Según Mazzinghi, si se compartiera el criterio de la jueza, con respecto a que puede darse entre personas homosexuales una relación de concubinato con iguales características que las de las parejas heterosexuales, podría llegar a considerarse concubinato cualquier acoplamiento ocasional, la relación de una prostituta con el proxeneta que la explota, e incluso las relaciones bestiales que relata la mitología. En cuanto al análisis que realiza la magistrada de las dos exigencias del artículo 9° de la ley 23.660 para reconocer a un tercero los beneficios sociales, a saber: a) convivencia con el titular, y b) ostensible trato familiar, entiende Mazzinghi, con respecto al primer ítem, que se ha dejado de lado la vergüenza para alcanzar un beneficio económico. Pero sus críticas se tornan aún más intensas a la hora de desentrañar el concepto que de "familia" introduce la magistrada. Considera este autor que, a criterio de la sentenciante, identificar la familia como la unión de varón y mujer destinada a tener hijos y educarlos es una visión parcial que deja afuera importantes aspectos. Siguiendo la definición que de familia se introduce en el fallo en cuestión, sostiene el autor -a modo de ejemplo, entre otros tantos- que podría considerarse familia a los miembros de una barra brava que acompaña al equipo de su preferencia, donde no falta la convivencia en un inquilinato, la solidaridad para depredar ni los lazos emocionales de un triunfo deportivo. Considera Mazzinghi que la juzgadora no ha hecho más que intentar demostrar con dislates irrefutables una idea que se había tejido en su mente mucho antes de tratar de justificarla. Así también, entiende que resulta caótico intentar sostener que la unión de dos homosexuales pueda actualizar el concepto de familia, por cuanto ello significa negar la existencia de la misma. Mazzinghi entiende las relaciones homosexuales como aberrantes, contrarias a la naturaleza y, por lo tanto, a la moral, alejadas del fin de la sexualidad que es la conservación de la especie. Siendo inaceptable -a su modo de ver- que la justicia las ampare como si se tratara de un vínculo aceptable en función del bien común.

d) Opinión de los doctores Adriana Wagmaister y Jorge Beckerman [\[2\]](#)

A modo de introducción en el análisis del fallo en cuestión, los autores destacan que el hombre de Derecho se encuentra inevitablemente, entre las relaciones que debe regular, frente a la unión homosexual, y en consecuencia puede considerar los siguientes caminos: 1) La unión homosexual no merece ser considerada para su regulación. 2) La unión homosexual es una realidad que se articula con otros hechos contemplados por el Derecho, generando efectos que requieren de una regulación jurídica. Estos autores entienden que no debe negarse en términos absolutos la posibilidad de considerar reconocer efectos jurídicos a las uniones homosexuales. Y en base a ello expresan que al seguir el segundo camino se comprueba la existencia de las diferentes actitudes: a) Se pretende asimilar esas parejas al matrimonio; b) se las involucra en un mismo agregado con otro tipo de convivencias y se las regula; c) cada caso concreto recibe una evaluación de los hechos y una solución acorde al caso particular. En el fallo que estamos analizando entienden que se ha aprovechado una oportunidad para dar una opinión doctrinaria sobre un tema polémico, ya que la pareja conviviente es homosexual. Por cuanto -manifiestan- la jueza pudo haber resuelto que el planteo de los peticionantes, no era correcto en orden a que "a los fines de otorgar al conviviente los beneficios de la obra social" lo necesario es acreditar la convivencia y el ostensible trato familiar, y no la existencia de un concubinato. Critican el fallo en cuanto a su forma más que a su contenido. Consideran que la opinión que en él se vierte no es el producto de una construcción, sino que se pone de manifiesto como una toma de posición a priori, cuya justificación se elabora a posteriori. Destacando que el modo de razonar para fundar su sentencia debió ser otro. En lugar de tomar una decisión y buscar su justificación, debió construir su conclusión para que fuera un aporte a la resolución de otros casos. Estiman que las líneas de pensamiento no se unen en este fallo y que esa falta de vinculación es lo que permite a la jueza preguntarse: ¿Podría justificarse razonablemente alguna conclusión que descalificara sus relaciones como de ostensible trato familiar por el solo hecho de ser convivientes del mismo sexo? Plantearse esto -sostienen Beckerman y Wagmaister- es reconocer la existencia de un juicio previo provocado por la condición homosexual de los peticionantes. Es decir que se ha planteado un juicio de valor

sobre la pareja homosexual de antemano, aceptándola. Afirman que si el desarrollo del fallo se hubiera ceñido a las cuestiones de convivencia y trato familiar, sin calificar la relación de concubinaria, se hubiera llegado al mismo resultado, dando por cumplidos los extremos exigidos por la norma antes citada. La denegatoria de la aplicación de la Ley de Obras Sociales a las parejas estables de igual sexo importa una discriminación injustificada por razón de la preferencia sexual. Partimos de la base de que no toda diferenciación importa discriminación, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del más alto tribunal de nuestro país, y que para que la diferenciación sea discriminatoria debe ser arbitraria [3]. Desde esta perspectiva cabe determinar si existe alguna razonabilidad para no aplicar las normas sobre obras sociales a las parejas homosexuales y sí aplicarlas a las uniones extramatrimoniales heterosexuales. Creemos que no existe ninguna razón que justifique la desigualdad de tratamiento, ya que ambas parejas tienen iguales requerimientos y derecho a la salud y poseen las mismas características en orden a la estabilidad, publicidad, apoyo mutuo y solidaridad; sólo son diferentes en cuanto no pueden casarse y no pueden tener hijos comunes de la unión. Las diferencias de ambos tipos de uniones justifican un trato diferente en los derechos a casarse, a la adopción y al acceso a las técnicas de fecundación asistida, pero de ninguna manera estas desigualdades justifican soluciones distintas con relación a las normas relativas a la salud. Cabe recordar que el derecho a la orientación sexual es reconocido en nuestro país por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 11, por la ordenanza 6321 de la ciudad de Rosario y por la ley 3055 de la Provincia de Río Negro [4], al tiempo que existe una tendencia universal a incluirlo en las Cartas de derechos humanos, Constituciones y legislaciones infraconstitucionales. No desconocemos que el legislador está habilitado para distinguir, por razones libradas a la discreción legislativa, distintas circunstancias en orden a la seguridad social, pero esta distinción no puede ser arbitraria ni hostilizante contra personas o clases de personas [5]. La única razón por la cual se le niega los beneficios de la obra social al conviviente homosexual y se le otorga al concubino heterosexual es por la preferencia sexual heteróloga de los segundos; esta razón es claramente arbitraria y, por ende, inconstitucional. Estamos convencidos de que el legislador puede fijar tratamientos dispares para situaciones diferentes, pero consideramos que la norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable, y no se encuentra basada en un interés constitucionalmente relevante y proporcionado respecto de su finalidad. La norma que establece que el sistema de las obras sociales se aplica sólo a las parejas heterosexuales, y no a la homosexual, carece de su justificación objetiva y razonable y el distinto tratamiento no aparece proporcionado con respecto a la finalidad asistencial que contempla la Ley de Obras Sociales 23.660. Es que las diferencias entre uniones homosexuales y heterosexuales justifican diferentes tratamientos cuando las primeras no pueden cumplir los fines sociales que las segundas sí pueden hacer, por ejemplo la continuación de la especie humana, pero en relación con las necesidades básicas de salud de los miembros de una y otra unión las diferencias entre las distintas convivencias por razón de su orientación sexual no justifican un tratamiento distinto. Así como el impedir el derecho a casarse de los homosexuales tiene una finalidad y un fundamento que restan arbitrariedad a la diferenciación, el establecer políticas disímiles frente al régimen de obras sociales no tiene ninguna finalidad que justifique la desigualdad de tratamiento y, por lo tanto, deviene en arbitrario.

