

CAPÍTULO III

EFFECTOS FRENTE A TERCEROS. EL DERECHO PÚBLICO

I. Introducción	61
II. La seguridad social	62
1. Noción de seguridad social	63
2. El problema	65
3. La respuesta en el Derecho Comparado	66
A) Jurisprudencia	66
a) Jurisprudencia francesa	66
b) Jurisprudencia del Estado de Vermont	68
c) Jurisprudencia del Estado de Colorado	69
d) Jurisprudencia del Estado de Virginia	69
e) Jurisprudencia del Estado de Oregon	69
f) Jurisprudencia de Australia	70
B) Legislación	71
a) Legislación francesa	71
b) Legislación del Estado de Vermont	73
c) Legislación del Estado de Washington	73
d) Legislación del Estado de Michigan	73
e) Legislación del Estado de Wisconsin	74
f) Legislación catalana	74
g) Legislación de Aragón	75
h) Legislación de Canadá	75
i) Legislación de Australia	76
j) Legislación de Navarra	76
k) Legislación de Holanda	76
C) Políticas empresarias	77
D) Otras prestaciones de la seguridad social	77
4. La respuesta en el Derecho argentino vigente	82
A) La Ley de Obras Sociales 23.660	82
B) Fallo del Juzgado Civil, Comercial y Minas Nº 10 de Mendoza del año 1998	82
a) Hechos	82
b) Fundamentos del fallo	83
c) Opinión del doctor Jorge Adolfo Mazzinghi	86
d) Opinión de los doctores Adriana Wagmaister y Jorge Beckerman	88

5. Nuestra opinión	89
A) La denegatoria de la aplicación de la Ley de Obras Sociales al conviviente homosexual implica una discriminación en razón de la preferencia sexual	89
B) La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo vulnera el derecho a la salud ...	91
C) El no otorgamiento de la obra social a las parejas de igual sexo es contrario al pluralismo	93
D) El trato familiar, exigido por la ley para ser beneficiario de la obra social, no es exclusivo de las relaciones heterosexuales	93
III. Régimen de pensiones y jubilaciones	96
1. El problema	96
2. La respuesta en el Derecho Comparado.	97
A) Jurisprudencial	97
a) España	97
b) Canadá	99
c) Estados Unidos	102
d) Australia	102
B) Legislativa	102
a) Francia	102
b) Estados Unidos	103
c) Hawai	103
d) Canadá	103
e) Nueva Zelanda y Australia	104
f) Brasil	104
g) Holanda	105
h) Navarra	105
3. La respuesta en el Derecho argentino vigente	105
A) La Ley de Pensiones y Jubilaciones	105
B) Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 105 del año 1997.	106
IV. Conclusiones	109

CAPÍTULO III

EFECTOS FRENTE A TERCEROS. EL DERECHO PÚBLICO

SUMARIO: I. Introducción. II. La seguridad social. 1. Noción de seguridad social. 2. El problema. 3. La respuesta en el Derecho Comparado. A) Jurisprudencia. a) Jurisprudencia francesa. b) Jurisprudencia del Estado de Vermont. c) Jurisprudencia del Estado de Colorado. d) Jurisprudencia del Estado de Virginia. e) Jurisprudencia del Estado de Oregon. f) Jurisprudencia de Australia. B) Legislación. a) Legislación francesa. b) Legislación del Estado de Vermont. c) Legislación del Estado de Washington. d) Legislación del Estado de Michigan. e) Legislación del Estado de Wisconsin. f) Legislación catalana. g) Legislación de Aragón. h) Legislación de Canadá. i) Legislación de Australia. j) Legislación de Navarra. k) Legislación de Holanda. C) Políticas empresarias. D) Otras prestaciones de la seguridad social. 4. La respuesta en el Derecho argentino vigente. A) La Ley de Obras Sociales 23.660. B) Fallo del Juzgado Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza del año 1998. a) Hechos. b) Fundamentos del fallo. c) Opinión del doctor Jorge Adolfo Mazzinghi. d) Opinión de los doctores Adriana Wagmaister y Jorge Beckerman. 5. Nuestra opinión. A) La denegatoria de la aplicación de la Ley de Obras Sociales al conviviente homosexual implica una discriminación en razón de la preferencia sexual. B) La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo vulnera el derecho a la salud. C) El no otorgamiento de la obra social a las parejas de igual sexo es contrario al pluralismo. D) El trato familiar, exigido por la ley para ser beneficiario de la obra social, no es exclusivo de las relaciones heterosexuales. III. Régimen de pensiones y jubilaciones. 1. El problema. 2. La respuesta en el Derecho Comparado. A) Jurisprudencial. a) España. b) Canadá. c) Estados Unidos. d) Australia. B) Legislativa. a) Francia. b) Estados Unidos. c) Hawai. d) Canadá. e) Nueva Zelandia y Australia. f) Brasil. g) Holanda. h) Navarra. 3. La respuesta en el Derecho argentino vigente. A) La Ley de Pensiones y Jubilaciones. B) Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 105 del año 1997. IV. Conclusiones.

I. Introducción

En los capítulos anteriores hemos abordado la cuestión de la de-

nominación, del concepto, de los caracteres, de la moralidad de las parejas homosexuales y lo relativo a sus diferencias con las parejas heterosexuales.

Determinadas estas cuestiones teóricas, en esta parte especial nos proponemos precisar cuáles son los efectos jurídicos que la pareja estable homosexual produce a los terceros en el ámbito del Derecho Público y del Derecho Privado, tanto frente a los miembros de la unión como frente a terceros.

Comenzaremos por abordar los efectos frente a los terceros en el plano del Derecho Público porque es en esta órbita donde se plantean los primeros requerimientos y también las primeras soluciones jurisprudenciales y legislativas.

II. La seguridad social¹

En nuestro estudio trataremos en primer lugar los efectos frente a los terceros en el plano de la seguridad social porque es en esta órbita donde se formularon las primeras pretensiones y también es en este plano donde los requerimientos son más urgentes por estar relacionados con las necesidades básicas del ser humano.

Cabe recordar que el Derecho de la Seguridad Social fue el primero que reconoció el derecho de la concubina en el plano legislativo. Es importante destacar que el reconocimiento legislativo de la concubina en el ámbito de la seguridad social fue realizado cuando esa unión era considerada inmoral y los hijos eran sancionados por la falta de sus padres. Así, la ley francesa del 12 de noviembre de 1955 otorga a las compañeras de los militares muertos en la guerra un seguro anual

¹ *Bibliografía especial*: GILLES, *Le couple en Droit Social* cit.; LEVENEUR, Laurent, *Situations de fait et Droit Privé*, L. G. D. J., Paris, 1990, ps. 353 y ss.; *La famille de fait*, Centre International d'Études et de Recherches Européennes, Cours 1982, Belgique, 1982, ps. 45 y ss.; PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español* cit., ps. 164 y ss.; VACHET, G., *Concubinage et vie maritales dans le Droit de la Sécurité Sociale*, en *Les concubinaires approche socio juridique*, éditions CNRS sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi, t. II; CAMUS VICTORIA, Ignacio, *La regulación de la unión extramatrimonial y su incidencia en el ámbito de la seguridad social*, en *Uniones de hecho*, Departament de Dret Privat, Facultat de Dret i Economia, Universitat de Lleida, España, p. 163.

comparable a las viudas de guerra² y durante la guerra no se hacía distinción entre cónyuge y conviviente a los fines de distribuir las tarjetas de racionamiento.

Destacamos este antecedente del concubinato heterosexual porque las parejas homosexuales también plantean sus primeras pretensiones en el plano de la seguridad social.

