

2.	JCCom. y Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98, “A., A. s/Inf. sumaria”	429
3.	CCCom. de San Isidro, sala I, “Dresler, Juan Alberto c/Vieyra, Virginia Evangelina s/Reconocimiento de sociedad de hecho”.	446
4.	Supremo Tribunal de España, Sala Primera, 11-4-94, “Fernández Pulido, José s/Amparo”, Auto N° 222/1994.	459

uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la Constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad.

VII. *Decisión*

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

Resuelve

Primero: Declarar *exequible* la palabra “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Segundo: Declarar *exequible* la expresión “La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años”, contenida en el numeral 2º del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Alfredo Beltrán Sierra, presidente; Jaime Araujo Rentería, magistrado; Manuel José Cepeda Espinosa, magistrado; Jaime Córdoba Triviño, magistrado; Rodrigo Escobar Gil, magistrado; Marco Gerardo Monroy Cabra, magistrado; Eduardo Montealegre Lynett, magistrado; Álvaro Tafur Gálvis, magistrado; Clarainés Vargas Hernández, magistrada; Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, secretaria general

2. JCom. y Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98, “A., A. s/Inf. sumaria”

Seguridad Social: Obras sociales. Beneficiarios.

Personas convivientes del mismo sexo

1. La regla del artículo 9, inciso b, 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, y b) el ostensible trato familiar.

2. 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.

3. Si la mutua ayuda material y afectiva en el seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales para cada integrante del grupo familiar es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial o la unión de hecho heterosexual y homosexual.

4. No hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los homosexuales, 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 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.

5. La obligación de no discriminar impuesta por los tratados internacionales y las leyes internas (arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 16, 75, incs. 22 y 23, Const. Nac., ley 23.592, etc.) no resulta suficientemente atendida con el concepto de trato igualitario, sino que debe adicionarse a aquél la inclusión de los grupos minoritarios o excluidos mediante una tarea de integración basada justamente en el reconocimiento de las diferencias. De este modo se salva la objeción relativa a que los homosexuales no pueden ser amparados por las garantías que corresponden a las minorías.

Mendoza, octubre 20 de 1998

Resulta:

1. Que a fs. 1/3 se presenta el Sr. A. A. solicitando se certifique su convivencia en calidad de concubino con el Sr. C. C., a efectos de iniciar el trámite correspondiente ante el Instituto de Obra Social del Ministerio de Economía de la Nación, del que es afiliado, y a fin de incluir a su compañero como beneficiario en la categoría de grupo familiar.

2. Que a fs. 20 comparece el Sr. C. C., adhiriendo a la petición formulada por el Sr. A. A.

3. Que, producida la prueba ofrecida por las partes y solicitada por el tribunal y habiendo dictaminado oportunamente el Ministerio Fiscal, queda la causa en estado de resolver.

Y Considerando:

Que, como se ha dicho a fs. 21, la naturaleza del conocimiento judicial en el presente proceso corresponde a los supuestos llamados de "jurisdicción

no contenciosa”, en los que los peticionantes pueden, como en el caso específico de autos, pretender que el tribunal tenga por acreditados ciertos hechos, o bien verifique el estado de ciertas cosas o situaciones, sin presencia de contradictor y con el fin de obtener o conservar ciertos derechos (conf. Eisner, *Acerca de la actividad jurisdiccional extracontenciosa*, en L. L. 1963-110-955).

La cuestión traída al conocimiento del tribunal incluye dos aspectos, uno menos arduo, cual es la apreciación de los hechos que se han tenido por probados con los elementos de convicción acercados a la causa, y otro, más complejo –y altamente novedoso para el estado de nuestro Derecho nacional– cual es la calificación jurídica que pueda corresponder a dichos hechos, ya que los peticionantes requieren expresamente que se defina su convivencia como concubinato y solicitan tal declaración a los fines de otorgar al conviviente los beneficios de la Obra Social del Ministerio de Economía de la Nación de que goza su compañero.

Siendo ello así, también conviene tener presente que el artículo 9, Ley 23.660 de Obras Sociales establece: “Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios [...] b) Las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación”. La reglamentación, a su vez, delega la función de reglamentar los recaudos que deberán cumplirse a la Dirección Nacional de Obras Sociales (art. 9 del decreto 576/93, reglamentario de la ley 23.660), sin esclarecer de ningún modo el concepto legal.

Es sabido 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 doctrina discutió largamente si debía incluirse en este listado el requisito de que no existieran impedimentos matrimoniales, pero finalmente se impuso la idea de que, igualmente, aun cuando éstos existieran entre los miembros de la pareja, cabía incluir a estas uniones dentro de la categoría de concubinato, toda vez que las uniones libres –aquellas en las que la pareja no tiene impedimento alguno para casarse, pero que deciden libremente no ingresar en el régimen del matrimonio civil– son una especie dentro del género del concubinato y no una cualificación de él (conf. Bossert, *Régimen jurídico del concubinato*, p. 43).

Si seguimos este esquema, debemos tener por acreditado con las testimoniales rendidas a fs. 7, 10, 34, 37, 41 y 41 vta., así como de la instrumental acompañada a fs. 30/31, que los Sres. A. A. y C. C. cohabitan bajo el mismo techo, implicando su convivencia todos los aspectos de la vida en común que lleva cualquier pareja sexual, compartiendo el lecho (resp. a la tercera

pregunta de fs. 37), y llevando una comunidad de vida íntima que se manifiesta en sus planes comunes, en la distribución que ellos realizan entre ambos respecto de las formas en que materialmente producen y desarrollan su vida, y en sus relaciones de solidaridad, afecto y asistencia mutua en todos los trances cotidianos y extraordinarios de la vida. Así surge de las respuestas por ellos mismos formuladas a las interrogaciones realizadas por el tribunal a fs. 42 vta. y 43, como así también resultan corroboradas por las declaraciones de los testigos recibidos a fs. 37, 41 y 41 vta.

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 pareja. El testigo de fs. 34 señala que los compañeros de trabajo también los reconocen como pareja conviviente, ya que su relación es manifiesta ante todos. A fs. 37 la señora madre del Sr. A. A. 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 fs. 34 y 41 vta. indican además que los Sres. A. A. y C. C. participan como pareja de los eventos sociales, casamientos y fiestas realizadas por sus compañeros de trabajo y amigos.

En cuanto a la singularidad, los testigos preguntados 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.

El elemento relativo a la permanencia es relativo, pues depende de los efectos jurídicos que se pretendan obtener. En principio parece 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 indudablemente probado con la prueba acercada a la causa, ya que el contrato de alquiler acompañado en autos demuestra que ambos planificaron cohabitar en forma duradera. Además, según relata el Sr. C. C. en su respuesta a la primera pregunta formulada por el letrado patrocinante a fs. 42 vta., la decisión de vivir en común implicó también la necesidad del traslado del domicilio de uno de ellos, ya que el Sr. A. A. vivía en Mendoza pero el Sr. C. C. residía en Buenos Aires, por lo que ambos decidieron el traslado de este último a Mendoza, a fin de efectivizar su proyecto de vida común.

En cuanto al tiempo de duración de la unión, los testigos que se han referido a ella (fs. 7, 10 y 34) han sostenido en forma coincidente que la misma lleva cuando menos cuatro años.

La doctrina clásica, sin embargo, resiste la extensión de la calificación de concubinato para las uniones homosexuales estables. Entiende que, toda

vez que el matrimonio es el vínculo existente entre un hombre y una mujer que se han unido conforme a los requisitos de existencia que cada legislación establece (en nuestro país, el artículo 172 del Código Civil, que expresamente señala el consentimiento otorgado por hombre y mujer), y que el concepto de concubinato alude a un hombre y a una mujer unidos en aparente matrimonio –razón por la cual se le otorgan algunos de los efectos de aquél–, dicho concepto no puede aplicarse a las uniones sexuales de personas del mismo sexo (conf. Bossert, *Régimen jurídico del concubinato*; Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2; Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, t. II; Méndez Costa, María Josefá, *La filiación*, p. 305; Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, t. II, p. 421).

La objeción, en mi opinión, parece poco sólida, puesto que no puede decirse que las parejas concubinarias se unan a fin de aparentar el matrimonio. El matrimonio es un régimen civil al que las personas acceden a través del cumplimiento de determinadas formas impuestas por la ley, y que regula sus derechos y obligaciones y sus relaciones con terceros. También la palabra puede designar un sacramento u otra forma solemne de celebración religiosa. En el mejor de los casos, desde el punto de vista del Derecho, el matrimonio es una institución, esto es un subsistema de normas con seria trascendencia para la integración y armonía del sistema jurídico total, que se ofrece a quienes acepten enmarcarse en tal regulación. Pero en la realidad, el fenómeno social es siempre anterior a la legislación, y ésta se adapta además a las modificaciones y transformaciones que las instituciones sociales –no jurídicas– van sufriendo históricamente. La unión sexual del hombre y la mujer para constituir una comunidad de vida no fue “creada” por la legislación civil del matrimonio. Existió sin ella, desde el comienzo de la historia de la humanidad, con o sin rituales religiosos que les otorgaran sacralidad, y con o sin regímenes canónicos que establecieran sus consecuencias y los deberes de los esposos.

Por ello, decir que las personas que hacen vida marital pero no se casan tienen por signo distintivo vivir en aparente matrimonio es invertir el orden ontológico. No es el régimen de matrimonio civil el que constituye la pareja humana. El Derecho sólo otorga ciertas consecuencias jurídicas a los hechos y actos de las personas que viven en determinada sociedad regida por determinado orden jurídico, pero no los constituye.