D) La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo vulnera el derecho a la salud

El derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas Constituciones y Códigos Civiles. A título de ejemplo, en orden a las leyes infraconstitucionales, cabe mencionar en nuestro país la ley tucumana 6952 del 4 de mayo de 1999. Un sector de la doctrina francesa ha señalado que el no considerar beneficiario de los sistemas de salud a los convivientes no vulnera el derecho al acceso a la salud ya que se pueden contratar sistemas de seguros de salud privados y se puede recurrir a la medicina gratuita brindada por el Estado. Consideramos que tal razonamiento no es absolutamente exacto, porque al trabajador asalariado que debe aportar obligatoriamente a una obra social le resulta imposible o al menos muy dificultoso económicamente contratar en forma independiente otro seguro médico para su pareja. Ello, en definitiva, impide el acceso a la salud del conviviente homosexual. Tampoco es cierto que se pueda acceder con total libertad al sistema de salud gratuito hospitalario, porque éste está reservado para las personas sin recursos, y si el compañero homosexual tiene los recursos de su conviviente, en verdad no cumple con los requisitos como para acceder al sistema gratuito de salud. En definitiva, no incluir en calidad de beneficiario a la pareja del mismo sexo vulnera su derecho de acceso a la salud y contradice los fines de la Ley de Obras Sociales 23.660.

E) El no otorgamiento de la obra social a las parejas de igual sexo es contrario al pluralismo

En una sociedad democrática y pluralista el poder público tiene el deber de respetar y tolerar a las minorías, entre las cuales se encuentra la minoría homosexual. En virtud de ese deber de respeto debe reconocer la existencia de relaciones de convivencia basadas en distintas preferencias sexuales, ya que nuestro sistema constitucional descansa en la tolerancia y en el derecho a la privacidad de las acciones humanas que no afecten la moral y las buenas costumbres. En un verdadero sistema pluralista no basta con declarar que existe el derecho a la libre orientación sexual, sino que se requiere que aquel que libremente ha elegido un compañero de su mismo sexo para compartir la vida pueda beneficiarlo con su obra social. Sostener lo contrario es no aceptar el pluralismo, sino admitir un modelo único de organización de la vida en pareja y, en definitiva, implica dejar vacío de contenido el derecho a la libre orientación sexual. Es que a la pareja homosexual no le basta con la tolerancia y la no persecución penal, requiere de medidas positivas mínimas para que la unión homosexual se emplace en condiciones aptas para subsistir en la sociedad contemporánea dentro de una organización social en la cual el acceso a la salud del trabajador en relación de dependencia se hace a través de las obras sociales.

F) El trato familiar, exigido por la ley para ser beneficiario de la obra social, no es exclusivo de las relaciones heterosexuales

La Ley de Obras Sociales extiende el beneficio de la obra social a quien conviva con el afiliado y reciba del mismo ostensible trato familiar. La cuestión reside en determinar qué se debe entender por trato familiar, y concretamente decidir si los convivientes se brindan entre sí trato familiar. Estamos absolutamente convencidos de que los convivientes homosexuales se brindan entre sí trato familiar, y de que el legislador argentino no exige ni vínculo de familia, ni estado de familia para extender los beneficios de la obra social a quienes conviven. El trato familiar sin vínculos de familia ni relación de parentesco no es ajeno a nuestro Derecho positivo; así, Vélez Sársfield se refirió a la familia en el artículo 2953 relativo al derecho de uso y habitación diciendo: "...La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos". Transcribimos el artículo 2953 para demostrar que desde el siglo XIX se ha considerado el trato familiar en forma amplia, no circunscripto a las relaciones que nazcan del matrimonio y del parentesco. Indiscutiblemente en la época de la sanción del Código Civil se consideraba que recibían trato familiar los entenados, los criados, los ahijados y los allegados a la familia que se educaban en el concepto doméstico. Ello respondía a la realidad social de la época, y la legislación, a los efectos del uso y de la habitación, reconocía el trato que los integrantes del núcleo doméstico se brindaban entre sí. Hoy la realidad nos demuestra que existe la pareja homosexual estable y que ésta mantiene una organización de vida que en nada se diferencia en cuanto a organización interna a las uniones estables heterosexuales, salvo que no pueden engendrar hijos en común ni constituyen la célula social ideal para la crianza de la prole. Estas dos imposibilidades no le restan al trato que se brindan entre sí los miembros de la unión las características de familiar, que es en definitiva el requisito requerido por la ley para ser considerado beneficiario de la obra social. Examinadas las relaciones internas y externas entre los miembros de la unión, como lo hiciera la jueza de Mendoza en el precedente extensamente comentado, advertimos que el trato que se brindan sus integrantes es de familiaridad. Y éste es el requisito que la ley exige para otorgar al conviviente los beneficios de la obra social. Para la ley las uniones homosexuales no pueden resultar invisibles, y los jueces no pueden negarse a reconocer que los miembros de una unión de hecho homosexual se brindan un trato familiar que no es el de dos amigos ni el de dos compañeros, ni, como dice Mazzinghi, el de dos barrabravas de fútbol. El trato que caracteriza a la unión de hecho homosexual es el de la asistencia mutua, ello es lo que la hace diferente a otras relaciones humanas con contenido sexual, y justamente porque lo que buscan los miembros de la pareja es la asistencia mutua es que procuran otorgarse asistencia sanitaria, circunstancia ésta que no debe ser obstaculizada desde el ámbito jurídico con interpretaciones negatorias de la realidad, como lo es el considerar que no existe trato familiar entre los miembros de la unión homosexual. En el fondo existen ciertas falsas ideas que llevan a negar derechos básicos a los homosexuales. Erradamente se piensa que el reconocimiento de las relaciones gays o lesbianas va a producir que algunas personas cambien su conducta heterosexual a una homosexual. Es absurdo sostener o imaginar que la protección a las uniones homosexuales va a inducir a alguien a reorientar su sexualidad, ya que no es la legislación la que define la orientación sexual de la gente. Otra idea equivocada que subyace en la sociedad y lleva muchas veces a negar derechos a las parejas de las uniones homosexuales es considerar que los

homosexuales son propensos a la corrupción de menores. Muchas veces se confunde homosexualidad con pedofilia o se identifica a los homosexuales con las personas que son propensas a la pedofilia. Este concepto es totalmente errado, porque la explotación, el acoso y la violación de los niños y de los jóvenes no es patrimonio de los homosexuales; por el contrario, algunos estudios indican que quienes perpetran más actos de abuso con los niños son los hombres heterosexuales y que sus víctimas son predominantemente femeninas [6]. En definitiva, las relaciones internas y externas de los miembros de la unión homosexual reflejan trato familiar, que es elemento requerido por la ley para otorgarle a éstos los beneficios de la obra social.

III. Régimen de pensiones y jubilaciones

El problema radica en determinar si en el Derecho argentino los beneficios de la pensión pueden y deben ser extendidos al compañero homosexual. Es decir, si la solidaridad patrimonial que se brindan los miembros de la unión de hecho entre sí debe perpetuarse después de la muerte de uno de ellos, mediante el otorgamiento del derecho a pensión. La cuestión en las sociedades modernas es brindar seguridad a los que vivan de su trabajo y a su familia para el caso de muerte. El trabajador no distingue su seguridad de la de su familia y no puede sentirse seguro si no tiene la garantía de que su familia estará al abrigo de la necesidad en el caso de que él fallezca. El fundamento en la actualidad del derecho de pensión radica en resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador, aunque éste no fuera el único sostén de la familia. Se busca resarcir propios perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido [7].

A) La Ley de Pensiones y Jubilaciones

La ley 24.241, modificada por la ley 24.463, crea un régimen integrado de jubilaciones y pensiones para todo el país, que tiene por objeto cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte. Esta ley establece en su artículo 53 que gozan del derecho a pensión en el supuesto de fallecimiento del jubilado la conviviente o conviviente siempre que el causante fuera soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando exista descendencia reconocida de ambos convivientes. El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiera sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación judicial, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales. Una primera lectura de la ley nos permitiría afirmar que el conviviente homosexual goza del derecho a pensión ya que los requisitos exigidos por la ley son la convivencia y su duración temporal. Sin embargo, el artículo 1° del decreto reglamentario 1290/94 impide considerar comprendido dentro de los beneficiarios del derecho a pensión al conviviente homosexual, porque al caracterizar "la convivencia" exige que sea pública y en aparente matrimonio. En este sentido se ha dicho que la sola exigencia de aparente matrimonio excluye la unión estable de homosexuales, ya que la heterosexualidad es uno de los principales rasgos del matrimonio [8].

B) Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 105 del año 1997

a) Hechos

En el año 1997 se presenta A. N. C. en una información sumaria a fin de acreditar la convivencia homosexual con el fallecido C. O. E. con el propósito de tramitar el beneficio de pensión. De la prueba testimonial surge que ambos vivían como pareja en el mismo departamento.

b) La sentencia

El juez de primera instancia consideró que el beneficio previsional que se pretendía obtener valiéndose de una información sumaria sólo podía otorgarse en caso de concubinato heterosexual, y que la convivencia que se pretendió acreditar mediante testigos no podía entenderse como un concubinato por tratarse los convivientes de personas del mismo sexo. Concretamente se dijo: "Conforme al espíritu que inspira las instituciones del Derecho

de Familia reguladas en el Código Civil, el concubinato entre dos personas del mismo sexo no se halla admitido en nuestro Derecho positivo y por ende sólo cabe aceptarlo como relación sexual entre un hombre y una mujer. En consecuencia, el beneficio previsional, que se pretende ejercer, valiéndose de una información sumaria, que convalide tal situación, sólo podría darse en caso de concubinato heterosexual" [9].

c) Nuestra opinión

Por nuestra parte consideramos que corresponde ampliar el beneficio de pensión a los convivientes homosexuales; creemos que no se puede olvidar lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...que la interpretación de las leyes de previsión social requiere una máxima prudencia, ya que la inteligencia que se les asigne puede llevar a la pérdida de un derecho o a un retaceo" (Fallos: 302:404). No desconocemos que se debe hacer un análisis económico antes de adoptar una decisión de esta naturaleza, y que los jueces y los legisladores no pueden desentenderse de las consecuencias económicas que pueden tener las diversas soluciones que se adopten. Tampoco podemos dejar de advertir la paupérrima situación de las cajas de jubilaciones en nuestro país. No obstante lo cual mantenemos la necesidad de la cobertura por las siguientes consideraciones: a) No se trata de una pensión graciable ni de un beneficio previsional gratuito, sino que, por el contrario, un trabajador ha realizado en forma obligatoria durante toda su vida útil el aporte necesario para obtenerlo. b) Otorgar la pensión no significa otra cosa que "mantener la situación asistencial de la que venía gozando y dar reparación al interés afectado por el riesgo previsional" [10]. La ayuda solidaria que los convivientes se prestan entre sí justifica que el Estado extienda su régimen previsional a quienes se la brindan. Este argumento fue el desarrollado por el Consejo Constitucional francés al aceptar el PACS, quien puso de relevancia que no era contrario que quienes se obligan a prestarse ayuda mutua deban gozar de beneficios económicos justamente por la solidaridad con que se auxilian.

IV. La locación

Uno de los problemas que aqueja a todos los países del mundo por igual es la carencia de vivienda propia por un significativo porcentaje de la población. Esta situación produce que la vida familiar se lleve a cabo en viviendas locadas. Puede ocurrir que la unión homosexual finalice por muerte o por decisión de las partes, en ambos casos el problema reside en determinar qué ocurre con el convenio de locación cuando quien muere o quien abandona la vivienda es el locatario y qué acontece en iguales supuestos cuando los dos convivientes son locatarios en forma conjunta. En este último caso la pregunta concreta es si quien hace abandono del hogar se encuentra obligado por el pago del canon de locación. Otra cuestión a resolver es si puede considerarse que hay un uso abusivo del inmueble porque en él cohabite una pareja homosexual, o si los propietarios pueden negarse a alquilar sus bienes porque éstos tengan como destino ser la vivienda de una pareja homosexual. Para dar respuesta a estos interrogantes analizaremos la situación en el Derecho argentino.

A) Las leyes de prórrogas

Durante la vigencia de las leyes de prórrogas de locaciones urbanas, la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron por extender la continuación de la locación a la concubina heterosexual.

B) Las soluciones jurisprudenciales

Cabe recordar que el 29 de junio de 1954 la Cámara Nacional de Paz, en pleno, luego de un gran debate, decidió que: "en el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 8° de la ley 13.581, prorrogada por la ley 14.139 -y hoy por la ley 14.288-, está comprendido quien ha vivido habitualmente con el locatario, recibiendo trato familiar, sin estar ligado al mismo por vínculo de parentesco" [11]. A partir del plenario de la Capital, que incluyó dentro de la excepción de "trato de familiar" la relación concubinaria, la jurisprudencia de todo el país fue pacífica en tal aspecto y las sucesivas leyes de locaciones continuaron extendiendo las prórrogas de las locaciones a quienes convivieran recibiendo trato familiar del locatario.

C) La Ley de Locaciones Urbanas

En la actualidad, el artículo 9° de la Ley de Locaciones Urbanas dispone: "En caso de abandono de la locación o

fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar". Cuando la ley alude a "trato familiar" se refiere a la realidad social del grupo conviviente, y no distingue entre vínculos legítimos e ilegítimos con relación a los intereses del núcleo, lo cual permite afirmar que la ley toma en cuenta un elemento objetivo: la vida en familia [\[12\]](#). Díaz de Guijarro señala que la objetividad se presenta como un estado de apariencia, y ésta es en sí misma un valor jurídico que las leyes toman de la realidad, y a la que atribuyen, en ciertas circunstancias, importancia fundamental. Cuando debe interpretarse una ley de locaciones es imprescindible considerar esa apariencia, pues, de lo contrario, se quebraría el propósito de la ley: resolver la crisis que provoca la falta de vivienda. Y si se dejara de lado la apariencia en el estado de familia, se crearía un problema insoluble respecto de las personas que convivieron aparentemente con vínculo familiar. De esta manera la jurisprudencia abrió el cauce para la inclusión de la concubina en el beneficio, ya que mediaba la apariencia de un vínculo familiar como es el conyugal [\[13\]](#).

D) La continuidad de la locación por el conviviente homosexual

La solución que es clara con respecto al concubinato heterosexual no lo es tanto con respecto a la unión homosexual, ya que es discutida la analogía entre el concubinato y la unión de personas del mismo sexo; además, también es opinable si el concepto de familia se aplica a la pareja homosexual. Por nuestra parte pensamos que el beneficio para continuar con el contrato de locación a la muerte del locador alcanza indiscutiblemente a los miembros de las uniones homosexuales cuando éstos cohabitaban en el inmueble en forma ostensible y notoria, es decir, cuando la unión tuviere los requisitos de comunidad de vida, notoriedad, singularidad y permanencia a los que hicieramos referencia en el punto II.

E) Abandono de la locación

El problema reside en determinar qué ocurre cuando el conviviente homosexual contratante abandona al otro que queda en el inmueble. El artículo 1564 del Código Civil establece que "Abandonando el locatario la cosa arrendada sin dejar persona que haga sus veces, el locador tendrá derecho para tomar cuenta del estado de ella, requiriendo las correspondientes diligencias judiciales que fueren necesarias, quedando desde entonces disuelto el contrato". Consideramos que el dueño del bien no podría recuperar el inmueble planteando el abandono previsto en el artículo 1564 del Código Civil, porque esta causal requiere el abandono de la cosa arrendada "sin dejar persona que haga sus veces". En doctrina se ha dicho que el artículo 1564 no comprende el caso del inquilino que abandona el bien quedando en él su grupo conviviente. El abandono del Código Civil es siempre el total, o sea, el desamparo o dejación en que queda una cosa [\[14\]](#). En consecuencia, si el conviviente homosexual contratante abandona al otro que queda en la tenencia del inmueble locado, por aplicación del artículo 9° de la ley 23.091, el dueño no podría recuperar el inmueble hasta tanto se venza el contrato de locación, siempre que no incurra en ninguna causal de resolución como, por ejemplo, la falta de pago.