1. *Noción de seguridad social*

El hombre es un ser que requiere como elemento vital desde el primer momento de su existencia de la ayuda de los demás para su subsistencia material y espiritual. Sin la colaboración de los otros le sería imposible su desarrollo como ser humano. Platón encuentra en esa impotencia de bastarse a sí mismo y de afrontar los riesgos el origen de la vida en sociedad³.

Durante muchos siglos el individuo se vio expuesto a afrontar individual o familiarmente las contingencias que lo damnificaban. Muchas veces la solución a los hechos desgraciados que lo afectaban era, al decir de Fourastie, simplemente la miseria⁴.

La idea o noción de la seguridad social nace con los cambios en la estructura familiar y social. Antiguamente el auxilio del enfermo y del anciano era prestado por la familia. La familia constituía la primera célula de protección y de ayuda⁵. Con el avènement de la vida moderna la familia pasó de ser una unidad de producción a una unidad de consumo y se produjo la dispersión de sus miembros. Esta nueva familia no está en condiciones de prestar ayuda a sus miembros enfermos ni ancianos, y el Estado comienza a prestar la ayuda que antes otorgaba la familia; nace así la seguridad social entendida como el conjunto de reglas jurídicas que norman todas las formas de ayuda que la colectividad pública atribuye a las personas en situación de necesidad.

² *La famille de fait* cit., p. 44.

³ PLATÓN, *La República o el Estado*, Libro Segundo, 11ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, p. 79.

⁴ FOURASTIE, Jean, *Por qué trabajamos*, Eudeba, Buenos Aires, 1960, citado por GNECCO, Lorenzo, *Obras sociales y desregulación*, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 4.

⁵ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 688.

La seguridad social ha sido definida como “la rama del Derecho que se ocupa del hombre en general, frente a la posible ocurrencia de contingencias sociales que comprometan todo o parte de su ingreso y generen habitualmente cargas económicas suplementarias”⁶.

Las normas de la seguridad social garantizan a los trabajadores y a su familia contra las contingencias sociales de toda naturaleza susceptibles de reducir o de suprimir su capacidad de ganancia.

Las contingencias sociales son los eventos futuros e inciertos que suelen comprometer la capacidad de ganancia del sujeto y provocan cargas económicas suplementarias⁷. En estos casos al individuo se le brinda una protección para que mediante ella arregle “su situación que, de lo contrario, y de quedar librados a sus solas fuerzas, habría quedado maltrecha ante el impacto del flagelo o la carga excesiva y no se restrinjan sus posibilidades de desarrollar su vida y la de los suyos en un plano de dignidad y libertad, compatibles con su condición de seres humanos”⁸.

En líneas generales puede decirse que existen cinco grandes causas que desde la más remota antigüedad imposibilitaron la realización y la felicidad del hombre; ellas son: indigencia, enfermedad, ignorancia, falta de higiene y desocupación⁹.

Más concretamente Hünicken señala que las necesidades humanas pueden clasificarse en:

~ *Fisiológicas*: Que obedecen a los requerimientos básicos para la

⁶ DE DIEGO, Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 466. Para otras definiciones de la seguridad social véase asimismo: ALONSO OJEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, 2^a ed., Madrid, 1967, ps. 13/14; ETALA, Juan J., *Seguridad Social*, en *Revista de Derecho del Trabajo* 1983-A, p. 195; ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *La seguridad social en Latinoamérica como instrumento de unidad*, en *Revista de Derecho del Trabajo* 1983-B, ps. 1413/1414 y definiciones allí transcritas; GRECO, Rubén O., *Hacia una definición de la seguridad social*, en *Revista de Derecho del Trabajo* 1987-A, ps. 648/649.

⁷ DE DIEGO, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., p. 466.

⁸ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 2, p. 338.

⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cit., p. 657.

supervivencia física y el confort: alimentos y agua, vivienda, equipamiento e indumentaria y servicios de salud.

- *De seguridad*: Necesidades de supervivencia que permanentemente deben ser satisfechas: sistemas de seguridad social, servicios sociales, educación, capacitación, etcétera.
- *De afectividad*: Necesidad de pertenencia a grupos en los cuales el hombre es aceptado: familia, círculo de amigos, club, grupo de trabajo, etcétera. El hombre no agota sus necesidades en lo material sino que tiene necesidad de sentir y vivir una relación interpersonal de compañerismo y amor.
- *De estimación*: Suele manifestarse en una necesidad de cierta movilidad social en la que el hombre sueña lograr metas y ganar el respeto de los semejantes.
- *De realización personal*: El hombre trata de realizar el máximo de su potencial de manera personal.

Dijimos que el objeto de la seguridad social es el auxilio de las necesidades del hombre, pero no todas las necesidades humanas son cubiertas por la seguridad social. De estas necesidades sólo son objeto de protección por parte de la seguridad social las fisiológicas y de seguridad y, dentro de ellas, las específicas de seguridad social y los servicios sociales¹⁰.

Concretamente las contingencias cubiertas son las:

- *Biológicas*: de enfermedad, vejez y muerte.
- *Patológicas*: de enfermedades, accidentes inculpables, riesgos del trabajo, invalidez.
- *Económico-sociales*: cargas de familia y desempleo, acceso a la vivienda y acceso a la educación.

2. El problema

Nuestro objetivo es determinar cuál es la posición del Derecho relativa a la seguridad social frente a la pareja estable homosexual.

¹⁰ HÜNICKEN, Javier, *Lineamientos de la seguridad social*, en *Curso de seguridad social*. Córdoba, Universidad de Córdoba, 1978, p. 11.

El problema radica en determinar en qué medida la existencia de una pareja homosexual influye frente a la seguridad social.

Como la seguridad social abarca diferentes aspectos creemos imprescindible analizar por separado uno de ellos.

La asistencia sanitaria

Las prestaciones de salud de que goza un trabajador se extienden a su pareja heterosexual legítima y de hecho en casi todas las legislaciones del mundo.

La cuestión radica en determinar si el compañero homosexual goza de igual protección sanitaria, y si el negársela atenta contra los derechos humanos y concretamente contra el derecho a la salud.

En la doctrina francesa, anterior a la ley de PACS, se sostuvo que la negativa a prestarle la asistencia sanitaria al conviviente homosexual no vulnera el derecho a la salud del trabajador. En este sentido, señala Gilles, siempre le queda la posibilidad de contratar una prestación médica particular o de beneficiarse de la ayuda médica gratuita cuando no disponga de recursos suficientes; en consecuencia, no se está privando de un derecho humano al no extenderle al conviviente homosexual la protección que tiene su compañero¹¹.

Ésta es una respuesta relativa, ya que puede ser cierta cuando se trata de un trabajador independiente, que no trabaja en relación de dependencia, pero cuando es un asalariado contraría el principio de la igualdad negarle al conviviente del mismo sexo los beneficios de la asistencia sanitaria de que goza su compañero por el solo hecho de que la relación sea homosexual.

3. La respuesta en el Derecho Comparado

A) Jurisprudencia

a) Jurisprudencia francesa

El Estado francés equiparó a partir de la ley francesa del 2 enero

¹¹ GILLES, *Le couple en Droit Social* cit., p. 103.

de 1978 a los concubinos y a los cónyuges en todo lo relativo a la seguridad social brindada por el Estado por enfermedad y maternidad.

Las parejas homosexuales a partir del año 1985 reclamaron ante los tribunales que esa equiparación se les hiciera extensiva. Y en forma unánime los fallos les fueron adversos. El primer precedente de que tenemos conocimiento es un fallo de la Corte de Rennes dictado el 27 de noviembre de 1985, reiterado por la Casación francesa en 1989.