Pero si esta prioridad de lo fáctico sobre lo conceptual es aceptada, no hay en cambio problema alguno en discurrir sobre otra problemática, cual es la adecuación del lenguaje propio del Derecho, según ciertas convenciones para conceptualizar diversas realidades, o bien la misma realidad pero desde distintos puntos de vista. Desde una perspectiva analítica o convencional del lenguaje formal, puede establecerse qué uso puede adjudicarse en un deter-

minado contexto a una palabra, sin con ello establecer una relación sacral –en el sentido de única, universal y necesaria– entre el hombre y la realidad a la que se refiere. No habría problema alguno en admitir que, desde el punto de vista del Derecho de Familia, 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 ello 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 cuestión así reseñada sólo consiste en asignar una determinada palabra a una realidad determinada, o mejor apreciada desde cierto punto de vista, sin que ello implique descartar que existan otras realidades similares, con algún elemento diferente, y que ello pueda merecer la misma o análoga atención de parte del Derecho.

En este sentido, Díaz de Guijarro ha advertido hace tiempo una tendencia generalizada en la relación de Derecho y lenguaje, a sustituir la designación de “concubinato” por la de “convivencia”, que suaviza terminológicamente la carga emotiva –peyorativa– que suele tener la primera, y que además se adecua mejor a la impactante manifestación de la realidad social cuya evolución impone normalmente una adecuación de los sistemas jurídicos a aquélla a fin de mantener la función de regulación y organización social que asume el Derecho (conf. Díaz de Guijarro, *La convivencia como nueva expresión jurídica del concubinato frente al concepto de matrimonio aparente*, en J. A. 1991-III-723).

Justamente esta expresión “convivencia” es la mentada por la norma que establece la extensión de los beneficios de la obra social en el supuesto específico de la normativa aplicable al cabo, por lo que el propio uso formal del lenguaje jurídico nos libera en este caso de la problemática excluyente creada por la utilización tradicional del término “concubinato”.

La regla del artículo 9, 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, y b) el ostensible trato familiar.

Como se ha dicho más arriba, 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.

Corresponde en consecuencia analizar si el conjunto de los demás elementos fácticos que surgen de la prueba reunida puede considerarse ostensible trato familiar.

La cuestión no es tarea fácil puesto que, como sostiene la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, la postura más generalizada en la doctrina actual es proclive a encontrar en la homosexualidad, más bien, una intrínseca negación de los valores propios de la familia (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, *Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado. Derecho de Familia*, t. 13, p. 215 y citas allí receptadas).

En este sentido, Díez-Picazo ha sostenido que no existe familia si no existe el fenómeno de la filiación, por lo que, para este autor, el común denominador de todos los tipos conocidos de ella es la procreación y la aparición de los nuevos miembros del grupo con la pretensión de los auxilios y de la función de la socialización como ideas fundantes del concepto de familia. Al punto tal que el matrimonio sólo pertenece al Derecho de Familia en la medida en que por lo menos tendencialmente constituye el instante de su fundación. Desde este punto de vista es adoptada por el ordenamiento jurídico que le otorga un puesto institucional (conf. Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un posible debate*, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, *El Derecho y los nuevos paradigmas*, ponencias de los profesionales invitados, p. 65).

De conformidad a sus más recientes resoluciones, el Tribunal Constitucional alemán habría también de sostener que “la relación homosexual no es comparable con el matrimonio, porque no es adecuada para la reproducción de la población. El matrimonio encuentra apoyo y protección en la Constitución, especialmente para ofrecer una consolidación legal y seguridad a los esposos para formar una familia con hijos comunes [...] esto significa que se favorece a una relación que, en el caso normal, en principio sea capaz de tener hijos, ya sea voluntariamente o involuntariamente” (fallo de 1993, citado por Norbert Lösing en su ponencia *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo*, ob. cit., p. 90). Claro que este pronunciamiento se inscribe –igualmente que otro más reciente aún de 1997– en la necesidad de justificar un tratamiento diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales en lo que se refiere a la posibilidad de casarse, esto es de contraer matrimonio, por medio de alguna de las formas autorizadas por el Estado. El argumento, esto es la finalidad de la procreación, pierde sin embargo coherencia frente a otro principio sustentado por la misma Corte Constitucional que sostiene que una diferenciación en el tratamiento de las uniones de hecho y de las parejas homosexuales representa una discriminación por la orientación sexual, y también frente a otras soluciones recaídas respecto

a otros objetivos pretendidos en las diversas presentaciones relacionadas con los derechos de los homosexuales que se han ido resolviendo. En este sentido cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán es uniforme luego de 1978 en sostener que el derecho a formar y vivir en parejas homosexuales está protegido por el artículo 21 de la Ley Fundamental de ese país (conf. ob. cit., ps. 89 a 92).

Ahora bien, me parece que estas posiciones confunden el aspecto institucional del matrimonio y la familia como subsistema social funcionalmente especificado por el auxilio material y la socialización de los niños en la comunidad moderna, con el concepto de familia, el cual excede dichos límites, tanto histórica como culturalmente.

Me permito, en cambio, por su valor significativo, transcribir íntegramente un párrafo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en la obra citada, en la que hace referencia a esta posición que afirma la irreductibilidad de las parejas homosexuales a toda idea de familia. Ella ha dicho: “En mi opinión, son expresiones demasiado drásticas. Compáreselas por ejemplo, con algunos conceptos expresados por la Corte norteamericana: ‘el matrimonio es una asociación que favorece una forma de vida, no una causa; una armonía en la vida, no credos políticos; una lealtad bilateral, no unos proyectos comerciales o sociales. Protegemos la decisión de tener o no un hijo, porque la paternidad altera tan dramáticamente la autodefinición de una persona, no por consideraciones demográficas o por el mandato bíblico de crecer y multiplicarse. Y protegemos la familia por su contribución tan poderosa a la felicidad de las personas y no a una causa de una preferencia hacia las familias estereotípicas’...” (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado. Derecho de Familia*, t. 13, p. 215).

Es que “lo familiar” no puede definirse sólo por la aptitud para la cría y socialización de la prole, al menos desde el ámbito del Derecho, ya que de lo contrario numerosas consecuencias jurídicas, derechos subjetivos, facultades, deberes y sanciones no serían entendibles –tales como la irrenunciabilidad del derecho a casarse o no casarse, las consecuencias jurídicas de las relaciones de parentesco que exceden a la familia nuclear “padres-hijos menores”, etcétera–.

Como ha dicho Encarna Roca Trias, el Derecho –tanto el nacional como el internacional de los tratados de derechos humanos que incluyen cláusulas de protección a la familia– no contiene una definición de familia, cuestión que, juntamente con otras no de menor gravitación para el caso de autos, analiza con mucha solvencia científica en su ponencia *Derechos humanos y Derecho de Familia* presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (ob. cit., tomo correspondiente a los profesores invitados, ps. 1 y ss.).

Tal como la ponente lo expresa, en nuestro Derecho Constitucional interno (art. 14 bis, Const. Nac.), así como tampoco en el externo (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) no existe una definición legal del concepto, aunque en ambos ordenamientos se establece la obligación del Estado de asegurar la protección integral de la familia y otros beneficios específicos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (art. 16.3). Con igual generalidad y sentido se expiden el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI), y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18.2), agregándose en estas últimas el derecho a toda persona a construir una familia.

La autora que venimos siguiendo en el razonamiento indica que para poder definir en cada situación histórica cuál es esta obligación del Estado prevista en la Constitución y en los tratados de derechos humanos es necesario conocer el concepto prejurídico de familia, el cual es un concepto cultural. O mejor dicho identificar qué tipo de familia sirve de base a la organización jurídica que en un momento se considera estimable regular, lo que llevará a la clasificación de los grupos familiares y a la aceptación eventual de uno o el rechazo eventual de otros, y a la detección, en su caso, de las necesidades de los diferentes grupos para ofrecerles o no la protección acordada en las normas.

Ahora bien, en una sociedad pluralista y con la pretensión de ser neutral –respecto de los intereses de los diversos grupos democráticamente reunidos en la Nación– como la nuestra, este análisis debe cuando menos pasar revista a todas las eventuales posiciones que actualmente puedan develar un concepto funcional o crítico de familia a fin de registrar las posibles diferencias de concepciones culturales, religiosas, de costumbres y necesidades propias de una comunidad plural –en este aspecto, puede encontrarse una muy seria descripción de alguna de estas posiciones en la ponencia de la Dra. Roca Trías citada precedentemente, y cuyo análisis seguimos–. Pero luego de ello hace falta realizar un nuevo análisis jurídico a fin de poder obtener conclusiones en este campo.

Como he dicho precedentemente, entiendo que 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 a las uniones de hecho homosexuales– dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares, a mi juicio, con falta de objetividad.

Sin embargo, tal como afirma la Dra. Roca Trías, las cosas no son tan sencillas y las ideologías no tienen una influencia tan radical que no permita soluciones alternativas (ob. cit., p. 13). Cartas Fundamentales como la española y la argentina constituyen un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo sistema está basado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (arts. 1º a 43 y 75, inc. 22, Const. Nac.). Pero para este fin, el Estado Social y Democrático de Derecho no instituye un sistema de mera subsidiariedad, como lo hace el régimen puramente liberal, ni un sistema absolutamente público sino más bien un sistema mixto, a saber: al Estado corresponde establecer el sistema que permita el goce de los derechos fundamentales y el acceso a los derechos sociales, organizando los sistemas de educación, salud, asistencia social, etcétera, pero a los particulares corresponde prestar determinados servicios asistenciales que se proporcionan en el ámbito del grupo familiar y que deben tener también como finalidad última el proporcionar a los miembros del grupo el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, de acuerdo al principio de solidaridad.

Es 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.