F) Cesión o sublocación prohibida

Cabe preguntarse si ante la muerte del contratante o el abandono del inmueble por el locatario el dueño del bien puede invocar que existe una cesión o sublocación prohibida para recuperar el inmueble. Pensamos, siguiendo en esto a Kemelmajer de Carlucci, que "el hecho de tratarse de personas convivientes aleja la posibilidad de asimilar su situación a la de un tercero ajeno a la contratación originaria como es el cesionario o el sublocatario" [\[15\]](#).

G) Uso inmoral del inmueble locado

El artículo 1503 del Código Civil establece que "El uso para el cual una cosa sea alquilada o arrendada, debe ser un uso honesto, y que no sea contrario a las buenas costumbres. De otra manera el contrato es de ningún valor". Cabe preguntarse si el locador podría pretender la nulidad del contrato por entender que el hecho de que en ella habite una pareja homosexual es un acto deshonesto o contrario a las buenas costumbres. Otra cuestión a determinar es si la circunstancia de que en la vivienda arrendada conviva una pareja homosexual es una causal de desalojo. Se conoce un caso de desalojo contra un homosexual pero no basado en su condición sino en la actividad que en él se desarrollaba; concretamente se dijo: "La conducta del locatario que siendo homosexual

realiza en la unidad locada actos que repugnan a la conciencia de cualquier persona de bien, máxime si la vivienda es compartida con menores de edad, constituye uso abusivo que torna procedente el desalojo" [16]. Para dar respuesta a estos interrogantes creemos necesario examinar lo que se ha dicho sobre el tema en materia de concubinato homosexual. Nuestros tribunales registran un precedente en el que se inició una acción de desalojo fundado en el uso abusivo del inmueble arrendado porque en éste vivía una pareja en concubinato. El caso fue resuelto por la Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca. Los hechos eran los siguientes: el actor había demandado el desalojo porque en el inmueble locado habitaba el locatario y su concubino. El juez de primera instancia había hecho lugar al desahucio considerando que el vivir el demandado en concubinato en el departamento motivo del desalojo configuraba la causal de uso abusivo porque estimó que convivir en un departamento con una persona que no es su esposa constituye un agravio a la moral de los ocupantes de otros departamentos. La Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca revocó el pronunciamiento de primera instancia señalando que el solo hecho de que el demandado conviva en el departamento que ocupa con una persona que no es su esposa "no puede constituir una afrenta para los demás habitantes de los departamentos del mismo edificio, en los términos tan severos y con las consecuencias que le atribuye la sentencia" [17]. Por otra parte, la Corte de Buenos Aires ha precisado que: "El desalojo por la causal de uso deshonesto, como sanción extrema que es, sólo ha de juzgársela procedente cuando de su gravedad u otras circunstancias de modo u oportunidad se ponga de manifiesto una calidad de uso que por sí y aun sin relación con la cosa locada misma, pero con su utilización denote una forma de afrenta contra el concepto de la honestidad y el pudor público, concepto, éste, de deslinde subjetivamente impreciso y objetivamente subordinado a la naturaleza de cada caso" [18]. En definitiva, entendemos que la convivencia homosexual por sí no puede ser considerada ni deshonesto ni contraria a las buenas costumbres, y que para incurrir en la causal de desalojo contemplada en el artículo 1507 la deshonestidad debe exteriorizarse por el empleo de la cosa misma o del servicio que ella preste al locatario, pero no por la orientación sexual del inquilino. Así, no cabe duda de que "constituye uso abusivo el destino de la finca para el ejercicio de la prostitución" [19]. En este sentido se ha resuelto que es uso abusivo destinar la casa a un lupanar o al ejercicio de un comercio infamante [20]. Debemos poner de resalto que ni la prostitución ni el comercio infamante son propiedad exclusiva de los homosexuales, ya que estas actividades pueden ser practicadas tanto por personas homosexuales como por heterosexuales, y que la mera convivencia homosexual no puede ser causal de desalojo ni contraria a la moral.

H) Uso abusivo del inmueble arrendado

Los artículos 1554 y 1559 del Código Civil disponen que: Artículo 1554: El locatario está obligado a limitarse al uso o goce estipulado, de la cosa arrendada, y en falta de convenio, al que la cosa ha servido antes o al que regularmente sirven cosas semejantes. Artículo 1559: Si el locatario emplea la cosa arrendada en otro uso que al que esté destinada por su naturaleza o por el contrato, o si por un goce abusivo causa perjuicio al locador, éste puede demandar las pérdidas e intereses, y según las circunstancias la supresión de las causas del perjuicio, o la rescisión del arrendamiento. Doctrinariamente Bossert ha sostenido que: "El concepto de uso abusivo implica dos aspectos: "a) Desnaturalización del objeto para el cual el inmueble fue locado. Sin duda que, por mediar un concubinato, no se puede hablar de desnaturalización de objeto, ya que el inmueble alquilado para habitar es destinado a ello; sólo que al inquilino se agrega otra persona. Que esta persona sea o no concubina no desnaturaliza el objeto de vivienda para el que el inmueble fue alquilado. "b) Un uso realizado dentro del objeto de la locación, pero de tal modo que lesione los legítimos intereses del propietario o de los terceros; sería, por ejemplo, el caso de un uso dañoso del inmueble o, en el plano ético, un uso escandaloso; pero no entra en esta calificación el hecho de la convivencia de los concubinos; si ella estuviese acompañada de exhibiciones inmorales, o escándalos, éstos serían uso abusivo; pero no lo es el concubinato. "La sociedad se interesa por la realización del matrimonio, pero no condena (no hay ningún dispositivo legal sancionatorio o prohibitivo) al concubinato. Por tanto, si éste es tolerado por las leyes, no puede dar lugar a la reclamación del propietario. En cuanto a la invocada inmoralidad del concubinato, aunque él violara realmente algún principio ético individual, lo cierto es que constituye una acción que realizada en forma 'privada' no da derecho a los terceros a inmiscuirse (art. 19 de la Const. Nac.)" [21]. Creemos que la unión homosexual no es una unión inmoral y que, por lo tanto, no es contraria a las buenas costumbres, y el hecho de que el locatario conviva con su pareja homosexual no le da derecho al locador a dar por finalizado el contrato de locación en base a los artículos 1554 y 1559 del Código Civil. Constituye un claro acto de discriminación arbitraria el pretender desalojar a un inquilino por su preferencia sexual, máxime teniendo en cuenta que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires condena la discriminación en razón de la orientación sexual.

V. La adopción

De acuerdo al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño [22], el sistema de adopción debe tener como objetivo primordial el interés superior del niño: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial... Las parejas homosexuales no pueden procrear si no es por medio de técnicas de fecundación asistida, inseminación artificial, el alquiler de vientres o la sustitución. Muchas veces no pueden recurrir a dichos métodos, ya sea por razones económicas o legales. Así, la adopción se presenta como la única oportunidad de crear una familia y abrazar la idea del hijo propio. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre declara en su artículo VI que toda persona tiene derecho a formar una familia y a recibir protección para ella. Sin embargo, el Estado puede dificultarle al homosexual ese derecho. La familia es la célula fundamental de toda sociedad. Dependiendo del concepto de familia que adoptemos, variará nuestra posición con respecto a los homosexuales. La validez empírica de la afirmación "la pareja homosexual atenta contra la «familia tradicional»" depende del concepto de "familia tradicional" que se utilice. La realidad social ha forzado una transformación en las concepciones de la familia; los cambios en los estilos de vida se han apartado del modelo tradicional. En la Argentina, el devenir de los tiempos ha variado, efectivamente, el concepto de familia. En las numerosas jornadas de Derecho de Familia [23], que se han realizado durante estos últimos años se ha aceptado que la familia es una comunidad de vida. En un fallo reciente [24] se ha dicho que: La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida que soluciona en forma directa la vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de estas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno. Estas distintas maneras de entender a la familia parecen llevar obligatoriamente a un cambio en la imagen tradicional de los padres. La Declaración Universal de Derechos Humanos defiende a la familia sin precisar su contenido. Esta ausencia deja en manos de los Estados la decisión. De aquí que los distintos Estados difieran significativamente al momento de tener por acreditada una familia. Asimismo, los distintos modelos que surgen en la vida cotidiana han aggiornato el concepto. El avènement de las familias adoptivas, ensambladas, mixtas, los padres solteros por elección y las parejas homosexuales obligan a rever las posturas conservadoras. La Comunidad Homosexual Argentina [25] sostiene que en nuestro país la familia homosexual existe aunque se la niegue. Esta negativa provoca que no se "institucionalicen los avatares de las familias homosexuales". Se habla de familia nuclear (padre-madre-hijos, primer matrimonio) como si ése fuese el único tipo que existe. Hoy sabemos que ésta no es siquiera ya en nuestros días una familia "normal", en tanto la norma está ocupada por las familias alternativas, una de las cuales es la integrada por lesbianas. En este sentido, la Comunidad Homosexual Argentina explica que la familia lesbiana puede adoptar diversas formas: Dos mujeres viven unidas en pareja, o conviven junto con los hijos que una de ellas o ambas han tenido en vínculos heterosexuales. Una madre lesbiana vive con sus hijos pero o no tiene pareja o no comparte el hogar con ésta (a veces, para no perder la tenencia de los hijos). Las otras maneras en que las lesbianas forman familias son excepcionales en nuestro país: si una pareja adopta o recurre a la fertilización asistida debe hacerlo ocultando su lesbianismo.