Se trataba de una mujer que había reclamado a la Caja de Seguros contra la Enfermedad de Nantes y después a la comisión que le reconociera la calidad de beneficiaria del servicio de salud, en virtud de su relación homosexual de más de dos años de duración con otra mujer que era la asegurada social, fundado en la aplicación analógica del artículo 13 de la ley del 2 de enero de 1978 que dice: "La persona que vive maritalmente con un asegurado social y se encuentra a su carga efectiva y permanente..." es beneficiario de las prestaciones de salud¹².

La comisión de primera instancia de Nantes le negó su petición con fundamento en que la vida marital que exigía la norma para otorgar el derecho suponía la unión libre entre un hombre y una mujer.

La Corte de Apelaciones confirmó esta disposición apoyándose en la definición del diccionario que define la "vida marital" como la situación de un hombre y de una mujer que viven como esposos. El tribunal señaló que el legislador se ha apoyado sobre esta definición corriente de la vida marital para extender los beneficios de la seguridad social a la concubina heterosexual¹³. Y que el concubinato homosexual y la vida marital homosexual se oponen a las nociones tradicionales de concubinato y de vida marital y que por lo tanto la vida en común de dos personas del mismo sexo no se corresponde con la situación tenida en cuenta por el legislador para producir efectos jurídicos dentro del dominio de la asistencia contra la enfermedad.

La Corte de Apelaciones entendió que la demandante no cumplía

¹² Esta resolución ha sido comentada por RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *Des elements constitutifs du concubinage*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1989, N° 1, p. 53.

¹³ Corte de Rennes, 27-11-85, citado por LEVENEUR, *Situations de fait et Droit Privé* cit., p. 451.

con la condición de vivir en vida marital que era exigida por el artículo 13 de la ley del 2 de enero de 1978 y que por tal motivo no se podía beneficiar del seguro de enfermedad de su compañera homosexual.

Esta decisión fue confirmada por la Cámara Social de la Corte de Casación que juzgó que la vida marital, como el concubinato, es la situación de dos personas que han decidido vivir como dos esposos y que no puede estar constituida sino por una pareja de un hombre y una mujer¹⁴.

Partiendo de esta interpretación rigurosa la jurisprudencia francesa denegó los reclamos de los convivientes homosexuales que reclamaban la extensión de la cobertura social de salud de sus compañeros, por entender que la intención del legislador había sido otorgarlos sólo a los concubinos y como el concubinato era entendido como la unión de un hombre y una mujer, a la pareja del mismo sexo no se le otorgaban iguales derechos.

Rubellin-Devichi critica estas soluciones que parten de negar cobertura de salud a las parejas homosexuales señalando que estas parejas tienen iguales características que las heterosexuales; así, ellas tienen un domicilio común y un domicilio fiscal idéntico, y sus requerimientos en el ámbito de la salud son similares a las heterosexuales.

Los reclamos en el orden de la salud de las parejas del mismo sexo fueron muy preocupantes, ya que la pandemia del sida cobró muchas víctimas entre los homosexuales, en la década de 1980, y Francia fue uno de los países de Europa más asolados.

El sida hizo que las parejas homosexuales tuvieran mayores reclamos en orden a la salud y por tal motivo éstos se multiplicaron, no obstante lo cual la respuesta jurisprudencial fue siempre la misma.

b) *Jurisprudencia del Estado de Vermont*

La Corte Suprema de Vermont resolvió en el precedente “Baker vs. State”, en diciembre de 1999, que era inconstitucional denegar a las parejas lesbianas y *gays* los beneficios de que gozan los miembros del matrimonio.

¹⁴ Este fallo es criticado por RUBELLIN-DEVICHI, *Des elements constitutifs du concubinage* cit., p. 55.

c) *Jurisprudencia del Estado de Colorado*

*“Ross vs. Department of Health and Hospitals”*¹⁵

Cuando la pareja de Mary K. Ross resultó herida en un accidente, ella se ausentó tres días de su empleo en el condado de Denver para cuidarla. Mary K. Ross solicitó que esos tres días fueran considerados como “licencia por enfermedad”, de acuerdo con la política que permitía que los empleados gozaran de una licencia por enfermedad para cuidar a sus familiares enfermos más inmediatos. El condado y la ciudad de Denver se negaron a incluir dentro del concepto de “familiar inmediato” a las parejas *gays* o lesbianas, a pesar de las medidas locales que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual. Ross apeló la decisión ante la Denver Career Services Board, quien dio lugar a su petición. Paralelamente, la ACLU inició una demanda en representación de Ross para conseguir el reconocimiento de su relación de pareja homosexual. Si bien el tribunal admitió que las parejas homosexuales constituían familiares inmediatos, la Suprema Corte de Colorado revocó la decisión.

d) *Jurisprudencia del Estado de Virginia*

El Tribunal de Circuito del Estado de Virginia resolvió en marzo de 1995 que la política de Arlington que extendía los beneficios de los seguros médicos a las parejas homosexuales de sus empleados era ilegal. El fallo señaló que las leyes del Estado de Virginia no facultan a las autoridades locales para que incluyan dentro de la definición de “dependientes” a las parejas no casadas. En efecto, la medida de Arlington definía a la pareja doméstica de un empleado como alguien que ha vivido con el empleado durante, por lo menos, un año sin ser un familiar; además, el empleado debía demostrar que mantenía una relación mutuamente exclusiva de apoyo y compromiso¹⁶.

e) *Jurisprudencia del Estado de Oregon*

En 1998, la Corte del Estado de Oregon en *Salutem* suscribió un

¹⁵ Caso inédito, www.aclu.org.

¹⁶ *The Washington Post* del 5-3-95.

fallo¹⁷ en donde concluyó que tres parejas lesbianas tenían derecho a recibir los mismos beneficios que reciben las esposas de los empleados de la Oregon Health Sciences University. La Corte de Oregon sostuvo que la denegatoria a extender los beneficios del seguro social violaba la protección igualitaria de rango constitucional en ese Estado. La Constitución de Oregon reza que ninguna ley “otorgará a algunos o a una clase de ciudadanos privilegios o inmunidades, que no se extenderán igualitariamente a todos los ciudadanos que se encuentren en las mismas condiciones”. El tribunal argumentó que los homosexuales constituyen una clase distinta, que ha sido objeto de la adversidad social y de los prejuicios y estereotipos políticos. Asimismo, rechazó la defensa de la universidad, que sostenía que ellos no infringían la igualdad en la medida en que los beneficios eran extendidos a todos los matrimonios por igual. Los jueces concluyeron que ese razonamiento no tomaba en cuenta el hecho de que los homosexuales no pueden contraer matrimonio. De esta manera, los beneficios se extendían con criterios que los volvían legalmente inaccesibles para los *gays* y lesbianas.

f) *Jurisprudencia de Australia*

En 1996 un empleado del Servicio Público de Darwin¹⁸ obtuvo una decisión favorable contra el Departamento de Seguridad Social. Este organismo se negaba a pagarle asignaciones familiares y pasajes aéreos para su compañero *gay*, con el que mantenía una relación de más de veinte años. La Comisión de Derechos Humanos de Australia resolvió que el Departamento de Seguridad Social lo había discriminado, violando el Acuerdo Internacional del Trabajo que prohíbe la discriminación basada en la preferencia sexual. Sin embargo, como Australia no había incorporado en ese momento el Acuerdo a su legislación interna, la decisión y la consecuente compensación no podían ser ejecutadas.

¹⁷ Inédito, publicado en *Associated Press* del 10-12-98.

¹⁸ Publicado en *Adelaide Gay Times* del 27-9-96.

B) *Legislación*

a) *Legislación francesa*

La resistencia jurisprudencial a otorgar iguales beneficios sociales a los convivientes de hecho heterosexuales que a los homosexuales provocó la reforma del Código de la Seguridad Social francés en 1993 en el artículo 161-14.