De no ser así, si sólo se atendiera a la faz de la socialización de la prole, se excluiría del concepto de los matrimonios a las personas que han superado la edad fértil, o a quienes por algún motivo se proponen no tener hijos, o a quienes no integran el concepto de vínculo paterno-filial entendiendo este último extremo como hijos menores de edad. Se excluiría en conclusión a los padres ancianos y abuelos, a los hermanos mayores y solteros, a los parientes incapaces que se acogen en el seno de la familia, a los nuevos cónyuges de nupcias celebradas en la ancianidad, o luego de la viudez, etcétera, con la supuesta hipótesis de que esa forma amplia de familia, basada en otro sistema de organización social, ha desaparecido, cuando nunca como ahora el abandono del Estado respecto de ciertas formas asistenciales mínimas a la vejez, a la incapacidad y a la necesidad de ocupación remunerada ha ampliado notoriamente las asunciones de tales carencias por medio de la solidaridad familiar.

Si la mutua ayuda material y afectiva en el seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales para cada integrante del grupo familiar es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial o la unión de hecho heterosexual u homosexual.

Volvamos al análisis del caso de autos. Como ya se ha dicho más arriba, los testigos han coincidido unánimemente en afirmar que los Sres. A. A. y C. C. son una pareja sexual estable y permanente, que convive en condiciones de singularidad y notoriedad, siendo conocida su situación en el vecindario, en su trabajo, en sus familias y en los demás ambientes sociales que frecuentan.

Pero además de ello a fs. 37, en su respuesta a la tercera pregunta formulada directamente por el tribunal a la madre del Sr. A. A. en relación al trato que ambos se daban, la testigo 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 Sr. C. C., 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 también que las familias de ambos se conocen entre sí y se consideran y otorgan entre todos trato familiar, los padres de cada uno de los compañeros, y los hermanos de cada uno con sus cónyuges o compañeros. Inclusive afirma que sus nietos tienen un especial afecto por C. C. por sus manifestaciones de cariño.

Los testigos de fs. 40 y 41 corroboran la unión afectiva y asistencial de ambos, y las referencias concretas efectuadas por la testigo anterior. Especialmente, el declarante de fs. 41, que señala que el trato que se dan los presentantes se evidencia como una relación de pareja en los múltiples aspectos cotidianos, en las actividades sociales, en los acuerdos y entendimientos encarados respecto a los temas relativos a la vivienda, vacaciones y proyectos en general. Ha señalado también que dado que el Sr. C. C. ha encontrado trabajo sólo recientemente, con anterioridad a ello el Sr. A. A. asumía el mantenimiento del hogar común y de los gastos para satisfacer las necesidades personales de C. C.

Los propios interesados, interrogados también en forma directa por el tribunal, 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 en enfermedades y dificultades cotidianas. El Sr. A. A. ha manifestado que tuvo una enfermedad virósica en el ojo derecho que le impuso

un vendaje oclusivo y le impidió valerse por sí mismo durante un período de dos meses, siendo asistido en todo momento por el Sr. C. C. Del mismo modo ha relatado –y corroborado con prueba instrumental– que en la fecha que se indica el Sr. C. C. debió ser sometido a una intervención quirúrgica en el Hospital Central, ocupándose el Sr. A. A. de su asistencia y cuidados postoperatorios, permaneciendo en el hospital junto a él, y habiendo debido obtener licencia en su trabajo durante dos días para asegurar su presencia en el período de internación.

Ambos han declarado que han constituido beneficiarios del seguro obligatorio al otro y a uno de sus padres, y relatado que gestionan la obtención de un préstamo conjunto y de tarjetas de crédito comunes pero que obtienen algunas dificultades en dichos trámites.

El testigo de fs. 43 remarca su amistad y la de su esposa con ambos peticionantes, y no sólo corrobora los hechos anteriormente declarados por los interesados y testigos anteriores, sino que describe un cuadro de clara convivencia basada en la solidaridad y en el afecto mutuo.

El testigo de fs. 41 vta. afirmó que la única diferencia en lo que respecta a cualquier trato familiar entre parejas es que en este caso ambos integrantes son del mismo sexo.

Descriptas así las relaciones de los peticionantes, ¿podría justificarse razonablemente alguna conclusión que descalificara sus relaciones como de ostensible trato familiar, por el solo hecho de ser convivientes del mismo sexo?

No ha sido ésta la respuesta de numerosas legislaciones internacionales y de algún ejemplo local como el de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ni tampoco las soluciones procuradas o perseguidas por algunos tribunales y organismos gubernamentales nacionales y comunitarios (para un estado de la cuestión deberán confrontarse: Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Derecho y homosexualismo en el Derecho Comparado. Derecho de Familia*, t. 13, p. 185; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, ps. 409 y ss.; Medina, Graciela, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Diversas formas familiares. Uniones de hecho homo y heterosexuales*, su ponencia ante el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Comisión N° 4, *Diversas formas familiares*, ps. 322 y ss., y Livellara, Silvina, *La familia, las uniones de hecho y el Derecho previsional*, su ponencia en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Comisión N° 3, *Régimen económico de la familia*, p. 338).

En nuestro país, por otra parte, la legislación previsional y de la seguridad social no ha pensado en el cuidado de la prole cuando ha establecido el otorgamiento de beneficios a las viudas o viudos, concubinos o convivientes, existan o no hijos. Sólo ha protegido el acceso común a los beneficios sociales

de quienes se sostienen o han sostenido mutuamente en una comunidad de vida afectiva y solidaria. Ha pensado en su igualdad de derechos frente a la seguridad social, por cuanto juntos han construido su vida común y su destino.

Es que el Derecho de la Seguridad Social tiene por función amparar al trabajador dependiente, al autónomo y al desempleado de las contingencias de la vida para protegerlos contra ciertos riesgos, intentando garantizar determinado nivel de subsistencia a las personas. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional garantiza a los trabajadores los siguientes beneficios, inherentes a la seguridad social: el seguro social obligatorio, las jubilaciones y las pensiones móviles y la protección integral de la familia.

El Derecho de la Seguridad Social se mueve en torno a principios bien cercanos a los que hemos resaltado como paradigmáticos en la familia, a saber: a) solidaridad: la seguridad social debe entenderse como una obligación de la cual toda la sociedad es responsable respecto de las contingencias que pueden sufrir cualquiera de sus componentes; b) subsidiariedad: el Estado no puede abandonar su responsabilidad; c) universalidad: la cobertura de servicios de la seguridad social se extiende a todos los individuos y grupos que integran un todo social sin ninguna excepción. “Sean hombres o mujeres, jóvenes o ancianos, empresarios o asalariados, etcétera, no debiendo existir discriminación por los sujetos”. Se ha declarado que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –ONU– del 10-12-48); d) integridad: debe prever y cubrir todas las contingencias sociales; e) igualdad: la seguridad social está obligada a brindar igual cobertura a todos los individuos con la única condición de que estén en igualdad de circunstancias o similares situaciones (art. 16, Const. Nac.); f) unidad de gestión; g) intermediación (conf. Campagnale [h], Humberto, *Manual teórico-práctico de la seguridad social*, La Ley, 1996, y Grisolia, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Depalma, 1998).

La Constitución de la Nación asegura a los habitantes que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social (art. 14 bis, Const. Nac.). Por otra parte, los Estados que han ratificado los pactos internacionales sobre derechos económicos y sociales, como el nuestro (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), tienen como obligación –tanto en lo que hace a los derechos individuales y políticos, cuanto en lo que hace a los derechos económicos, sociales y culturales– respetar, proteger, garantizar y/o promover, según la naturaleza del derecho y las circunstancias de hecho, las garantías establecidas, pudiendo su obligación agotarse en una faz meramente negativa –cuando el Estado

cumple absteniéndose de realizar cierta actividad— o tener una obligación claramente positiva —sea porque deba establecer cierto tipo de regulación sin la cual el ejercicio del derecho no podría realizarse puesto que requiere de cierto grado de reconocimiento jurídico efectivo, o sea porque requiera imponer mediante dicha regulación obligaciones o limitaciones a las personas privadas, o bien, sea porque deba proveer en forma directa de determinados servicios a la población— (conf. Abramovich, Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en *Revista Contextos*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 3 y ss.).

Ahora bien, parte de estas obligaciones activas del Estado respecto de la protección y garantización de los derechos sociales —una vez reconocido alguno de estos derechos a determinadas personas o grupos en una determinada medida y si es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son— se concreta en el control de legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el Derecho.

Esta tarea puede recaer en los jueces ordinarios cuando el Estado ha dictado ya normas, y de su interpretación depende, sea el reconocimiento o extensión analógica del derecho en el caso concreto, o bien, como se da en el caso de autos, la comprobación fáctica del presupuesto o antecedente de la norma en cuestión que generará la consecuencia jurídica fuera del ámbito judicial. En este sentido se ha recalcado el papel activo que la organización judicial debe cumplir como factor del desarrollo social y transformadora de las estructuras sociales (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Justicia y desarrollo*, en E. D. 155-1994-663), en función de las necesidades prácticas de la sociedad contemporánea y en consonancia con la evolución de la humanidad en torno a la afirmación de los derechos humanos.

Estimo que 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, fuera de que, en mi opinión —contraria a la mayoría de las

opiniones de la doctrina extranjera sobre el tema–, la discriminación por razones sexuales que prohíben los tratados internacionales de derechos humanos cuanto las leyes internas de los países no puede sino incluir en ella el concepto tanto de identidad sexual cuanto el de orientación o prácticas sexuales. Una interpretación limitada a la palabra empleada (“sexo”) me parece –dada la aceptación cada vez más generalizada y profunda de la libertad de elección sexual basada en el derecho a la autodeterminación personal– absurdamente literal, y exegética, desprovista del mínimo contenido contextual, histórico, cultural y sistemático de los derechos humanos reconocidos en el estado actual de la evolución de la comunidad universal.