Diferentes supuestos

De lo antes expuesto advertimos que el tema de la homosexualidad y la adopción presenta diversos supuestos que no permiten otorgar una respuesta única o unívoca, por ello consideramos que es necesario diferenciar los distintos casos que se pueden presentar ya que las distinciones entre las situaciones producen diferentes efectos que requieren disímiles soluciones.

A) Adopción conjunta

El artículo 312 del Código Civil establece que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Nuestra legislación establece como principio general el de la adopción unipersonal, estableciendo a modo de excepción que la adopción puede otorgarse a más de una persona cuando éstos sean cónyuges. La norma antes transcrita impide que las parejas homosexuales adopten conjuntamente. Esta disposición podría ser atacada por inconstitucionalidad, debido a que establece una

discriminación arbitraria en razón de la preferencia sexual; también podría ser cuestionada como violatoria al derecho a constituir una familia. Por nuestra parte pensamos que no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ya que también está prohibido adoptar en forma conjunta a los concubinos heterosexuales [26]. Tampoco creemos que viole el derecho a constituir una familia porque la adopción como instituto jurídico tiene como fin primordial el interés del menor; no consideramos que sea conveniente para el interés del menor tener dos padres y dos madres que conviven. El objeto de la adopción es brindarle al adoptando la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico. Obviamente, la mejor forma de lograrlo es a partir de la inserción del menor en una familia basada en la unión estable de dos personas que representen las figuras materno-paterna que todo niño necesita para un buen desarrollo. Entendemos que un hogar conformado por un padre y una madre con el viso de continuidad temporal que cabe presumir de un matrimonio legalmente constituido o, a falta de éste, de una unión de hecho con cierta estabilidad previa, constituyen el mejor ámbito de contención y afecto para que el niño pueda desarrollarse plenamente. Con esta postura no nos levantamos en contra de la adopción unipersonal por un homosexual, que en algunos casos puede ser beneficiosa para el adoptando. Pero resulta evidente que lo más conveniente es que la adopción sea otorgada a dos personas unidas por el vínculo conyugal, para que así el adoptado pueda cubrir la necesidad de padre y de madre que naturalmente toda persona tiene [27].

B) Adopción simple del hijo del compañero homosexual

El Código Civil prevé la posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge del adoptante en el artículo 311, inciso 1°. Nada se dice sobre la posibilidad de adoptar al hijo del compañero homosexual, ni se han presentado pretensiones judiciales en tal sentido. Sí se han presentado casos en los que se ha solicitado la adopción simple del hijo o de la hija de la concubina, y tal adopción ha sido en una primera etapa denegada y en la actualidad aceptada. En nuestra búsqueda de jurisprudencia sobre este punto hemos hallado un interesante pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -aunque no con su actual composición- que hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la madre de la menor y el peticionante de la adopción, revocando la sentencia de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca (sala I) y otorgando la adopción simple [28]. Se trataba de la demanda de adopción que había entablado el concubino de la madre de la menor, respecto a la hija extramatrimonial de ésta. Conviviente desde hacía más de ocho años con la madre, había tenido tres hijos con ella y tanto la madre como el padre legítimo de la menor habían prestado su conformidad con la petición judicial. El fallo revocado de segunda instancia -el doctor Pliner había quedado en minoría- sostenía que desde el punto de vista de la moral cristiana, la relación concubinaria no podía equipararse a la matrimonial [29], pero la SCJBA al referirse a las consecuencias del concubinato estableció que "...la ley no puede imponer el matrimonio como obligación a los ciudadanos reprimiendo las uniones formadas fuera de su ámbito..." [30]. Digamos que la situación del concubinato heterosexual y la de la unión homosexual no son exactamente iguales a los fines de la adopción ya que en el primero se crea un vínculo paterno y materno con el niño y el adoptado puede así cubrir su necesidad de padre y madre que naturalmente toda persona tiene, mientras que en la unión homosexual el adoptado tendría dos padres o dos madres. No desconocemos que en la actualidad muchas parejas homosexuales conviven con el hijo biológico o adoptivo de uno de los integrantes y que entre el menor y el otro conviviente se generan vínculos de afecto y solidaridad que el Estado no puede desconocer. No es extraño que al disolverse la pareja la madre biológica prohíba que su ex compañera siga relacionándose con el niño que ambas criaron. El derecho de visita surge, entonces, como el único camino legal para no perder contacto con el menor. Consideramos que no necesariamente se debe utilizar el instituto de la adopción para reconocer tales vínculos. Lo más conveniente sería legislar específicamente sobre el tema y contemplar detalladamente la obligación alimentaria del conviviente para con los hijos de su pareja, como también otorgar derechos a la seguridad social y a las pensiones y jubilaciones, siempre que estos derechos beneficien al menor, y mientras ello no ocurra utilizar los principios generales de Derecho para solucionar los casos concretos que se presenten. La Comunidad Homosexual Argentina [31] señala que en la Argentina no existen dificultades explícitas para que las personas homosexuales críen hijos adoptivos o propios. Sin embargo, reclama que el "Derecho" se haga cargo de una realidad que no puede ignorar. Para los miembros de dicha organización la copaternidad es un medio eficaz para que un niño adoptado pueda integrar una familia con dos adultos en pareja. Las razones que ofrecen son las siguientes: - Garantizar derechos por si falleciera o se incapacitara el/la padre/madre biológico/a. - Proteger los derechos del padre o madre no biológico para el caso de separación. - El beneficio emocional de reconocer al progenitor no biológico por el rol parental que ocupa. - El beneficio psicológico para el menor adoptado por el hecho de tener a ambos padres/madres legalmente