La ley del 27 de enero de 1993 reconocía a la persona que vivía con el asegurado y que estaba a su carga efectiva total y permanente el derecho a una cobertura social en materia de enfermedad y de maternidad. Esta ley creaba una nueva categoría de beneficiarios que comprendió a aquellas personas que se encontraban a la carga del beneficiario. La ley no mencionaba directamente a las parejas homosexuales, por ello la primera cuestión que se planteó fue si comprendía a dichas parejas.

Una respuesta positiva a esta cuestión fue dada por la Caja Nacional de Seguro de Enfermedad en una circular de fecha 11 de mayo de 1993, donde señaló que el artículo 78 de la ley del 27 de enero de 1993 incluía diversas situaciones entre las cuales estaban las personas del mismo sexo que vivan juntas¹⁹.

En un principio, en orden a la salud las parejas homosexuales no fueron equiparadas a las heterosexuales porque a las segundas les basta acreditar la vida marital en común para acceder al beneficio, mientras que en el caso de las homosexuales la ley requería que se encontraran a cargo de otra persona y que anualmente lo demostraran mediante una declaración jurada, y los órganos prestatarios podían utilizar todos los medios para asegurarse de la verosimilitud de la situación declarada. Es decir que la posición era más rigurosa para las parejas homosexuales que para las heterosexuales.

El legislador francés dio de esta manera una respuesta a los requerimientos de las parejas homosexuales asoladas por el sida, y al mismo tiempo reservó la denominación de concubinato para las parejas heterosexuales.

La doctrina en general criticaba la solución de la jurisprudencia

¹⁹ GILLES, ob. cit., p. 100.

francesa de reservar la denominación de concubinato para las parejas heterosexuales y de otorgar los beneficios de la seguridad social solamente cuando entre los convivientes existía una diferencia de sexo. Al respecto, Rubellin-Devichi manifestaba que los elementos caracterizantes del concubinato estaban presentes en las uniones homosexuales y que no existía razón alguna para que se les privara a estas últimas de los alcances de la seguridad social²⁰. Por su parte, Gilles decía que la única distinción entre las parejas homosexuales y las heterosexuales era la diferencia de sexo y se preguntaba si ése era un elemento determinante en Derecho. “No hay duda que lo es en Derecho Civil –contestaba– porque la diferencia de sexo es una condición necesaria del matrimonio. Pero no ha sido nunca un elemento determinante en Derecho Social donde la ausencia de relaciones sexuales puede deberse a la enfermedad o a la convalecencia y sería paradójico negar la asistencia social por faltar el sexo”²¹.

La modificación al Código Civil francés introducida por la ley de PACS ha venido a reformar radicalmente la cuestión porque el concubinato es conceptualizado como la unión de dos personas que viven en común aun cuando sean del mismo sexo. Expresamente el artículo 515-8 dice: “El concubinato es una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja”.

Esta reforma borró todas las diferencias entre el concubinato homosexual y el heterosexual; de ella se infiere que todos los beneficios que le son otorgados a la pareja heterosexual se hacen extensivos a la homosexual.

Y más concretamente la ley de PACS ha establecido que quienes celebren un pacto civil de solidaridad son beneficiarios de la seguridad social.

El primer párrafo del artículo L. 161-14 del Código de la Seguridad Social fue completado por una frase redactada de la siguiente manera:

De igual modo ocurre en el caso de una persona sujeta a un

²⁰ RUBELLIN-DEVICHI, ob. cit., p. 55.

²¹ GILLES, ob. cit., p. 105.

seguro social en virtud de un pacto civil de solidaridad cuando no puede beneficiarse de la calidad de asegurado social en base a otro título.

b) *Legislación del Estado de Vermont*

La ley de Vermont reserva el instituto del matrimonio para las personas de diferente sexo y crea el instituto de la “unión civil” para las parejas de igual sexo, y a ellas les otorga iguales beneficios que a los matrimonios dentro del territorio de Vermont.

En lo que respecta a la seguridad social en el capítulo referente a los “beneficios, protecciones y responsabilidades de las partes de la unión”, la ley establece que las partes de una unión civil tendrán los mismos beneficios, protecciones y responsabilidades legales, estatutarias, administrativas, policiales o derivadas del sistema del *common law* y de cualquier otra fuente de la ley civil que los que tienen los esposos en el matrimonio, entre ellas las leyes relativas a la asistencia médica, visitas hospitalarias y notificaciones, incluyendo las otorgadas por la ley de derecho de pacientes.

c) *Legislación del Estado de Washington*

El Estado de Washington no cuenta con ninguna ley que autorice la extensión de los beneficios de la seguridad social a las parejas homosexuales. Sin embargo, en el mes de mayo de 2000 la Public Employees Benefit Board²² (Junta de Beneficios para los Empleados Públicos) decidió permitir que los empleados públicos realicen una “declaración de unión de hecho” para incorporar a sus parejas homosexuales a los beneficios sociales.

d) *Legislación del Estado de Michigan*

Al igual que lo que sucede con el Estado de Washington, Michigan no cuenta con una ley estatal, aunque algunas ciudades han incorporado algunas medidas para que sea posible la extensión de los beneficios. Es el caso de la ciudad de Kalamazoo que permite extender los be-

²² Publicado en *The Seattle Times* del 24-5-2000.

neficios de la salud a las parejas homosexuales de los empleados. La misma política ya había sido puesta en práctica con anterioridad en la ciudad de Ann Arbor. Bajo ella los empleados y sus parejas “domésticas” que pretendan acceder a estos beneficios deberán firmar un certificado en donde afirmen que han ocupado una residencia común durante un período no menor a seis meses anteriores a la solicitud, que mantienen cuentas separadas y que no están relacionados por algún vínculo parental. La ciudad además exige que la pareja pruebe su unión, ya sea compartiendo una hipoteca, préstamos o seguros de vida²³.

e) *Legislación del Estado de Wisconsin*

El Consejo de la ciudad de Madison, en Wisconsin, decidió en 1999 que la ciudad debía reembolsarle a las parejas de sus empleados —con independencia de su género— la parte que hubiesen tenido cubierta por los seguros médicos estatales si estuviesen reconocidos como familia. Para poder acceder a este reintegro las parejas debían acreditar que se encontraban comprometidas por una relación duradera, estable y que compartían obligaciones financieras como pareja “doméstica”. Sin embargo, no todos vieron con buenos ojos esta medida, pues ni bien el Colegio Metropolitano del distrito de Madison la incorporó, fue llevado a juicio por ofrecer seguros médicos a las parejas domésticas²⁴.

f) *Legislación catalana*

La ley de Cataluña sancionada el 11 de junio de 1998 establece en su artículo 9 beneficios respecto a la función pública con relación a la seguridad social y a la enfermedad:

En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes disfrutarán de los siguientes beneficios:

...c) el de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, ya sean básicas o complementarias, trienios incluidos, por incapacidad

²³ Publicado en *Detroit Free Press* del 20-5-99.

²⁴ Publicado en *Associated Press* del 6-10-99.

dad física del conviviente, y mientras conviva con él. Esta reducción será incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y podrá estar sometida a las condiciones que se establezcan por reglamento para los cargos directivos.

g) *Legislación de Aragón*

La ley de Aragón sancionada en el año 1999 establece en su artículo 18: “Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho Público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada”.

La diferencia fundamental entre la ley francesa y las legislaciones de Vermont, Aragón y Cataluña radica en que en el primer caso se trata de una legislación nacional que se aplica en todo el territorio, mientras que las segundas son leyes regionales que otorgan los beneficios de la seguridad social en el ámbito restringido del Estado en el que fueron dictadas.