Es que, aun dentro de la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que asimila “no discriminación” a “trato igualitario” (art. 16, Const. Nac.) –lo que, como se verá más adelante, puede no ser exactamente coincidente–, la tesis de igualdad de trato en igualdad de circunstancias se complementa con la tesis de la razonabilidad en la selección de esas circunstancias relevantes. Pero “...la razonabilidad o la elección del criterio apropiado varía de acuerdo con el fin que se busque por medio de la regulación de un derecho determinado” (conf. Saba, Roberto, *Discriminación, trato igual e inclusión*, en Abregú y Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 561 y ss.).

En el caso, el derecho a obtener la cobertura de la misma obra social de la que es titular un miembro de una unión de hecho y que se le otorga al conviviente por medio de la legislación de obras sociales, no busca otro fin que equiparar los medios proporcionados para prevenir y sobrellevar las contingencias de la salud a quienes llevan una comunidad de vida en todos los aspectos materiales y afectivos. Se busca que exista equivalencia de situaciones para ambos miembros de una pareja que enfoca solidariamente la solución a sus problemas existenciales, proporcionando el sistema de seguridad social un medio de contribuir a esa solidaridad con el otorgamiento de iguales prestaciones a quienes viven en común.

¿Qué razonabilidad habría entonces en evitar que este beneficio se otorgase a convivientes homosexuales, si con ello ni siquiera se alteraría mínimamente el paradigma de la pareja heterosexual como base de la institución matrimonial aceptada por el ordenamiento jurídico?

Del mismo modo, si el beneficio se extiende a cualquier conviviente que reciba trato familiar, inclusive a los padres o suegros a cargo de los beneficiarios titulares, ¿qué otra razón podría justificar la no inclusión en el grupo de convivientes con trato familiar a las parejas de homosexuales, que no fuera una definida antitolerancia ante su orientación sexual?

Debo agregar además que personalmente comparto la tesis que sostiene Saba, en el sentido de que la obligación de no discriminar impuesta por los tratados internacionales y las leyes internas (arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 16, 75, incs. 22 y 23, Const. Nac., ley 23.592, etc.) no resulta suficientemente atendida con el concepto de trato igualitario, según la idea desarrollada en los párrafos precedentes, sino que debe adicionarse a aquél la inclusión de los grupos minoritarios o excluidos, mediante una tarea de integración basada justamente en el reconocimiento de las diferencias. De este modo se salva la objeción relativa a que los homosexuales no pueden ser amparados por las garantías que corresponden a las minorías, puesto que a su respecto se otorgan garantías diacrónicas que se reconocen en función de la aptitud de la minoría para obtener alguna vez el lugar de la mayoría. En el caso de los homosexuales que sólo pretenden su reconocimiento pero no su expansión, sólo buscan una garantía sincrónica (Kemelmajer de Carlucci, ob. cit.), no política ni institucional. Pero es que ello no obsta –por el contrario, alienta– a la búsqueda de alternativas de integración de esas minorías excluidas, lo que, por otra parte, es un objetivo elemental de un Estado democrático y pluralista.

Fuera de ello, y si aún quedasen dudas sobre la necesidad de admitir la naturaleza eminentemente familiar del trato acreditado en autos por los convivientes por las razones de orden institucional referidas al principio de esta resolución, resta destacar que la ley 23.660 no instituye como condición de aplicación la existencia de un status familiar sino de lo que comúnmente se ha llamado un “rol”.

Desde el punto de vista de la Sociología, el status es la posición que se ocupa en la sociedad o en un determinado subsistema social, o comunidad de alguna naturaleza. Hay status adscriptos (los que recibimos sin ninguna acción o intervención de nuestra parte, como la posición de hijos, hermanos, etc.) y status adquiridos (los que se adjudican en virtud de determinada actividad específica del sujeto, como el status de esposo o esposa, profesor, abogado, sacerdote, etc.). Pero los sistemas (o subsistemas) sociales son conjuntos de relaciones que surgen a partir de aspectos seleccionados de la interacción de las personas, siendo estos aspectos de la interacción roles, en el sentido técnico. El rol es la expectativa de que el actor social se comportará de determinada manera, según sea su posición en la comunidad, esto es según sea su status social. Es un complejo normativo de derechos y obligaciones que se corresponden con las expectativas normativas atribuidas a esa posición.

Ahora bien, una persona puede desarrollar una determinada serie de relaciones en el marco de un determinado aspecto de la interacción social con

respecto a otros (desarrollar un determinado rol), sin que ello signifique necesariamente que por tal razón adquiriera el status que las normas o expectativas sociales hacen corresponder a tal rol.

Me parece que el caso de autos puede verse aun desde esta perspectiva para aquellos quienes objetan los puntos de vista admitidos precedentemente.

En efecto, señalar que entre dos personas existe trato familiar no equivale a otorgarles a cada uno de ellos un determinado status familiar en el sentido técnico del término. Que dos personas se den trato de esposos no los convierte automáticamente en cónyuges para el ordenamiento jurídico. Es lo que se ha sostenido permanentemente respecto de las uniones de hecho heterosexuales.

Ello no significa, sin embargo, que el Derecho no pueda atender a esas circunstancias particulares, atribuyéndoles consecuencias que se estimen justas, o necesarias, convenientes en el contexto del ordenamiento jurídico general. En este sentido ha dicho con acierto el sacerdote jesuita Paolo Ferrari Da Passano –aun desde una óptica claramente contraria a la resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales, producida en Strasburgo en 1994– que “la realidad de la homosexualidad siempre ha existido, e incluso en ciertas épocas su relevancia social se ha acentuado por causas que aquí nos excusamos de examinar y no todas ellas fisiológicas. No se ve por qué se deban desgarrar las vestiduras si el Derecho se dedica a regular el fenómeno en la medida en que la sociedad mantenga el deber de proteger intereses y garantizar el orden en la vida colectiva. Y respecto de esto, en forma parcial y con modalidad diferente ya lo han dispuesto algunos países, en particular en el mundo occidental”. A continuación señala que si bien una pareja homosexual puede ciertamente desarrollar algunas de las funciones de la figura de “padre” o “marido”, no podrá hacerlo con todas –y aclara el autor que a su juicio no podrá desarrollar ninguna de las más significativas desde el punto de vista metajurídico–, por lo que no podrá adjudicársele la “etiqueta” de padre o marido (el autor expresa textualmente “el capello”, palabra que describe acabadamente el concepto de status) pero ello no implica que no deba preverse una normativa lo más amplia posible respetuosa de las diferencias (conf. Ferrari Da Passano, Paolo, S. J., *Homosexualidad y Derecho*, en E. D. 163-1013).

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.

Por las razones expuestas, estimo que debe entenderse acabadamente

probada la convivencia de los peticionantes, con los caracteres descriptos en los fundamentos de la presente resolución.

Por lo dicho, resuelvo: Tener por acreditado de conformidad a la prueba producida en esta causa que los Sres. A. A., DNI: ... y C. C., DNI: ..., son convivientes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar.

Graciela B. Mastracusa

3. CCom. de San Isidro, sala I, “Dresler, Juan Alberto c/Vieyra, Virginia Evangelina s/Reconocimiento de sociedad de hecho”

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los veinticuatro días del mes de junio de mil novecientos noventa y nueve, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dra. Graciela Medina, Roland Arazi y Carmen Cabrera, para dictar sentencia definitiva en el juicio: “Dresler, Juan Alberto c/Vieyra, Virginia Evangelina y otro s/Reconocimiento de sociedad de hecho”, y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Medina, Arazi, Cabrera de Carranza, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

I. Cuestión

¿Debe modificarse la sentencia apelada?

Votación

A la cuestión planteada la señora jueza doctora Medina dijo:

La sentencia de fs. 311-315 fue apelada por ambas partes: la demandada expresa agravios a fs. 329-333, los que son contestados a fs. 335-337; el actor lo hace a fs. 327-338, los que son respuestas a fs. 338-339.

Los accionados se quejan fundamentalmente de que el juez haya aplicado los principios jurídicos relativos al concubinato a la unión entre dos hombres y que en base a ellos haya aceptado la existencia de una sociedad de hecho entre el actor y el hermano de los demandados (ya fallecido). Entienden que no es concubinato la unión homosexual y consideran que no existe prueba de la sociedad de hecho.

El accionante se queja primordialmente porque el juez de la instancia anterior estableció que su parte había participado en un 30% en la compra

del inmueble; entiende que en realidad había colaborado en el 50% de la adquisición del inmueble.

La cuestión traída a resolver resulta novedosa en nuestro Derecho ya que se trata de un problema patrimonial por la disolución de una unión de hecho homosexual, surgido a raíz de la muerte de uno de los homosexuales, entre los herederos y el miembro sobreviviente de esta unión.

A los efectos de dar respuestas al interrogante inicial entiendo necesario: (i) previo a todo hacer un relato de los antecedentes de la causa; (ii) luego determinar si son de aplicación a los conflictos patrimoniales surgidos a la disolución de uniones de hecho homosexuales los principios jurídicos que sirven para resolver controversias suscitadas a la disolución de uniones de hecho heterosexuales; (iii) establecer si existió sociedad de hecho; (iv) precisar los principios jurídicos aplicables a la resolución del conflicto; (v) establecer si existió un condominio entre los convivientes.

II. *Antecedentes*

Juan Alberto Dresler y Luis Ernesto Ramón Vieyra iniciaron una unión de hecho homosexual en el año 1976 y convivieron juntos hasta el día 4 de diciembre de 1996, fecha en la cual fallece Luis Ernesto Ramón Vieyra a consecuencia de sida.

Durante los 20 años de convivencia mantuvieron una comunidad de vida estable, duradera y pública, contribuyendo en forma conjunta a las necesidades mutuas.