reconocidos. - Los efectos del reconocimiento de la pareja homosexual con relación al menor incrementan su capital social (término antropológico que describe la red de parientes creada por el matrimonio para invertir en el futuro del niño a través de la ayuda financiera, situación social y contactos personales) al relacionar dos familias cuyos miembros, moral y formalmente, le deben asistencia. - Elimina los remanentes de estigmas que aún pesan sobre los hijos ilegítimos. Argumentan, también, que la copaternidad ayudaría a evitar las siguientes consecuencias: - El menor no tiene asegurado por ley el apoyo emocional o económico de quien no es legalmente su progenitor. - La pérdida del progenitor biológico puede acarrear también la del no biológico dañando al niño, quien se ve privado de ambos por la muerte de sólo uno de ellos. - Los testamentos y contratos con los que los adultos pretenden proteger a los niños no son vinculantes para los tribunales y son considerados meramente como expresión de la preferencia parental. De este modo, la determinación de la tenencia y visitas estará basada en la percepción del juez de cuál es el mejor interés del niño. Estimamos que cada uno de los inconvenientes planteados por la CHA puede ser solucionado en el Derecho positivo vigente, tratando siempre de proteger al menor. A saber: - Muerte o incapacidad del progenitor biológico. Para dar seguridad al menor el fallecido lo puede designar tutor del menor o el sobreviviente lo puede adoptar, ya que aun cuando fuere un hijo adoptivo caben las adopciones sucesivas de un mismo adoptado. - La ruptura de la unión de hecho. Lo que debe primar es el interés del menor, y si éste lo justificara se podría otorgar derecho de visitas a quien fuere guardador de hecho. - Los estigmas que pesan sobre los hijos ilegítimos. En nuestra legislación no existen diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos. - Asegurar al menor el apoyo emocional o económico de quien no es progenitor. Si quien no es padre del menor lo quiere beneficiar económica o emocionalmente la ley no se lo impide y existen múltiples instrumentos legales que se lo permiten, como el fideicomiso, el fideicomiso testamentario, el testamento, la donación, etcétera. - Falta de fuerza vinculante de los testamentos y contratos. Esta afirmación es errónea, lo único que puede ocurrir es que existan herederos legitimarios, en cuyo caso la posibilidad de libre disposición será reducida. Pensamos que en una futura reforma legislativa debería estudiarse muy seriamente la posibilidad de permitir la adopción del hijo del compañero homosexual, cuando la concepción fue un proyecto común o cuando la pareja padre/madre no biológica ayude en la crianza del menor, desempeñando la función de padre, ya que en realidad de esta manera se da un vínculo jurídico a una realidad preexistente e innegable ante la cual la prohibición de la adopción no hace sino desproteger al menor.

C) Adopción de un homosexual solo

La filiación adoptiva no es natural sino que depende o necesita de una sentencia judicial a instancia del adoptante (art. 311, primer párr., Cód. Civ.) [32], de tal manera que será el juez o tribunal quien deberá analizar si el adoptante es idóneo para cumplir los vitales roles de padre o madre adoptivo. Por definición, "idóneo" es "que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa" [33]. Trasladado este concepto a la institución bajo estudio, tenemos que cuando faltan los progenitores, la patria potestad de éstos falla, o es insuficiente, inhábil, impotente, etcétera, la adopción debe actuar subsidiaria y supletoriamente no para avasallar ni castigar a los padres biológicos, sino para reemplazarlos a éstos en beneficio del menor. Se le exige entonces a la persona que desea prohiar, una madurez acorde con el rol de padre adoptivo que pretende, y si se trata de cónyuges, que hayan afianzado sus propios vínculos lo suficientemente para que, por otra parte y correlativamente, el menor pueda encontrar el ambiente más favorable para su incorporación y posterior desenvolvimiento en familia [34]. Es que la adopción procura la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás, de allí que el menor debe recibir una formación moral y la moral no se enseña solamente con palabras, sino con el ejemplo vivo y constante; por tal razón, la eficacia de la institución dependerá del aseguramiento de los aspectos señalados en este párrafo y en el precedente, pues la ley debe tratar de preservar el normal desarrollo ulterior del grupo familiar. Pensamos que la orientación sexual no puede descalificar para la adopción; entendemos que es errónea la creencia de que prohibir la discriminación de la orientación sexual es un dominó peligroso [35]: conllevaría a la destrucción de la llamada "familia tradicional" y abriría una caja de Pandora con respecto a las consecuencias. Y estimamos que no es cierto que las relaciones homosexuales, de alguna manera, contagien a los heterosexuales y desvíen la orientación sexual de los niños que cuiden.

VI. El Derecho Sucesorio

El Derecho de Sucesiones es un Derecho dependiente del Derecho de Familia y del Derecho patrimonial [36]. En estos últimos veinte años las reformas más importantes en el Derecho de Familia se plasmaron en la equiparación de la familia natural a la familia extramatrimonial, lo cual ha traído como consecuencia en el

Derecho Sucesorio que los hijos legítimos tengan los mismos derechos que los extramatrimoniales y que los padres naturales hereden igual que los legítimos. Las últimas evoluciones que se advierten en el Derecho de Familia y repercuten en el Derecho Sucesorio son las relativas a las uniones de hecho homosexuales. Hoy se considera que la familia no se encuentra basada en un vínculo jurídico, sino en uno afectivo; este vínculo afectivo puede tener lugar entre un hombre y una mujer o entre dos personas del mismo sexo. La repercusión de esta concepción en el Derecho Sucesorio lleva al otorgamiento de derechos hereditarios a concubinos o a convivientes homosexuales. La interrelación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones es tan estrecha que de acuerdo al tipo de familia a la cual el Estado quiere proteger será la extensión de los derechos de la sucesión ab intestato. Aun admitiendo que los miembros de una pareja homosexual constituyen una familia, no todas las familias deben recibir igual trato por el Estado, ya que si bien se admite que no puede existir diferencia de tratamiento entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, no necesariamente el Estado debe dar igual tratamiento a la unión legítima que a la de hecho, ni a la unión matrimonial que a la extramatrimonial, ya que éstas no son iguales. En la Argentina, al igual que en la inmensa mayoría de los países, los miembros de una unión homosexual no son considerados herederos por la ley, por ello las protecciones para después de la muerte deben provenir de la voluntad y de la previsión de las partes realizadas con anterioridad al deceso. Y estas disposiciones en Argentina, donde existe un sistema de legítima, no deben vulnerar el límite de la libre disposición. En general los convivientes buscan proteger a su compañero de vida de las contingencias que la muerte producirá al sobreviviente, por ello en el orden patrimonial buscan transmitirle los bienes al compañero o asegurarle su futuro económico cuando una de las partes depende de la otra para subsistir. La primera cuestión que se presenta es la determinación de la forma o la precisión del instrumento adecuado para proteger al conviviente sobreviviente. Múltiples son los instrumentos aptos para lograr el fin deseado, entre ellos pueden enumerarse las disposiciones testamentarias (institución de heredero, legado de alimentos, legado de usufructo, etc.), los fideicomisos testamentarios y las disposiciones entre vivos de carácter gratuito o societario. Cuando los miembros de la pareja homosexual han realizado disposiciones para después de la muerte que beneficien al compañero homosexual, son variadas las cuestiones a resolver, entre ellas: a) La influencia de la naturaleza homosexual de las relaciones que originan la voluntad dispositiva en orden a la validez de la disposición. En este tema influye fundamentalmente la consideración previa sobre la moralidad o inmoralidad de las relaciones homosexuales, ya que si éstas se consideran inmorales pueden ser consideradas nulas las disposiciones que favorecen al compañero homosexual. b) Las limitaciones que tienen los miembros de la unión para ser testigos y fedatarios en las disposiciones de última voluntad. c) La forma de tributar impuestos. Cuando los convivientes no han previsto la manera de disponer de sus bienes para después de la muerte sus conflictos serán mayores y en principio se aplicarán las normas sobre disolución de la pareja homosexual, con los principios propios del Derecho Sucesorio, ya que deberán acreditar la existencia de una sociedad de hecho o de una copropiedad para tener derecho a una parte de los bienes. A continuación analizaremos cuál es la situación en el Derecho argentino.

A) Sucesión ab intestato

En la legislación argentina el conviviente homosexual no es un sucesor legítimo. Por no serlo, si con anterioridad a la muerte no se ha beneficiado al compañero homosexual con una liberalidad, al momento del deceso no tiene derecho a los bienes. Y por otra parte, como en nuestro Derecho existe un sistema de legítimas muy elevadas que limitan en gran medida la libre disposición, si existen herederos forzosos éstos pueden ejercer la acción de reducción si en vida se han realizado donaciones inoficiosas que vulneren la legítima. Cuando las donaciones exceden la porción de libre disposición se dice que son inoficiosas y pueden ser reducidas. Cabe recordar que la acción de reducción es una acción tendiente a la protección de la legítima y que esta institución surge como una limitación impuesta por el legislador a la libre transmisión de los bienes para después de la muerte, consistente en la obligación del testador de dejar una porción de sus bienes a determinados herederos denominados "forzosos". Es decir que el causante en vida puede disponer de su patrimonio con su compañero homosexual, puede muy bien consumirlo, o disponerlo a título oneroso. Lo que no puede es disponerlo a título gratuito beneficiando a su pareja homosexual por actos inter vivos o mortis causa, fuera de la cuota de libre disposición. La acción de reducción tiene como efecto principal resolver las liberalidades en la medida en que exceden los límites de la porción disponible. Por ende, existiendo herederos legitimarios, el causante que quiere beneficiar a su compañero homosexual ha de ser muy cuidadoso para que sus actos no se vean afectados por la acción de reducción.