En Argentina podría optarse por uno u otro criterio; lo mejor es una legislación nacional que solucione en forma igualitaria el problema de la seguridad social en todo el territorio, pero de no obtenerse ésta podrían dictarse normas aisladas en las diferentes provincias o municipios.

h) *Legislación de Canadá*

*Ley de Nueva Escocia*²⁵

Esta ley, que entró en vigor el 4 de junio de 2001, surgió para cumplir con ciertas decisiones judiciales y para modernizar y reformar las leyes de la Provincia de Nueva Escocia. Introduce modificaciones en varias leyes, equiparando las parejas homosexuales que registran su unión a los matrimonios. En la Ley de Parejas Domésticas se establece que “un miembro de la pareja doméstica es un individuo, independientemente de su sexo, que ha registrado con su pareja su unión”.

²⁵ Ley 75 del 30-11-2000.

Para registrarla, la declaración debe estar firmada por las dos partes frente a testigos. Las partes deben ser mayores de edad, residentes de Nueva Escocia o los titulares de propiedades en dicho territorio al momento del registro, solteros, y no deberán ser parte de otras parejas domésticas.

Una vez registrada la unión, las partes accederán a los mismos beneficios que los matrimonios en todas aquellas leyes que mutatis mutandis puedan aplicarse a las parejas domésticas.

En lo que respecta a los beneficios de la seguridad social y los seguros, allí donde se leía “relaciones conyugales” ahora aparece “relaciones de hecho”, haciendo referencia a dos personas, independientemente de su sexo, que cohabitan continuamente en una relación conyugal, por lo menos, durante doce meses.

i) *Legislación de Australia*

Con la introducción de la enmienda de junio de 1999, los miembros de la pareja homosexual tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales.

j) *Legislación de Navarra*

La Ley Foral para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables señala en su artículo 1 que: “en la interpretación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”.

Esta normativa establece que los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en el Estatuto del Personal del Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos.

k) *Legislación de Holanda*

El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley, conocida como Bill 26.672, entró en vigencia

a partir de enero de 2001, y ahora las parejas homosexuales pueden acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.

C) *Políticas empresarias*

En Estados Unidos algunas empresas han decidido extender la cobertura sanitaria a los miembros convivientes *gays*, entre ellas las empresas automotrices, que son muy importantes por la cantidad de trabajadores que nuclean.

Ford Motors, General Motors y Chrysler, que tienen un total de 460.000 trabajadores en EE.UU., prestan a los convivientes homosexuales los beneficios de salud y dentales a partir del 1º de agosto del año 2000.

Las empresas opinan que estos beneficios pueden atraer y retener la mejor gente, lo que justifica el incremento de los costos²⁶.

La compañía aseguradora australiana Mutual Community ha incluido a las parejas *gays* y lesbianas en su póliza aseguradora “Cobertura Médica para Parejas”. La póliza fue diseñada para capturar un mercado que hasta ese entonces no había sido abrazado: el de los homosexuales y sus parejas. Para la compañía, una “pareja” es la unión de dos personas que viven juntas en una relación de buena fe, independientemente de su género y del tiempo que lleven juntas²⁷.

D) *Otras prestaciones de la seguridad social*

Decíamos al principio que la seguridad social tiende a satisfacer necesidades, algunas de ellas básicas como la salud, otras no tanto como las relativas a las vacaciones o el transporte. En estos rubros las respuestas han sido diferentes y han ido evolucionando con el transcurso del tiempo.

Francia

Así, por ejemplo, la SNCF –Sociedad Nacional de Ferrocarriles

²⁶ *Automakers offer benefits to partners of gay employees*, publicado en *USA Today* del 9-11-2000, www.usatoday.com.

²⁷ Comentado en *Gaylawnet*, citando a *Adelaide Gay Times*, www.gaylawnet.com.

Francesa— otorga la carta de *couple* a todas las personas que vivan en unión de hecho sin distinción de sexo; las compañías de aeronavegación, entre ellas Air France, otorgan beneficios sociales a las parejas que viven en aparente matrimonio. En la década de los '80, en general se negaban estos derechos a los homosexuales.

En el año 1984 se realizó el primer planteo por un tripulante homosexual que reclamaba para su compañero un billete sin cargo como el que era otorgado a los convivientes heterosexuales. El billete en cuestión le fue denegado, motivo por el cual el reclamante acudió a la justicia señalando que era una discriminación arbitraria en razón de la moral y del sexo.

La Corte de París consideró que ni la Declaración de Derechos del Hombre, ni la Convención Europea de Derechos del Hombre, ni el Preámbulo de la Constitución de 1946 y de 1958 habían sido violados, porque el tripulante de Air France, a quien se le había negado el pasaje, no había sido objeto de una discriminación en razón de la moral y no había sido privado, en la especie, de ningún derecho fundamental de la persona humana²⁸.

La Corte de Casación francesa confirmó la resolución interpretando que la noción de concubinato está reservada solamente a un hombre y a una mujer que mantengan relaciones estables generadoras de una comunidad de vida que constituya una apariencia de matrimonio²⁹.

Esta antigua jurisprudencia hoy es inaplicable después que la ley de PACS equiparó la unión homosexual a la heterosexual. Esto demuestra cómo la solución al problema debe ser legal y no judicial.

Inglaterra

*“Lisa Jackeline Grant vs. South-West Trains Ltd.”*³⁰

En junio de 1993 Lisa Grant comenzó a trabajar en la British Railways Board (Junta de Ferrocarriles Británicos). En 1995 su relación laboral fue transferida a la compañía de trenes South-West,

²⁸ LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Hacia la familia no matrimonial*, Cedecs, España, p. 93.

²⁹ *Dalloz Jurisprudence* (1990), ps. 582-583.

³⁰ “Grant vs. South-West Trains Ltd.”, Luxemburgo, caso C-249/96.

una subsidiaria privada. La cláusula 18 de su contrato, denominada *Facilidades viáticas*, establecía que:

Se le otorgarán tarifas reducidas o gratis de conformidad con el rango de su cargo. Su esposo y dependientes también gozarán de estos beneficios. Las concesiones viáticas serán otorgadas a discreción del empleador y podrán ser retiradas frente a un mal uso de las mismas.

Las asignaciones viáticas, por su parte, se encuentran reguladas en las Regulaciones de Boletos emitidas por la Junta de Ferrocarriles, que luego fueron adoptadas por South-West. Las regulaciones contenían una definición de “esposos”: “Los tickets de privilegio serán otorgados al esposo de sexo contrario de un miembro del staff [...] sujeto a una declaración presentada por el empleado en la que conste que ha mantenido con su pareja una relación por un período de por lo menos dos años de duración...”

En la misma regulación se extienden los beneficios para los hijos extramatrimoniales que viven en el hogar, para algún pariente que de buena fe reside en el hogar, y para algún dependiente del solicitante. “Pariente” es definido como madre, padre, hermano, hermana, hija o hijo.

En enero de 1995 Lisa Grant solicitó las asignaciones viáticas para su pareja lesbiana, Jillian Percey, completando la correspondiente declaración. La solicitud fue rechazada sobre la base de que bajo la regulación de tickets, las asignaciones viáticas no podían extenderse a los cohabitantes del mismo sexo. Ante esta respuesta, Lisa Grant presentó su caso ante el Tribunal Industrial de Southampton.