Prueban la unión de hecho homosexual (que fuera negada al contestar demanda) las declaraciones de múltiples testigos de la causa, quienes dan cuenta de la publicidad de las relaciones, de los frecuentes viajes al extranjero que realizaba la pareja, y del auxilio mutuo que se prestaban tanto en la contribución económica a las necesidades del hogar común como en la atención de las enfermedades.

Es de destacar, en lo que hace a la contribución conjunta de las necesidades mutuas, que el señor Ernesto Vieyra otorgó a Luis Alberto Dresler una extensión de su tarjeta de crédito. Afirmen los testigos que cuando salían juntos con amigos el actor abonaba los gastos, que se ocupaba de cocinar, que las comidas eran elaboradas, que se hacía cargo de las reparaciones de la vivienda y que abonaba los gastos que ésta producía, y que Alberto cuidó a Ernesto en su última enfermedad.

Durante la vigencia de la unión homosexual, ambos miembros realizaron múltiples viajes conjuntos al exterior y al interior de nuestro país (prueba de ello son los pasajes aéreos acompañados) y convivieron en diferentes domicilios, donde recibían correspondencia que los aludía como pareja y que ha

sido acompañada, y donde también eran visitados por parientes y amigos, según se demuestra con las fotografías acompañadas.

Concretamente, la pareja habitó conjuntamente en los siguientes domicilios en calidad de inquilinos: 1) Juan José Paso 276, Martínez, Provincia de Buenos Aires; 2) Sánchez de Bustamante 2458 de Capital Federal; 3) Villate 369, Olivos, Provincia de Buenos Aires, desde el año 1985 a 1989; 4) Arenales y Montevideo de Capital Federal. Con posterioridad habitaron en la casa de Virginia Vieyra en calidad de comodatarios (hermana del fallecido Ernesto y demandada en autos) hasta agosto de 1995, ya que el esposo de Virginia Vieyra, el señor Herman Willemyns, trabajaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores y como estaba agregado en la Embajada Argentina en Bélgica no vivían en el país, motivo por el cual la pareja cuidó el inmueble de los Vieyra-Willemyns hasta su regreso.

Finalmente la pareja homosexual se trasladó a vivir a la calle Villate 369-371 de Olivos, Provincia de Buenos Aires, previa compra del inmueble con dinero aportado por los dos miembros de la unión y con \$ 30.000 prestados por la hermana de Vieyra.

El inmueble costó \$ 82.000, de los cuales \$ 30.000 fueron abonados con dinero que había sido prestado por Virginia Vieyra a su hermano Ernesto Vieyra; el resto fue pagado con dinero aportado por los dos convivientes, según surge de las declaraciones unánimes de los testigos Beltrán de fs. 181-183, María Alejandra Szekeli a fs. 185-187, Pablo Cela Mareco a fs. 190-191 y Fernando Frías de fs. 196-197. El aporte hecho por Juan Alberto Dresler para la compra de la vivienda provino del pago de un retiro voluntario en un laboratorio y de lo obtenido en un juicio ganado (fs. 185-187).

Ante la enfermedad de Ernesto Vieyra, por recomendación del doctor Manassi se le practicaron análisis a fines de 1996 que dieron como resultado que era portador del virus de HIV, motivo por el cual el doctor Manassi (fs. 261), enterado de la relación convivencial con Dresler, le recomendó la realización del test de detección del HIV, cuyo resultado se encuentra agregado a fs. 226 y demuestra que el actor también es portador del virus.

El sida produjo la muerte de Vieyra, quien fue cuidado en su última enfermedad por Alberto (según declaraciones, entre otros, de Sandra Roxana Pastra de fs. 255).

Muerto Ernesto, Alberto Dresler solicita a sus herederos que se le reconozca la parte de dinero con la cual él había contribuido a la compra del inmueble que fuere escriturado a nombre de Ernesto.

Los hermanos del fallecido –Luis Alejandro Vieyra y Virginia Evangelina Aurora Vieyra de Willemyns, hoy sus herederos– se negaron a reconocerle participación alguna, motivo por el cual el sobreviviente de la unión de hecho

homosexual inicia un juicio en el que solicita el reconocimiento del aporte de capital para la compra del bien en cuestión; a la acción la denomina reconocimiento de sociedad de hecho y en el pleito fundamentalmente se prueba la existencia de la unión homosexual y la compra de la vivienda con el dinero de ambos.

El juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión y consideró acreditada la existencia de la unión y de la sociedad de hecho y estimó que la actora había contribuido en la adquisición del bien inmueble ubicado en Carlos Villate 369-371 de Olivos en un porcentual del 30% de su valor; para llegar a este resultado aplica las soluciones y la jurisprudencia dadas para situaciones similares en caso de uniones entre un hombre y una mujer.

Los demandados se disconforman de la equiparación del concubinato a la unión existente entre dos hombres y entienden que no hubo sociedad de hecho, mientras que el actor considera que su porcentaje de aporte a la compra de la vivienda fue mayor que el aceptado por el sentenciante.

III. *Unión de hecho homosexual. Diferencia con la unión de hecho heterosexual*

Como el caso venido en apelación ha sido resuelto aplicando a la cuestión patrimonial surgida a la disolución de una unión homosexual los principios jurídicos con los cuales se han resuelto los conflictos de uniones de hecho heterosexuales, resulta necesario previo a todo conceptualizar qué se entiende por unión de hecho, para luego precisar a qué se denomina unión de hecho heterosexual y a qué se define como unión de hecho homosexual, para después comparar cuáles son los caracteres y diferencias entre ambas, a fin de poder determinar si no obstante las diferencias entre las uniones heterosexuales y las homosexuales, se puede dar solución a los conflictos patrimoniales que se presentan a la disolución de la convivencia de las personas del mismo sexo, conforme a los principios que han sido utilizados para dirimir controversias similares en uniones de personas de igual sexo.

Es muy difícil conceptualizar una forma de vida que no está institucionalizada, que no se encuentra legislada, que puede presentarse de diferentes maneras y ser producto de diferentes causas como lo son la libre determinación, la ignorancia o la imposibilidad de vivir en matrimonio, y que es denominada de diferentes formas. En Italia se habla de familia de hecho, unión de hecho o convivencia fuera del matrimonio (Bernardini, M., *La convivencia fuera del matrimonio*, Padova, 1992).

La doctrina francesa utiliza los términos unión libre (De Pagé, P. y De Valkeneer, R., *Unión libre*, Actes du colloque tenu à l'Université Libre de Bruxelles le 16 octobre 1992) o concubinato (según Carbonnier, este término

ofrece la comodidad de prestarse a una denominación que designa a los interesados: el concubino y la concubina. Carbonnier, J., *Hors mariage. Droit Civil 2, La famille*, Presses Universitaires de France, 1992, ps. 323-324), mientras que la española usa la terminología de “convivencia extramatrimonial”, “unión libre”, “unión de hecho”, “concubinato”, “familia de hecho”, “familia no matrimonial”, “matrimonio de hecho”, “uniones maritales de hecho”, “parejas no casadas”, “compañeros no matrimoniales”, “convivencia *more uxorio*” (Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 50).

Pocas son las definiciones que conocemos que comprendan todas las especies que se puedan presentar, y que abarquen tanto las uniones de homosexuales como las uniones heterosexuales.

Una de las escasas definiciones de uniones de hecho que comprende ambas formas fue la dada en el Parlamento de Cataluña en España en el año 1994, por el Partido de Iniciativa por Cataluña y por el Grupo Socialista, en oportunidad de presentar un proyecto de ley que tenía como objeto la regulación de las uniones de hecho homo y heterosexuales; en él se definió a las uniones de hecho como las “formadas por aquella persona que convive maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona”. Aunque valga decir que en definitiva esta definición no fue adoptada en la Ley de Cataluña que regula las uniones de hecho sancionada en el año 1998 (comentario de la cual se puede leer en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 20, en la sección correspondiente a *Legislación y Jurisprudencia Extranjeras* de mi autoría, y en *Jurisprudencia Argentina, Las uniones de hecho hetero y homosexuales en la ley catalana 10-1998*, de Jorge Azpiri).

Otra definición comprensiva de los dos supuestos fue dada por el cate drático español Martinell en oportunidad de inaugurar las XI Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lleida dedicadas al estudio de las uniones de hecho celebradas en España en 1996 al decir: “La unión de hecho *es la unidad convivencial alternativa al matrimonio*” (Martinell, J. M. y Areces Piñol, M. T., *Uniones de hecho*, Ediciones de la Universidad de Lleida, España 1998, p. 11).

Dentro de estas uniones genéricamente consideradas se puede distinguir las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales.

Las uniones heterosexuales en nuestro Derecho son identificadas con el nombre *concubinato* y pueden ser definidas como “la unión libre de un hombre y una mujer que sin estar unidos por el matrimonio mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.

Mientras que: “Las uniones de hecho homosexuales son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente”.

Los caracteres comunes a ambos casos son la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad.

La diferencia que se advierte en el Derecho Comparado radica en que las parejas heterosexuales pueden en general contraer matrimonio y acceden con mayor facilidad a la adopción (no en nuestro país) y a las técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de parejas de homosexuales la igualdad sexual de sus miembros en general los imposibilita a contraer nupcias.

En los países en que les está permitido casarse, no les está permitido adoptar. Así por ejemplo, la ley danesa del 1º de octubre de 1989 que fuera aprobada por el Congreso no obstante el dictamen contrario de la Comisión Jurídica Previa del Estudio, equipara a la unión homosexual al matrimonio heterosexual con dos restricciones fundamentales. La primera es que los homosexuales no pueden adoptar ni ejercer un derecho de guarda conjunto, y la segunda es que sólo pueden celebrar un matrimonio civil pero no religioso y que al momento del divorcio no se puede solicitar la mediación de un clérigo para reconciliar a los concubinos (Navarro-Vals, Rafael, *Las uniones de hecho en el Derecho Comparado*, en *Uniones de hecho*, Ediciones de la Universidad de Lleida, España, 1998, p. 34).