B) Sucesión testamentaria

Cualquiera de los miembros de la pareja de hecho puede recurrir al testamento a fin de beneficiar a su compañero para después de su muerte, ya sea instituyéndolo heredero o designándolo beneficiario.

a) La unión homosexual y la incapacidad para suceder

Cabe señalar que Vélez Sársfield no incluyó al concubinato heterosexual ni a las uniones homosexuales entre las causales de las incapacidades para suceder. Es ejemplificativa la nota al artículo 3740 donde expuso que: Tampoco ponemos el concubinaje como un obstáculo para recibir por testamento. La ley romana disponía que el que no tuviese hijos legítimos pudiese dejar a su concubina y a sus hijos sólo hasta el duodécimo de sus bienes. Lo mismo la ley de Partida; pero a falta de descendientes legítimos, podía disponer a favor de ellos, de todo su haber, salvo la legítima de los ascendientes. Al formarse el Código francés, había en el proyecto un artículo que prohibía las donaciones y legados entre los concubinarios; pero desapareció en la discusión. Se puede, sin embargo, preguntar, ¿por qué hacemos incapaz al tutor de recibir del testamento del menor, y al confesor que los auxilia en sus últimos días, y no tememos las seducciones de una concubina? Hemos querido prevenir indagaciones odiosas y escandalosas. Era poco digno revolver las cenizas de los muertos para descubrir los secretos íntimos de su vida, sacando a la luz las miserias de su conducta, cuando el resultado último sería satisfacer la codicia de un pariente al cual el legado del muerto no perjudicaba en sus derechos. La doctrina y jurisprudencia argentinas se han inclinado desde antiguo por no admitir que la disposición testamentaria realizada a la concubina pueda ser tachada de nula por causa inmoral. Así han dicho que "esa relación no priva de capacidad para disponer por testamento, ni de testar válidamente, salvo el caso de tener por causa impulsiva y determinante la remuneración de las relaciones inmorales" [37]. Aplicando analógicamente lo sostenido para parejas heterosexuales, consideramos que los compañeros gays tienen capacidad para suceder y la disposición testamentaria no podría ser tachada de inmoral porque no tiene por fin hacer nacer la relación homosexual, ni mantenerla. Creemos que la disposición testamentaria a favor del compañero homosexual no puede ser considerada inmoral en sí misma salvo que fuere el precio de las relaciones homosexuales.

C) El carácter adúltero de la relación

Cabe preguntarse si la disposición testamentaria realizada a un compañero homosexual es nula cuando el causante está casado, es decir, cuando la relación es adulterina. Un sector de la doctrina considera que las relaciones adulterinas son ilícitas y que serían contrarias al orden público, por tal motivo la ilicitud de la causa provocaría la nulidad del acto. Estimamos que no puede entenderse que una atribución testamentaria entre convivientes sea una disposición contraria al orden público ni a las buenas costumbres, o que esté viciada de ilicitud causal, ni siquiera cuando alguno de los miembros esté casado previamente. La libertad de disponer mortis causa de uno de los miembros de la pareja gay a favor del otro no se ve restringida por el hecho de la homosexualidad de las relaciones que hace a la vida privada de los individuos, sino por las restricciones generales de capacidad para suceder y las derivadas de los límites a la libertad dispositiva como es el respeto a la legítima [38]. Consideramos que la disposición testamentaria que un gay realice a otro cuando tiene como base el afecto no puede ser atacada de nulidad, máxime cuando ésta no ha sido considerada una incapacidad para suceder y la regla en la materia es la capacidad.

D) Nulidad por ser el pago de las relaciones homosexuales

Si la cláusula testamentaria tiene por objeto la remuneración de las relaciones sexuales, ésta podrá ser declarada nula ya que su objeto fue obtener un favor de la persona humana que está fuera del comercio. En este supuesto el móvil ilícito de la cláusula provoca su nulidad. Lo que ocurre es que es muy difícil demostrar que el fin ha sido la remuneración de las relaciones homosexuales, al menos en una unión de hecho homosexual con las características que a ella le hemos atribuido. En estos casos el juez deberá valorar las circunstancias particulares de la relación, como ser la duración, la estabilidad, la convivencia, etcétera [39].

E) Legado de alimentos

El legado de alimentos es una institución útil para asegurar la subsistencia del conviviente incapacitado o

enfermo. Se encuentra contemplado en el artículo 3790 del Código Civil que establece: "El legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de dieciocho años, si no fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario". Estimamos que en el supuesto de los incapaces en razón de su mayor edad o de sus condiciones físicas o psíquicas, el legado de alimentos permite dar una tuición adecuada al conviviente homosexual.

F) Imposibilidad para actuar como escribano o como testigo en los testamentos

Disponen los artículos 3664 y 3706 del Código Civil que: Artículo 3664. El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor. Artículo 3706. No pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador. En el supuesto de que el testamento sea por instrumento público, el compañero homosexual no puede ser testigo ni tampoco otorgante del acto, porque ello provocaría su nulidad.

G) ¿Resulta conveniente reformar la legislación vigente para otorgar derechos ab intestato al conviviente paramatrimonial?

Cabe señalar que el otorgamiento del derecho hereditario al cónyuge supérstite es relativamente moderno en la historia del Derecho. Hoy resulta necesario pensar si es justo que quien ha compartido la vida durante muchos años con el causante vea cómo la herencia intestada de su pareja va a parar a un colateral de cuarto grado o al Estado. La situación parece más injusta cuando a los homosexuales se les niega el derecho a casarse. Por lo expuesto pensamos que resultaría adecuado que en una reforma legislativa se le acordara al miembro de la unión de hecho homosexual derechos sucesorios ab intestato. Cabe señalar que los derechos legitimarios del cónyuge supérstite se fundamentan en el afecto presunto del causante; si por la convivencia prolongada "la unión de hecho ha manifestado una *affectio more coniugali*, no habría razón para privar a tal unión de derecho a legítima, en cuanto se ha probado en vida el cumplimiento de la *pietas familiaris*. Otra cuestión es el quantum de la configuración de esta legítima que podrá ser diferente si no se quieren equiparar matrimonio y unión libre" [40]. En definitiva, si aceptamos que la sucesión ab intestada del cónyuge se funda en la presunción del vínculo afectivo que se deduce de la vida en común, el afecto, la solidaridad y la asistencia mutua, no hay razón que justifique no reconocer similares derechos al conviviente homosexual, ya que la comunidad de vida es similar en ambos casos. Indiscutiblemente, en el caso de una reforma legislativa, se deberá determinar el orden sucesorio que ha de ocupar el supérstite y además se le deberán imponer las mismas causales de pérdida de derechos hereditarios que al cónyuge supérstite; así cuando la unión haya finalizado no tendrá derecho hereditario alguno.