En julio de 1996 el Tribunal Industrial envió el asunto a la Corte; decidió que el caso de los derechos de los *gays* y lesbianas era tan importante que debía ser resuelto por las Cortes europeas. Una decisión de la Corte de Luxemburgo se aplicaría a todos los trabajadores ingleses, no sólo a los de Southampton. El tribunal planteó las siguientes cuestiones:

1. ¿Es contrario a los principios de pago igualitario para hombres y mujeres establecido en el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del artículo 1 de la Directiva del

- Consejo 75/117, que a un empleado le nieguen los beneficios viáticos para su pareja homosexual?
2. ¿La discriminación sexual incluye la discriminación basada en el sexo del empleado?
 3. ¿La discriminación sexual incluye la discriminación basada en el sexo del compañero del empleado?
 4. Si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, ¿tiene el empleado un derecho *comunitario* contra su empleador?
 5. ¿Es la negativa contraria a la Directiva 75/117?
 6. ¿Podría justificar el empleador su postura argumentando que el beneficio es para matrimonios o parejas equiparadas al matrimonio?

La Corte en el caso “Garland” concluyó que las concesiones viáticas para los empleados y sus familiares debían ser equiparadas al salario. Para este tribunal la Directiva 75/117 era irrelevante. La Corte se enfrentó a un caso parecido³¹ cuando tuvo que resolver si el despido de un empleado, por revelar que se sometería a una operación de cambio de sexo, era discriminatorio. En esa oportunidad, la Corte señaló que ese despido lo era, ya que su única razón era “el sexo de la persona en cuestión”.

La Corte tiene el deber de asegurar el derecho a no ser discriminado sobre la base del sexo. En el caso “South-West”, la Corte afirmó que la discriminación no era por el sexo sino por la orientación sexual. El género es el único criterio para conceder los beneficios; “si la cláusula fuese neutral al género, Lisa hubiera accedido a los beneficios”. La Corte presentó la siguiente conclusión:

1. *Negarle los beneficios a la pareja homosexual es discriminar en base al género, hecho que contraría el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea.*
2. *Tal discriminación no puede justificarse haciendo referencia al hecho de que la intención del empleador era conferir beneficios a las parejas heterosexuales.*
3. *El artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea es directamente operativo, ergo, los tribunales nacionales deben ase-*

³¹ Caso C-13/94.

gurar que los grupos de empleados desventajados sean tratados de la misma manera que los más favorecidos.

El Derecho europeo hasta la fecha no protege contra una discriminación por orientación sexual³², aunque se advierte en los Derechos nacionales y comunales una tendencia hacia la protección.

Alemania

En el ámbito del Derecho Social, la regla general es que los convivientes de hecho reciben el mismo trato que los no convivientes. En los pocos casos en que se tiene en cuenta la situación de convivencia de hecho se hace así para evitar que ésta reciba un trato más favorable que la convivencia matrimonial. Así, por ejemplo:

- a) El § 122 del Bundessozialhilfegesetz (BSHG) equipara la pareja de hecho a la matrimonial al efecto de computar los ingresos de los convivientes para determinar si existe o no una situación de necesidad que pueda dar lugar a la percepción de prestaciones sociales.
- b) La Arbeitsforderungsgesetz (AFG) también otorga ventajas –y a veces cargas– a la pareja matrimonial, algunas de las cuales se extienden por disposición expresa del legislador a la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el § 137 AFG extiende de modo expreso a la pareja de hecho el criterio de computar parte de los ingresos del otro cónyuge para dilucidar si existe la situación de necesidad que da derecho a percibir prestaciones de desempleo y para determinar su cuantía.
- c) Por lo que se refiere a las subvenciones de ayuda a la vivienda, y aunque no hable expresamente de convivientes de hecho, el Wohngeldgesetz (WoGG) tiene en cuenta los ingresos de las personas que sin ser familiares conviven en la misma vivienda al efecto de excluir la ayuda y evitar así dispensar un trato más favorable a otras comunidades de vida que a la comunidad de vida matrimonial.

³² LÖSING, Norbert, *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Internacional de Derecho de Familia* cit., 1999, t. I.

- d) En cambio, la ley que prevé la concesión de becas y otras ayudas al estudio (Bundesausbildungsförderungsgesetz, BafoG) discrimina a la pareja matrimonial al tener en cuenta los ingresos del cónyuge del estudiante para determinar si procesa la concesión de la ayuda y no, en cambio, los que pueda obtener el conviviente de hecho. Sin lugar a dudas, ello contribuye a desincentivar el matrimonio de aquellas parejas en las que uno de los convivientes estudia.

4. *La respuesta en el Derecho argentino vigente*

A) *La Ley de Obras Sociales 23.660*

La Ley de Obras Sociales 23.660 establece en su artículo 9° que quedan incluidos en calidad de beneficiarios:

- a) *Los grupos familiares primarios* de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los 21 años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de la actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de 21 años y hasta los 25 inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular, que cursen estudios regulares, oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de 21 años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido otorgada judicial o administrativamente que reúnan los requisitos establecidos en este inciso.
- b) *Las personas que convivan* con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación.

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

a) *Hechos*

Un hombre que mantiene con otro una relación homosexual estable solicita que se certifique su condición de concubino para obtener, a

través de tal declaración, los beneficios que le acuerda la Obra Social del Ministerio de Economía, en el cual presta funciones el otro implicado en la relación.

La señora jueza tuvo por acreditada la calidad de convivientes de los solicitantes, constituyendo una pareja sexual con los caracteres de notoriedad, singularidad y permanencia por más de cuatro años, otorgándose uno a otro ostensible trato familiar.

b) *Fundamentos del fallo*

La magistrada señaló que los caracteres que deben reunirse para que reconozca la existencia de un concubinato son: a) la cohabitación entendida como comunidad de vida y de lecho; b) la notoriedad; c) la singularidad, y d) la permanencia.

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

- En cuanto al elemento relativo a la *permanencia*, en principio parecería necesario que la unión pretenda estabilidad en el tiempo o tenga vocación de durabilidad tal que impida calificarla como momentánea o accidental. Ello ha sido probado con el contrato de alquiler agregado a la causa, lo cual demuestra que ambos planificaron cohabitar en forma duradera. Además, según relata el señor CC, la decisión de vivir en común implicó también la necesidad del traslado del domicilio de uno de ellos, ya que el señor AA vivía en Mendoza, pero el señor CC residía en Buenos Aires, por lo que ambos decidieron el traslado de este último a Mendoza, a fin de efectivizar su proyecto de vida en común.
- Existe una convención generalizada en los ámbitos académicos y jurisprudenciales en cuanto a señalar con la palabra “concupinato” la unión sexual estable de un hombre y una mujer, pero de suyo no podría implicar negar que puedan darse uniones de las mismas características entre personas del mismo sexo, del mismo modo en que la evolución de las costumbres llevó a admitir que el concepto jurídico de concubinato se extendiera aun a quienes se unían pese a existir entre ellos impedimentos matrimoniales.
- La regla del artículo 9º, inciso b, de la Ley 23.660 de Obras Sociales establece dos condiciones de aplicación que deben verificarse para que se logre la calidad de beneficiario indirecto de la obra social: a) La convivencia con el afiliado titular, y b) el ostensible trato familiar.
- La convivencia ha quedado extensamente probada en la causa, resta probar si ha quedado acreditado el ostensible trato familiar.
- Las definiciones de lo que sea una familia, basadas sólo en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole –razón por la cual sería imposible aplicar el concepto de las uniones de hecho homosexuales–, dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares con falta de objetividad.
- La familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emo-

cionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida que soluciona en forma directa la vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de estas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno.