Por su parte la ley noruega del 1º de agosto de 1993 especifica que las uniones homosexuales registradas producen los mismos efectos que el matrimonio salvo en lo relativo a la adopción.

Otra distinción, aunque de menor importancia jurídica, es la diferencia cuantitativa; es una constante mundial que las parejas de hecho homosexuales son mucho menos que las heterosexuales.

Así por ejemplo en Cataluña, según el censo de 1991, de 54.000 parejas de hecho 43.500 eran heterosexuales y 10.500 eran homosexuales (Martín Casals, Miquel, *Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1995, t. XLVIII, p. 1721).

La imposibilidad de casarse que tienen los convivientes homosexuales hace que nunca puedan ser herederos ab intestato, porque la sucesión se difiere por ministerio de la ley, por matrimonio o por parentesco y como los miembros de una pareja homosexual no reúnen ninguno estos caracteres, carecen siempre de vocación hereditaria intestada. Esta circunstancia ha motivado que en la Ley de Parejas de Cataluña de octubre de 1998 se acuerden derechos sucesorios ab intestato a los convivientes homosexuales en el artículo 34.

De lo expuesto advierto que no existen diferencias sustanciales en orden a los problemas patrimoniales que se suscitan a la disolución de la unión de hecho, salvo en lo relativo a la imposibilidad de suceder en forma ab intestato,

ya que como dijera en el párrafo anterior, los convivientes de hecho, cualquiera sea el tipo sexual, no tienen derecho hereditario intestado, pero en el caso de los heterosexuales los podrían haber adquirido casándose, mientras que los homosexuales ni aunque quisieran podrían tenerlos.

Por lo expuesto estimo que la resolución del conflicto generado a la disolución de una unión de hecho homosexual, en un país como el nuestro, que carece de una regulación legislativa específica sobre el tema, puede ser realizada aplicando los principios jurídicos que han dado solución a la resolución de controversias entre las parejas de hecho heterosexuales, porque las diferencias *entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación* (sobre los fundamentos que justifican un desigual tratamiento en este aspecto nos remitimos a la doctrina emanada de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos en los precedentes “Rees”, 1986; “Cossey”, 1990; “Sheffielde et Horsham”, 1998 y “X, Y y Z contra Reino Unido” y en *La unión de las personas transexualizadas: límite jurisprudencial al “ius nubendi”*, en *Uniones de hecho*, Universidad de Lleida, 1998, p. 447; *Uniones de hecho y derecho a la adopción*, en *Uniones de hecho*, p. 273. Ignacio, Graciela, *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*, en J. A. del 3-2-99) *no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión, motivo por el cual estimo necesario desestimar el agravio de los demandados relativos a que la diferencia entre unión homosexual y concubinato no permite solucionar los problemas generados en una unión homosexual aplicando las pautas de una unión concubinaria y dirimir esta controversia aplicando por analogía la vasta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en resolución de conflictos económicos motivados por la finalización del concubinato.*

IV. *Sociedad de hecho*

Se quejan los apelantes de que se haya reconocido la existencia de una sociedad de hecho entre su causante y el actor.

Como ya lo expresara en el considerando III, considero aplicable analógicamente los principios que se han utilizado para dar solución a los conflictos originados en las uniones concubinarias.

Estimo oportuno utilizar la expresión sociedad de hecho porque es la que más se utiliza en nuestro país y porque fue la empleada por el sentenciante de la instancia anterior y por las partes, sin perjuicio de no desconocer que en el Derecho Comparado se distingue entre la sociedad creada de hecho (*société crée de fait*) y la sociedad de hecho (*société de fait*); así en Alemania

el término *Faktische Gesellschaft* está reservado a la sociedad creada de hecho, mientras que la sociedad de hecho es llamada *fihlerhafte gesellschaft* (Marty Schmid, Helen, *La situatios patrimoniales des concubins... la fin de l'union libre*, Librairie Droz, Genève, 1986, p. 179).

En lo relativo a la sociedad de hecho entre concubinos los principios que rigen la materia son los siguientes:

- Los concubinos pueden constituir una sociedad de hecho.
- El concubinato no implica la existencia de una sociedad de hecho.
- Para demostrar la existencia de una sociedad de hecho entre ellos los concubinos deberán probar los aportes y la participación en las utilidades y en las pérdidas.

Enseña el profesor Bossert en su ya clásica obra sobre el tema que “La posibilidad de constituir una sociedad no debe inducir al error de suponer que el mero hecho de la existencia de la unión extraconyugal implica por sí sola la existencia de una sociedad entre los sujetos”. Y sigue diciendo: “por más que haya una comunidad de vida, ésta atañe solamente a los aspectos personales (íntimos o sociales) pero no alcanza a las cuestiones patrimoniales. Pero tampoco impide que éstas estén presentes, como agregado que tiene una base de sustentación autónoma” (Bossert, Gustavo, *Régimen jurídico del concubinato*, p. 63).

Los principios antes sentados son reconocidos en forma uniforme por la jurisprudencia de las Cámaras de Apelación de nuestro país y de las Cortes estatales o provinciales. Valga citar a título de ejemplo lo siguiente:

Los concubinarios tienen posibilidad de formar sociedades, pero el concubinato, de por sí, no hace surgir una sociedad de hecho, ni una presunción de que exista y que permita reclamar la mitad de los bienes ingresados al patrimonio del concubinato durante la época de la convivencia, pero, si se han probado los aportes efectivos de la mujer, entonces hay sociedad de hecho y nace el consiguiente derecho a reclamar la parte correspondiente (CNCiv., sala D, 30-8-96, “Serpe, Sergio Eduardo c/Zabala, Zulema Ibemilda s/Desalojo”).

El concubinato como situación irregular y de hecho no genera más derechos y obligaciones que las emergentes del Derecho común; no crea per se una sociedad de hecho entre los concubinos; tal sociedad puede existir pero sin causa en el concubinato, siendo los aportes comunes de bienes o trabajos los que revelan una comunidad de intereses (CNCiv., sala L, 8-6-94, “R., D. E. c/F., L. G. s/Disolución de sociedad”).

La existencia de un concubinato no hace presumir, a su vez, la de una sociedad de hecho entre los concubinos (SCJBA, 1-9-87, “Conde, Nélica c/Schiano Monroy, Mirta Edith y Schiano Monroy, Silvia Ethel s/Reconoci-

miento, disolución y liquidación de hecho, rendición de cuentas”, BA B10219; 7-6-88, “Gómez de la Vega, Marta c/Espeche, Carlos s/Disolución de sociedad de hecho”; 23-6-92, “Costa, Carlos Antonio Jorge c/Liniers, Esther Azucena s/División sociedad de hecho”).

El concubinato no hace surgir de por sí una sociedad de hecho ni la presunción de que exista, pero si se ha probado los aportes efectivos, entonces, hay sociedad de hecho y nace el consiguiente derecho a reclamar la parte correspondiente (CCCom. de Mar del Plata, sala 1ª, 30-12-92, “Zingarelli, Rosa c/Delfino, Héctor su sucesión s/Reconocimiento sociedad de hecho”, BA B1350328).

El concubinato permite presumir la existencia de una “comunidad de intereses”, que resulta insuficiente para considerar presumida la existencia de una “sociedad de hecho”, situaciones bien distinguibles, pues en el segundo supuesto esa comunidad de intereses debe contar además con la demostrada existencia de un *animus societatis* que presida la gestión económica común, tratando de obtener alguna utilidad apreciable en moneda (art. 1648, Cód. Civ.) (C1“CCom. de La Plata, sala 2ª, 26-5-92, “F., O. A. c/M., M. C. s/Simulación”, BA B150587).

Para que reconozca la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos es preciso la prueba de aportes y trabajos comunes, el propósito de obtener una utilidad apreciable en dinero y la existencia de una comunidad de bienes destinada a obtener un beneficio común a ambos, pues de por sí el concubinato no implica ni hace presumir la existencia de una sociedad de este tipo (STJ de Chubut, 2-3-73, “Moreno de Elgorriaga, Teresa c/Liñeiro, Luis suc. y/o quienes resulten herederos”, CHU 07323).

Habiéndose promovido acción judicial por disolución y liquidación de una sociedad de hecho, resulta improcedente que la accionante se funde exclusivamente en la relación de concubinato con el accionado para acreditar la existencia del ente societario. Son los aportes de bienes o trabajo los que revelan una comunidad de intereses, por lo tanto, cada uno de los concubinos debe acreditar que el aporte fue destinado a una gestión económica con miras a obtener una utilidad traducible en dinero, participando ambos en las ganancias y las pérdidas de la empresa común (CNCom., sala C, 30-3-95, “Pozner, Adriana Mirta c/Del Castillo, Rodolfo Mario s/Ord.”).

Aplicando los principios antes expuestos al tema de la unión homosexual podemos concluir afirmando que la pareja homosexual puede constituir una sociedad de hecho, pero que ésta no surge de la mera convivencia homosexual, sino que debe ser demostrada mediante la prueba de los aportes y de la participación en las utilidades y en la pérdidas.

En el caso traído a resolución no se ha demostrado ni probado la existencia

de una sociedad de hecho, ya que no se han probado los aportes a una empresa común, ni la participación en las pérdidas y las ganancias.

Bossert enseña que la mera compra en común acreditando que ambas partes aportaron fondos para ello, de un inmueble en el que se asienta el hogar de la pareja, no implica la intención de realizar una gestión económica asociada destinada a producir utilidad (*La prueba de la sociedad de hecho*, en E. D. 85-245, y *Bienes adquiridos por ambos concubinos*, en J. A. 1979-III-297).