VII. Conclusión

El Derecho argentino no legisla en su ordenamiento la figura de las uniones de hecho homosexuales. Algunos precedentes jurisprudenciales han entendido que los miembros de estas uniones conforman una familia, atendiendo al constante devenir de este concepto. De esta manera, y a tenor de la reseña que antecede a estas últimas palabras, si bien muchos de los problemas que se plantean en el seno de las parejas homosexuales han podido ser solucionados judicialmente a través de amplias interpretaciones legislativas, es indudable que esta realidad debe ser receptada expresamente en varias áreas del Derecho argentino. En el plano del Derecho Público consideramos que la orientación sexual no puede ser un impedimento ni una imposibilidad para acceder a los beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que tienen las parejas heterosexuales, ya que la denegatoria de la aplicación de las leyes de obras sociales o de pensiones y jubilaciones al conviviente homosexual implica una discriminación arbitraria en relación a la preferencia sexual y una vulneración del derecho a la salud de contenido constitucional. Asimismo, el trato familiar exigido por la ley 23.660 para ser beneficiario de la obra social no es exclusivo de las relaciones heterosexuales. Los convivientes homosexuales se brindan entre sí trato familiar, y como el legislador argentino no exige ni vínculo de familia ni estado de familia para extender los beneficios de la obra social a quienes conviven, tales beneficios corresponde sean extendidos a los convivientes gays. Paralelamente, creemos que debe entenderse comprendido en el artículo 53 de la ley 24.241 a los convivientes homosexuales, teniendo en cuenta que los beneficios previsionales no se limitan a quienes tienen un estado civil legítimo. En lo que respecta a la locación, consideramos que: (i) De fallecer el

locatario, el arrendamiento puede ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por el conviviente homosexual que acredite una convivencia estable y pública anterior a la muerte; (ii) en el caso de que el conviviente homosexual locatario abandone el inmueble alquilado, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas por la pareja homosexual por aplicación del artículo 9° de la Ley 23.091 de Locaciones Urbanas; (iii) la continuación de la locación por la pareja homosexual del locatario original no puede ser considerada una sesión o sublocación prohibida que constituya causal de desalojo; (iv) la convivencia del locatario con su pareja homosexual en el inmueble alquilado no constituye una causal de uso deshonesto ni contrario a las buenas costumbres, ni permite el desalojo por aplicación del artículo 1503 del Código Civil; (v) la circunstancia de que en el inmueble alquilado habite una pareja homosexual no implica el uso abusivo del inmueble arrendado que dé derecho al desalojo por aplicación de los artículos 1554 y 1559 del Código Civil. En el campo de la adopción, el interés superior del menor justifica que se prefiera a parejas adoptantes heterosexuales, frente a peticiones de adopción de homosexuales solos. Sin embargo, no existiendo interesadas parejas heterosexuales, la preferencia homosexual no puede obstaculizar la adopción, siempre ponderando que el interés de los homosexuales debe conjugarse con el interés de los menores. Del mismo modo, creemos que se debería permitir la adopción del hijo del compañero homosexual, cuando la concepción fue un proyecto común o cuando la pareja padre/madre no biológica ayude en la crianza del menor, desempeñando la función de padre. Finalmente, y reiterando lo expresado en el punto VI.G, creemos conveniente una reforma legislativa en materia de Derecho Sucesorio, toda vez que no parece razonable ni justo que por el hecho de que no se puedan casar los homosexuales los bienes del conviviente fallecido (que incluso pueden haber sido adquiridos durante la convivencia y con participación de ambos), en ausencia de parientes, sean atribuidos al Estado y no a la persona con quien se vivió y se tuvo un mayor vínculo afectivo.

- [1] MAZZINGHI, Gabriel, Ley borrosa e interpretación disolvente, en E. D. 180-247.
- [2] BECKERMAN, Jorge y WAGMAISTER, Adriana, Convivencia y trato familiar entre personas del mismo sexo ante la seguridad social, en L. L. 1999-B-181.
- [3] CSJN, Fallos: 198:112: "La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se otorgan en igualdad de condiciones a otros".
- [4] Provincia de Río Negro, Ley 3055, "Derechos y garantías. Orientación sexual. Derecho constitucional. Reconocimiento", sanc. el 19-12-96, prom. el 30-12-96 y publ. el 13-1-97. "La Legislatura de la Provincia de Río Negro sanciona con fuerza de ley: Art. 1. Reconócese a la orientación sexual como derecho innato de las personas implícito en la Constitución provincial, cada vez que la misma garantiza la igualdad de derechos de la mujer y el varón. Art. 2. Toda vez que las leyes, decretos, ordenanzas o cualquier otra norma de carácter general, mencionen expresamente que no podrá discriminarse por naturaleza alguna, deberá entenderse que queda comprendida la orientación sexual en dicha enunciación. Art. 3. Comuníquese al Poder Ejecutivo y archívese".
- [5] CS de Estados Unidos, "Bells vs. Pensilvania", 134 U. S. 232.
- [6] NICHOLSON, Alastair W., The changing concept of family: The significance of recognition and protection, en www.murdoch.edu.au.
- [7] BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, Parejas no casadas y pensión de viudedad, Trivium, Madrid, 1992, p. 29.
- [8] LIVELLARA, Silvina, La familia. Las uniones de hecho y el Derecho previsional, en Ponencias presentadas al X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Régimen económico de la familia, p. 338.
- [9] JNCiv. N° 105, 29-10-97, L. L. del 15-12-97.
- [10] Esto fue lo sostenido por la CSJN al extender los beneficios de la pensión a la concubina en el fallo "Sanmartino de Weskamp", L. L. 1975-C-975.
- [11] CNPaz, 29-6-54, L. L. 75-161.

-
- [12] DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, El concubinato -como estado aparente de familia- ante las leyes de emergencia en materia de locación, en J. A. 1951-III-165.
- [13] DÍAZ DE GUIJARRO, ob. cit.
- [14] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 409.
- [15] *Ibidem*.
- [16] CNPaz, sala V, J. A. 1964-III-546.
- [17] C1^oCCom. de Bahía Blanca, 13-4-62, L. L. 109-191.
- [18] SCJBA, D. J. B. A. 78-337.
- [19] CNPaz, sala IV, J. A. 1967-I-97.
- [20] C1^oPazLetr. de Tucumán, L. L. 137-839, sum. 23.331.
- [21] BOSSERT, Gustavo, Régimen jurídico del concubinato, Astrea, Buenos Aires, 1982, ps. 176 y ss.
- [22] La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20-11-89.
- [23] A modo ilustrativos el tema fue tratado en las Jornadas sobre Derecho de Familia realizadas en Mendoza en 1998.
- [24] JCCom.Min. N^o 10 de Mendoza, 20-10-98.
- [25] www.mundogay.com/cha/legales/violaciongy.html, visitada el día 5-4-2000.
- [26] Sobre el tema de la adopción y el concubinato ver MEDINA, Graciela, La adopción, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. I, p. 59.
- [27] *Ibidem*.
- [28] SCJBA, D. J. B. A. 121, Acuerdo 29.619 del 27-10-81.
- [29] C1^oCCom. de Bahía Blanca, sala I, 17-6-80, D. J. B. A. del 20-3-81, ps. 138/140.
- [30] Voto del ministro Peña Guzmán al que adhirieron sus colegas Sicard, Renom, Granoni y Larrán siguiendo el dictamen del señor procurador general, Munilla Aguilar.
- [31] www.mundogay.com/cha, visitada el día 28-5-2000.
- [32] El Cód. Civ. español, en su art. 176, párr. 1^o, establece que: "...La adopción se constituye por 'resolución judicial', que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad..."; en consecuencia, hay coincidencia entre ambos sistemas legales.
- [33] Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1970, p. 794.
- [34] CCCom. de Morón, 2-4-74, E. D. 57-543, sum. 25.573, con voto del Dr. Gnecco como preopinante -al que adhirieron sus colegas de sala- que revocó una sentencia que había rechazado la adopción del hijo legítimo de su cónyuge habido en su primer matrimonio.
- [35] NICHOLSON, Alastair, The changing concept of family: The significance of recognition and protection, en E-Law, Murdoch University Electronic Journal of Law, vol. 3, N^o 3 (september 1996), p. 1.

-
- [36] GRIMALDI, Michel, Droit Civil. Successions, 5^a ed., Litec, p. 6.
- [37] FASSI, Santiago, Tratado de los testamentos, t. II, p. 425.
- [38] MARTÍN PÉREZ, José Antonio, Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite, en MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOL, Ma. T. (eds.), Uniones de hecho, Zaragoza, España, 1998, ps. 329 y ss.
- [39] ESTRADA ALONSO, Eduardo, Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español, Cívitas, Madrid, 1986, p. 298.
- [40] MARTÍN PÉREZ, ob. cit., p. 336.

© 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.