- La señora madre del señor AA, en relación al trato que ambos se daban, afirmó: “llevan una vida familiar, comparten el departamento, comparten una cama matrimonial, comparten gastos porque los dos trabajan, se ocupan de los cuidados mutuos y de distribuirse las tareas del hogar a fin de mantener la organización y funcionamiento de la casa...” Señala la testigo además que cuando ella viaja a Mendoza a visitar a su hijo reside en el hogar familiar de éste y del señor CC, otorgándole este último a ella un trato familiar de tal calidad, por ser muy cariñoso y atento, que lo considera uno de sus mejores hijos. Declara la testigo que las familias de ambos se conocen entre sí y se consideran y otorgan entre todos trato familiar, los padres de cada uno de los compañeros y los hermanos de cada uno con sus cónyuges o compañeros. Incluso afirma que sus nietos tienen un especial afecto por CC por sus manifestaciones de cariño.
- Los testigos corroboran la unión afectiva y asistencial de ambos, y las referencias concretas efectuadas por la testigo anterior.
- Los propios interesados han relatado cómo distribuyen entre ellos las tareas del hogar, sus proyectos y previsiones para el futuro de ambos, su asistencia mutua para proteger su salud, enfermedades y dificultades cotidianas.
- En el caso no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los peticionantes de autos, ya que cualquier diferenciación originada en la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otor-

gada a los compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que, como ha quedado dicho, la Ley de Obras Sociales no ha pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con clara abstracción de la existencia de éstos. Una distinción de este tipo en el aspecto relativo al derecho a obtener una prestación de seguridad social constituiría meramente una discriminación basada directamente en el sexo y ni siquiera en el discutido concepto de la tendencia sexual.

- La ley 23.660 sólo requiere convivencia con trato familiar, no con estado de familia, lo que revela una clara referencia a la conducta efectivamente desarrollada por los interesados y no a sus emplazamientos en determinadas posiciones socialmente atribuidas a través de los mecanismos previstos por el Derecho.

c) *Opinión del doctor Jorge Adolfo Mazzinghi*³³

La crítica que efectúa Mazzinghi al fallo que estamos tratando se centraliza en dos puntos fundamentales.

En primer lugar considera borrosa la norma del artículo 9º de la Ley 23.660 de Obras Sociales que determina a quiénes se extienden los beneficios que tales entidades procuran.

En segundo término, tacha de disolvente la interpretación que de la norma realiza la jueza en el fallo en cuestión.

Con respecto a la primera de las críticas, centra su ataque en el 2º inciso del mencionado artículo 9º, en virtud del cual se permite alcanzar el beneficio de la obra social a otras personas, fuera de las que constituyen el grupo familiar primario, detenidamente explicado en el inciso 1º, siendo poco claro y permitiendo alcanzar este beneficio a quienes “convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación”.

Este artículo, según criterio de Mazzinghi, tiende a extender los beneficios que provienen del matrimonio a quienes viven en concubinato, no reparando en el carácter moral de los vínculos que dan

³³ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Ley borrosa e interpretación disolvente*, en E. D. 180-247.

sustento jurídico y legitimidad social a tales hechos, equiparando matrimonio y concubinato.

Con respecto a la interpretación que de la norma realiza la magistrada, sus críticas apuntan fundamentalmente a que conforme a la idea que de concubinato tiene la doctrina clásica (concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina, y concubina: manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido), no cabe duda alguna de que la condición heterosexual es imprescindible para que se hable de concubinato.

Según Mazzinghi, si se compartiera el criterio de la jueza, con respecto a que puede darse entre personas homosexuales una relación de concubinato con iguales características que las de las parejas heterosexuales, podría llegar a considerarse concubinato cualquier acoplamiento ocasional, la relación de una prostituta con el proxeneta que la explota, e incluso las relaciones bestiales que relata la mitología.

En cuanto al análisis que realiza la magistrada de las dos exigencias del artículo 9º de la ley 23.660 para reconocer a un tercero los beneficios sociales, a saber: a) convivencia con el titular, y b) ostensible trato familiar, entiende Mazzinghi, con respecto al primer ítem, que se ha dejado de lado la vergüenza para alcanzar un beneficio económico.

Pero sus críticas se tornan aún más intensas a la hora de desentrañar el concepto que de “familia” introduce la magistrada. Considera este autor que a criterio de la sentenciante, identificar la familia como la unión de varón y mujer destinada a tener hijos y educarlos es una visión parcial que deja afuera importantes aspectos.

Siguiendo la definición que de familia se introduce en el fallo en cuestión, sostiene el autor —a modo de ejemplo, entre otros tantos— que podría considerarse familia a los miembros de una barra brava que acompañan al equipo de su preferencia, donde no faltan la convivencia en un inquilinato, la solidaridad para depredar ni los lazos emocionales de un triunfo deportivo.

Considera Mazzinghi que la juzgadora no ha hecho más que intentar demostrar con dislates irrecatables una idea que se había tejido en su mente mucho antes de tratar de justificarla.

Así también, entiende que resulta caótico intentar sostener que la

unión de dos homosexuales pueda actualizar el concepto de familia, por cuanto ello significa negar la existencia de la misma. Mazzinghi entiende las relaciones homosexuales como aberrantes, contrarias a la naturaleza y por lo tanto a la moral, alejadas del fin de la sexualidad que es la conservación de la especie. Siendo inaceptable –a su modo de ver– que la justicia las ampare como si se tratara de un vínculo aceptable en función del bien común.

d) *Opinión de los doctores Adriana Wagmaister y Jorge Beckerman*³⁴

A modo de introducción en el análisis del fallo en cuestión, los autores destacan que el hombre de Derecho se encuentra inevitablemente, entre las relaciones que debe regular, frente a la unión homosexual, y, en consecuencia, puede considerar los siguientes caminos:

1. La unión homosexual no merece ser considerada para su regulación.
2. La unión homosexual es una realidad que se articula con otros hechos contemplados por el Derecho, generando efectos que requieren una regulación jurídica.

Estos autores entienden que no debe negarse en términos absolutos la posibilidad de reconocer efectos jurídicos a las uniones homosexuales. Y en base a ello expresan que al seguir el segundo camino se comprueba la existencia de las diferentes actitudes:

- a) Se pretende asimilar esas parejas al matrimonio;
- b) se las involucra en un mismo agregado con otro tipo de convivencias y se las regula, y
- c) cada caso concreto recibe una evaluación de los hechos y una solución acorde al caso particular.

En el fallo que estamos analizando, entienden que se ha aprovechado una oportunidad para dar una opinión doctrinaria sobre un tema polémico, ya que la pareja conviviente es homosexual. Por cuanto manifiestan, la jueza pudo haber resuelto que el planteo de los peticionantes no era correcto en orden a que “a los fines de otorgar al conviviente los

³⁴ BECKERMAN, Jorge y WAGMAISTER, Adriana, *Convivencia y trato familiar entre personas del mismo sexo ante la seguridad social*, en L. L. 1999-B-181.

beneficios de la obra social”, lo necesario es acreditar la convivencia y el ostensible trato familiar, y no la existencia de un concubinato.

Criticando el fallo en cuanto a su forma más que a su contenido. Consideran que la opinión que en él se vierte no es el producto de una construcción, sino que se pone de manifiesto como una toma de posición a priori, cuya justificación se elabora a posteriori. Destacando que el modo de razonar para fundar su sentencia debió ser otro. En lugar de tomar una decisión y buscar su justificación, debió construir su conclusión para que fuera un aporte a la resolución de otros casos.

Estiman que las líneas de pensamiento no se unen en este fallo y que esa falta de vinculación es lo que permite a la jueza preguntarse: ¿Podría justificarse razonablemente alguna conclusión que descalificara sus relaciones como de ostensible trato familiar por el solo hecho de ser convivientes del mismo sexo? Sin embargo, plantearse esto –sostienen Beckerman y Wagmaister– es reconocer la existencia de un juicio previo provocado por la condición homosexual de los peticionantes.

Es decir que se ha planteado un juicio de valor sobre la pareja homosexual de antemano, aceptándola.

Afirman que si el desarrollo del fallo se hubiera ceñido a las cuestiones de convivencia y trato familiar, sin calificar la relación de concubinaria, se hubiera llegado al mismo resultado, dando por cumplidos los extremos exigidos por la norma antes citada.