Por lo expuesto afirmo que no ha existido sociedad de hecho entre el causante de los demandados y el actor.

Pero lo más significativo es que no se ha intentado el reconocimiento de una sociedad de hecho, aunque así se denominó a la acción, sino el reconocimiento de un condominio, que según las manifestaciones del actor se constituyó al haber aportado dinero para la adquisición del inmueble de la calle Villate.

V. De la recalificación de la acción

Creo conveniente seguir en este caso al precedente dictado por el superior tribunal mendocino con voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en el caso “O. H. C. c/A. M. C.”, publicado en L. L. 1991-C-379, donde se afirmó lo que transcribo por coincidir totalmente con lo expuesto y por estimarlo aplicable a la resolución del presente conflicto; aun aceptando las dificultades que supone la distinción entre el condominio y la sociedad de hecho, corresponde analizar las constancias de autos a la luz de las normas sobre el condominio. Esta recalificación de ningún modo afecta el derecho de defensa de la demandada, pues los hechos invocados fueron la existencia de aportes comunes para adquirir los bienes cuya división se solicita y es sobre constancias de autos a la luz de las normas sobre el condominio. La Corte nacional tiene dicho que “conforme a la regla del *iura novit curia*, el juzgador tiene no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirigirlos según el Derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos de la sentencia de Cámara” (16-12-76, E. D. 17-158, L. L. 1977-A-259). Justamente en ese fallo el supremo tribunal del país revocó la sentencia de Cámara que rechazó la demanda en que los actores afirmaron la existencia de una simulación y aportaron vehementes indicios de ella, pero el tribunal de grado sostuvo que “la posible realidad fáctica que pueda presumirse no puede ser computada judicialmente a falta de acción de simulación” (conf. con la solución y la facultad de calificar la acción entre concubinos como acción de división de condominio aunque se haya demandado por disolución de sociedad de hecho) (Bossert, ob. cit., en J. A. 1979-III-296 y ss.).

Atento a lo antes expuesto, conviene analizar si existió condominio entre los miembros de la unión de hecho homosexual.

VI. *La convivencia homosexual por sí sola no produce necesariamente una copropiedad*

El Superior Tribunal español ha tenido oportunidad de decir el 27 de mayo de 1994 que “la convivencia *more uxorio* por sí sola no produce necesariamente consecuencias económicas, porque en ella cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes lo practican” (citado por Moreno Quesada, Bernardo, en *La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho*, en *Parejas de hecho*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1996, p. 63).

El principio antes citado es válido para la unión de hecho homosexual, y además agregó que la mera convivencia de dos homosexuales en una unión de hecho no crea una copropiedad de bienes, e incluso puede ocurrir que los convivientes rechacen cualquier tipo de implicancia patrimonial.

VII. *Es inaplicable a los miembros de la unión de hecho el régimen patrimonial matrimonial*

En nuestro país, por ahora, existe un régimen patrimonial matrimonial único, obligatorio y forzoso de comunidad de ganancias; este régimen es inaplicable a las uniones de hecho homosexuales porque:

- El régimen patrimonial matrimonial sólo se aplica imperativamente a los cónyuges.
- Los homosexuales no pueden contraer matrimonio, por lo tanto no se les aplica obligatoriamente el régimen patrimonial matrimonial.
- Por el principio de la autonomía de la voluntad los miembros de una comunidad homosexual pueden establecer el régimen patrimonial que más les convenga para regir durante la vigencia de la unión y regular los efectos de la disolución en vida de ambos convivientes, e inclusive a la muerte, siempre y cuando se respeten los principios de orden público que reglan el Derecho de Sucesiones.

En el presente caso los miembros de la unión homosexual no pactaron expresamente una forma de reglamentar sus relaciones patrimoniales, ni tampoco testaron uno a favor de otro (pudiendo haberlo hecho Dresler, ya que sus herederos no eran legitimarios).

De lo expuesto hasta acá se desprende que, ante la muerte de uno de los miembros de la unión de hecho, para resolver los problemas surgidos entre el sobreviviente y los herederos testamentarios del premuerto no se puede acudir al derecho sucesorio testamentario porque no hay testamento, ni aplicar

las normas del régimen patrimonial matrimonial porque no hay matrimonio, ni aplicar lo previsto expresamente por los miembros de la unión porque no convinieron expresamente sobre el tema. Ni tampoco definir la situación por una legislación específica supletoria porque se carece de ella, por lo que habrá que estar a las normas generales de Derecho sobre el caso.

VIII. *De la prueba del condominio*

La unión de hecho homosexual duró 20 años, desde el año 1976 hasta el año 1996, y si bien la mera perdurabilidad en el tiempo no hace presumir la existencia de aporte, la persistencia en el tiempo es una circunstancia que influye en el razonamiento judicial (del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el fallo antes citado), aunque reitero no basta para acreditar el aporte.

Durante la vigencia de la unión Juan Alberto Dresler trabajaba simultáneamente en dos trabajos, por un lado se desempeñaba como empleado en OSPLAD donde trabajó desde el 3-3-79 hasta el 14-8-91, fecha en la cual se acogió a un retiro voluntario y cobró la suma de australes 76.444.592 según informe de fs. 215; por otra parte trabajaba en un Laboratorio, primero en el Laboratorio Teodoro Álvarez durante los años 1980 a 1981 (fs. 200), luego en el Laboratorio Rodríguez Peña desde 1985 hasta 1988, y finalmente en el Laboratorio Láser hasta la fecha de la demanda. Mientras que Ernesto Vieyra lo hacía en el Congreso de la Nación Argentina, según informan los testigos, ganando aproximadamente \$ 2.700 según informa el testigo Díaz y reconoce el actor al momento de alegar.

No existen constancias en la causa que demuestren que Dresler posea otros bienes, y el único bien que tenía Vieyra era el inmueble de la calle Villate, según surge de los autos sucesorios que tengo a la vista.

Considero que no se puede presumir que todo lo ganado por el accionante fuera para el mantenimiento de ambos convivientes homosexuales y que lo ganado por uno de ellos, que era el que trabajaba en un solo empleo, se empleara para comprar bienes a su nombre.

Por otra parte todos los testigos de la causa ofrecidos por la actora afirman que el inmueble se compró con el aporte de los dos convivientes, y con un préstamo de \$ 30.000 de la hermana de Ernesto. De la prueba testimonial aportada surge indubitable el aporte en dinero de los dos convivientes para la compra del bien inmueble que se registró a nombre del causante de los demandados. Surge además que el aporte del señor Dresler provino de lo que le fue pagado por el retiro voluntario de OSPLAD y de lo cobrado en un juicio (Beltrán a fs. 181-183, María Alejandra Szekeli a fs. 185-187, Pablo Cela Mareco a fs. 190-191 y Fernando Frías a fs. 196-197).

No está claro cuál es la causa de la interposición de personas en el condominio, pero sí surge evidente que ha existido interposición de personas en la titularidad del inmueble. Tampoco se puede precisar exactamente cuánto aportaron cada uno de los miembros de la unión para la compra del bien.

IX. *De los porcentajes de la cotitularidad*

El señor magistrado de primera instancia reconoció que Dresler había aportado el 30% del valor del inmueble; este porcentaje es apelado por el accionante, quien pretende haber aportado el 50% del valor del inmueble. Adelanto mi opinión en el sentido de que no se encuentra demostrado que el accionante haya participado con el 50% del valor del inmueble. Baso mis conclusiones en lo siguiente:

- El inmueble fue escriturado por \$ 70.000, pero se pagó realmente \$ 82.000, según surge de la aceptación de Virginia Vieyra al absolver posiciones a fs. 159 respuesta a la 21 posición.
- De esos \$ 82.000 la suma de \$ 30.000 fueron pagados con dinero que le fuera prestado a Ernesto Vieyra por su hermana.
- Los \$ 30.000 eran devueltos a razón de \$ 1.000 o \$ 1.200 por mes, según declaraciones de Norma Palermo (fs. 281 vta.).
- Los ingresos de Ernesto Vieyra eran superiores a los de Alberto Dresler, de donde tengo para mí que atento a los mayores ingresos del causante, mayor ha de haber sido su participación económica en la compra del inmueble.
- No sólo que no se encuentra probado que Dresler hubiera participado con el 50% en la compra del inmueble, sino que tampoco se encuentra claramente planteado al deducir demanda, ya que Dresler manifiesta a fs. 96 vta.: “Nosotros pusimos \$ 30.000, su hermana nos prestó otros \$ 30.000 y el resto se pagó mensualmente”.

Por ende, coincido en lo afirmado por el sentenciante de la instancia anterior en cuanto a que Dresler participó en un porcentaje menor al de Vieyra y en definitiva considero que su participación fue del 33,33% en la adquisición del inmueble.

Por lo expuesto, voto por la *afirmativa*.

A la misma cuestión, el Dr. Roland Arazi, por iguales consideraciones, votó también por la *afirmativa*.

Sentencia

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede se modifica la sentencia apelada y se reconoce la existencia de un condominio entre Juan Ernesto Dresler y Luis Ernesto Ramón Vieyra en la adquisición del inmueble ubicado

en la calle Villate 369-371 de Olivos, Provincia de Buenos Aires, en el cual el 33,33% pertenecía al señor Juan Alberto Dresler y el 66,66% a Luis Ernesto Ramón Vieyra. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68 del CPCC). Se difiere la regulación de los honorarios para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**4. Supremo Tribunal de España, Sala Primera, 11-4-94,
“Fernández Pulido, José s/Amparo”, Auto N° 222/1994**

Sala Primera (Sección Primera): Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon y De Mendizábal.

Número de registro: 1101/1993.

Asunto: Recurso de amparo. Inadmisión. Principio de igualdad: homosexuales. Matrimonio: principio heterosexual. Pensiones de viudedad: vínculo matrimonial. Homosexuales: convivencia marital. Contenido constitucional de la demanda: carencia.

La Sección, en el asunto de referencia, ha acordado dictar el siguiente

Auto

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 12 de abril de 1993, don José Fernández Pulido solicitó designación de procurador y abogado del turno de oficio para formalizar el recurso de amparo.

2. Mediante providencia de 26 de abril de 1993, la Sección Primera de la Sala Primera acordó requerir al recurrente la acreditación documental de haber gozado de los beneficios de la justicia gratuita en el proceso judicial precedente o de hallarse en alguno de los supuestos de los artículos 13 y siguientes de la L. E. C.; así como la presentación de copia de la sentencia de instancia y certificación acreditativa de la fecha de notificación de la resolución impugnada.

3. En providencia de 24 de mayo de 1993, la Sección tuvo por recibido el escrito y los documentos presentados por el recurrente y acordó librar los despachos necesarios para la designación del turno de oficio de procurador y letrado. Una vez hechas las designaciones, se concedió un plazo de veinte días al letrado para la formalización de la correspondiente demanda de amparo.

4. Con fecha 16 de julio de 1993 se formalizó la demanda presentada por la procuradora de los tribunales doña Cristina Jiménez López, en nombre y representación de don José Fernández Pulido, contra las sentencias dictadas

por el Juzgado de lo Social Nº 11 de Madrid el 10 de junio de 1992 y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 25 de febrero de 1993.

5. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

a) El actual recurrente en amparo, pensionista de invalidez en el grado de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, estuvo conviviendo con don Antonio Hurtado Carmona desde el año 1978 hasta el día 29 de abril de 1990, en que falleció, este último, a consecuencia de un accidente de tráfico, camino a su domicilio. Durante todo ese tiempo el recurrente mantuvo una convivencia íntima estable y notoria con el causante.

b) La víctima venía trabajando para una empresa como ayudante de cocina, y se hallaba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

c) El actor, don José Fernández Pulido, solicitó ante la Seguridad Social una pensión de viudedad derivada del accidente laboral, que fue denegada por el INSS al no existir el vínculo conyugal con el causante que exige el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social. Formulada demanda laboral, se desestimó por el Juzgado de lo Social Nº 11 de Madrid a través de la sentencia de 10 de junio de 1992. Posteriormente se formalizó recurso de suplicación y fue igualmente desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia de 25 de febrero de 1993.

6. En su demanda de amparo, el recurrente entiende vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley que garantizaba el artículo 14, C. E., en relación con el artículo 41 de la C. E. por no haberse reconocido su derecho a percibir la pensión de viudedad y las prestaciones complementarias de indemnización a tanto alzado, al fallecimiento de la persona con quien convivía de forma marital.

Recuerda que este Tribunal se ha pronunciado sobre derecho a pensión en relación con el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social a través del concepto basado en el propio matrimonio o en la mera unión de hecho (*more uxorio*) (SSTC 184/1990, 30/1991 y 34/1991), no estimando que exista infracción del artículo 14, C. E. por no considerar equivalente el matrimonio y la convivencia marital. Así, si bien el criterio del Tribunal Constitucional es amplio en la equiparación del viudo o viuda, en las uniones de facto es restrictivo. Pero, a juicio del recurrente, el problema aquí planteado es mucho más profundo, en cuanto se plantea la posibilidad de equiparación en el tratamiento legislativo de los homosexuales, que tienen la imposibilidad legal de contraer matrimonio. La limitación de percibir la pensión de viudedad solamente para los casos en que exista vínculo matrimonial puede limitarse a las situaciones de hecho *more uxorio* que hubieran podido contraer matri-

monio, pero no a aquellos en que éste no ha podido realizarse por un impedimento legal, fundamentado en una cuestión que va en contra del principio del libre desarrollo de la personalidad.

Con reproducción de varios pasajes de la STC 47/1993, en la que se reconoce la vulneración del principio de igualdad en la subrogación en contrato de arrendamiento del conviviente *more uxorio*, concluye sus alegaciones reiterando que la limitación para contraer matrimonio por imperativo legal con persona del mismo sexo supone una infracción del principio de igualdad, dado que la homosexualidad y el transexualismo son realidades sociales aceptadas en el ámbito jurídico de la Constitución por apreciación del libre desarrollo de la personalidad.

Por todo lo expuesto, solicita de este Tribunal la nulidad de las sentencias dictadas y el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad y la indemnización a tanto alzado por el fallecimiento de su compañero.

7. Por providencia de 25 de octubre de 1993, la Sección acordó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3, L. Q. T. C., conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que formularan las alegaciones pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

8. Con fecha 3 de noviembre de 1993, el recurrente en amparo presentó su escrito de alegaciones, poniendo de manifiesto la trascendencia de lo que se discute, concretamente del reconocimiento de los derechos que se derivan de las relaciones entre personas del mismo sexo, así como la novedad y los escasos pronunciamientos que sobre esta materia existen en nuestro ámbito judicial y la repercusión en miles de casos similares.

9. El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido sobre inadmisión, mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 1993. En dicho escrito interesa la inadmisión a trámite de la demanda por carecer de forma manifiesta de contenido constitucional. A su juicio, “en el caso que nos ocupa, si bien se ha acreditado que el recurrente convivió extramatrimonialmente con el causante de la pensión, no consta ni que hubiera habido cambio de sexo, ni siquiera un intento de lograrlo, con trascendencia registral, ni un intento de matrimonio”. Añade, además, que “no concurre en esa relación, ni el vínculo matrimonial, ni le es aplicable la disposición adicional 10, de la Ley 30/1981, y aunque sólo tales circunstancias habrían hecho posible, en el actual estado legislativo, acceder a la pensión de viudedad, tampoco puede argumentarse que intentado el matrimonio, éste no hubiera podido contraerse, ya que no consta que se haya dado como probado que tal intento por parte de quien ahora recurre y el causante fallecido, hubiera tenido lugar”.

II. Fundamentos

1. El demandante de amparo denuncia vulneración del derecho a la igualdad por la sentencia impugnada que le niega el derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado por el fallecimiento en accidente *in itinere* de su pareja homosexual, por no concurrir el matrimonio previo que constituye *conditio iuris* para causar derecho a las prestaciones solicitadas.

Lo que imputa el actor no es que el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, del que infiere la condición señalada, haya sido aplicado al recurrente en forma discriminatoria por razón del estado civil, o que la norma en sí misma sea discriminatoria. La razón alegada para justificar la presunta discriminación estriba en que, al no existir posibilidad legal de contraer matrimonio entre homosexuales, se les coloca en una situación de desigualdad de trato, porque nunca pueden encontrarse en la situación legal del artículo 160 de la L. G. S. S. ya que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge superviviente.

La cuestión está, entonces, en determinar si el no reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad que trae origen mediato en la imposibilidad legal de los homosexuales de contraer matrimonio —ya que el artículo 44 del Código Civil sólo se refiere al matrimonio de dos personas de distinto sexo— vulnera el principio constitucional de igualdad.

2. Se ha de recordar que —como este Tribunal ha declarado reiteradamente— la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14, C. E., ni tampoco con las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/1990 y 66/1994).

Ciertamente, las antedichas afirmaciones han sido realizadas en el contexto de la confrontación entre la unión matrimonial y la puramente fáctica de heterosexuales, teniendo en cuenta que nada impide a quienes conviven de hecho contraer matrimonio.

Pero no debe haber impedimento alguno para hacerlas también extensibles al binomio unión matrimonial, unión de homosexuales que conviven maritalmente.

Una razón esencial para ello es que al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990).

Este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el artículo 10.2, C. E. En sendas sentencias (caso "Rees", 17-10-86, y caso "Cossey", 27-9-90) ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo, y que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante leyes el ejercicio del derecho de casarse.

En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo.

Una de las ventajas atribuidas al vínculo matrimonial es la posibilidad de acceder a las pensiones de viudedad. El artículo 160 de la L. G. S. S. establece, como condición para ser titular de la pensión de viudedad, que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio. Aunque la desaparición de uno de los miembros de la pareja de homosexuales que hubiese convivido habitualmente produce el mismo efecto, en cuanto a la pérdida de ingresos por la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo, la exigencia del vínculo determina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando es un homosexual no.

No es posible hallar en este trato más favorable a la unión familiar vestigio alguno de discriminación, pues, al margen de que tal situación ha de ser apreciada en el contexto señalado de que es legítimo que el legislador haga derivar del vínculo familiar determinados efectos, ha de tenerse en cuenta que el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de la previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador realice ciertas opciones selectivas, bien sea para cada situación o bien para cada conjunto de situaciones, determinando el nivel y condiciones de las prestaciones; de tal manera que no pueden considerarse sin más discriminatorias o atentatorias contra el artículo 14, C. E. estas disposiciones selectivas, a menos que las mismas no se amparen en causas y fundamentos razonables (SSTC 189/1987, 30/1998, 166/1990).

En su mano tiene el legislador la posibilidad de extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, sean o no heterosexuales, pero todavía no se ha considerado oportuno y ello —como se dice en la STC 66/1984— no puede considerarse inconstitucional.

En definitiva, admitida en cualquier contexto la constitucionalidad del vínculo matrimonial como requisito de acceso a la pensión de viudedad regulada en el artículo 160 de la L. G. S. S., y no concurriendo dicho vínculo en la relación que mantenía el actor con el compañero premuerto, no hay nada de inconstitucional en la denegación de la pensión de viudedad al demandante de amparo, toda vez que la misma se basa en un criterio razonable cual es la falta de uno de los presupuestos legales para hacer derivar aquel efecto.

Por lo expuesto, y en atención a la manifiesta ausencia de contenido constitucional de la pretensión, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a once de julio de mil novecientos noventa y cuatro.