Estos autores que estamos tratando consideran que la cuestión de las parejas homosexuales no puede ser ignorada por el Derecho. Estas uniones han obtenido reconocimiento en otros países como Dinamarca, Noruega, Suecia, Holanda y, muy cercana a la fecha del fallo y del comentario, Cataluña, con la sanción de la Ley de Uniones Estables de Pareja.

5. Nuestra opinión

A) *La denegatoria de la aplicación de la Ley de Obras Sociales al conviviente homosexual implica una discriminación en razón de la preferencia sexual*

La denegatoria de la aplicación de la Ley de Obras Sociales a las parejas estables de igual sexo importa una discriminación injustificada por razón de la preferencia sexual.

Partimos de la base de que no toda diferenciación importa discriminación, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del más alto tribunal de nuestro país, y de que para que la diferenciación sea discriminatoria debe ser arbitraria³⁵.

Desde esta perspectiva cabe determinar si existe alguna razonabilidad para no aplicar las normas sobre obras sociales a las parejas homosexuales y sí aplicarlas a las uniones extramatrimoniales heterosexuales.

Creemos que no existe ninguna razón que justifique la desigualdad de tratamiento, ya que ambas parejas tienen iguales requerimientos y derecho a la salud y poseen las mismas características en orden a la estabilidad, publicidad, apoyo mutuo y solidaridad; sólo difieren en cuanto no pueden casarse y no pueden tener hijos comunes de la unión.

Las diferencias de ambos tipos de uniones justifican un trato diferente en los derechos: a casarse, a la adopción y al acceso a las técnicas de fecundación asistida, pero de ninguna manera las desigualdades de las uniones justifican soluciones distintas con relación a las normas relativas a la salud.

Cabe recordar que el derecho a la orientación sexual es reconocido en nuestro país por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 11, por la ordenanza 6321 de la ciudad de Rosario y por la ley 3055 de la Provincia de Río Negro³⁶, y que existe una tendencia universal a incluirlo en las cartas de derechos humanos, constituciones y legislaciones infraconstitucionales.

³⁵ CSJN, *Fallos*: 198:112: "La igualdad ante la ley significa que no se deben conceder excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se otorgan en igualdad de condiciones a otros".

³⁶ Provincia de Río Negro, Ley 3055 de Derechos y garantías. Orientación sexual. Derecho Constitucional. Reconocimiento, sanc. el 19-12-96, prom. el 30-12-96 y publ. el 13-1-97. "La legislatura de la Provincia de Río Negro sanciona con fuerza de ley: Art. 1º - Reconócese a la orientación sexual como derecho innato de las personas implícito en la Constitución provincial, cada vez que la misma garantiza la igualdad de derechos de la mujer y el varón. Art. 2º - Toda vez que las leyes, decretos, ordenanzas o cualquier otra norma de carácter general, mencionen expresamente que no podrá discriminarse por naturaleza alguna, deberá entenderse que queda comprendida la orientación sexual en dicha enunciación. Art. 3º - Comuníquese al Poder Ejecutivo y archívese".

No desconocemos que el legislador está habilitado para distinguir, por razones libradas a la discreción legislativa, distintas circunstancias en orden a la seguridad social, pero esta distinción no puede ser arbitraria ni hostilizante contra personas o clases de personas³⁷.

La única razón por la cual se le niegan los beneficios de la obra social al conviviente homosexual y se le otorgan al concubino heterosexual es por la preferencia sexual heteróloga de los segundos; esta razón es claramente arbitraria y, por ende, inconstitucional.

Estamos convencidos de que el legislador puede fijar tratamientos dispares para situaciones diferentes, pero consideramos que la norma es inconstitucional si la desigualdad que introduce carece de una justificación objetiva y razonable y no se encuentra basada en un interés constitucionalmente relevante y proporcionado respecto de su finalidad.

La norma que establece que el sistema de las obras sociales se aplica sólo a las parejas heterosexuales, y no a las homosexuales, carece de su justificación objetiva y razonable y el distinto tratamiento no aparece proporcionado con respecto a la finalidad asistencial que contempla la Ley de Obras Sociales 23.660.

Es que las diferencias entre uniones homosexuales y heterosexuales justifican diferentes tratamientos cuando las primeras no pueden cumplir los fines sociales que las segundas sí pueden hacer, por ejemplo la continuación de la especie humana; pero en relación a las necesidades básicas de salud de los miembros de una y otra unión, las diferencias entre las distintas convivencias por razón de su orientación sexual no justifican un tratamiento diferente.

El impedir el derecho a casarse de los homosexuales tiene una finalidad y un fundamento que restan arbitrariedad a la diferenciación; el establecer políticas disímiles frente al régimen de obras sociales no tiene ninguna finalidad que justifique la desigualdad de tratamiento y, por lo tanto, deviene arbitraria.

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

El derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que

³⁷ CS de Estados Unidos, "Bells vs. Pensilvania", 134 U. S. 232.

tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios, y directamente en algunas constituciones y códigos civiles. A título de ejemplo mencionamos:

- La Asamblea del Consejo de Europa en su recomendación 779/76 recomendó a los Estados la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos de los pacientes, en especial el de información³⁸.
- La Constitución de Brasil de 1998 en su artículo 196 establece que: “La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, que debe ser garantizado por éste, sobre la base de un acceso universal y unitario”³⁹.
- En igual sentido se orienta la Constitución de Perú de 1993, que específicamente dispone que “todos tienen derecho a la protección de su salud”.
- En orden a las leyes infraconstitucionales, cabe mencionar la ley uruguaya del 16 de junio de 1992 y, en nuestro país, la ley tucumana 6952 del 4 de mayo de 1999.

Un sector de la doctrina francesa ha señalado que el no considerar beneficiario de los sistemas de salud a los convivientes no vulnera el derecho al acceso a la salud ya que se pueden contratar sistemas de seguros de salud privados y se puede recurrir a la medicina gratuita brindada por el Estado.

Consideramos que tal razonamiento no es absolutamente exacto, porque al trabajador asalariado que debe aportar obligatoriamente a una obra social le resulta imposible o al menos muy dificultoso económicamente contratar en forma independiente otro seguro médico para su pareja. Ello, en definitiva, impide el acceso a la salud del conviviente homosexual.

Tampoco es cierto que se pueda acceder con total libertad al sistema de salud gratuito hospitalario, porque éste está reservado para las per-

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Los derechos de los médicos y los pacientes: ¿conjunción o contradicción?*, en *Daños: Medio Ambiente – Salud – Familia – Derechos Humanos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 13.

³⁹ LORENZETTI, ob. cit., p. 14.

sonas sin recursos, y si el compañero homosexual tiene los recursos de su conviviente, en verdad no cumple con los requisitos como para acceder al sistema gratuito de salud.

En definitiva, no incluir en calidad de beneficiario a la pareja del mismo sexo vulnera su derecho de acceso a la salud y contradice los fines de la Ley de Obras Sociales 23.660.

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

En una sociedad democrática y pluralista, el poder público tiene el deber de respetar y tolerar a las minorías, entre las cuales se encuentra la minoría homosexual; en virtud de ese deber de respeto debe reconocer la existencia de relaciones de convivencia basadas en distintas preferencias sexuales, ya que nuestro sistema constitucional descansa en la tolerancia y en el derecho a la privacidad de las acciones humanas que no afecten la moral y las buenas costumbres.

En un verdadero sistema pluralista no basta con declarar que existe el derecho a la libre orientación sexual, sino que se requiere que aquel que libremente ha elegido un compañero de su mismo sexo para compartir la vida pueda beneficiarlo con su obra social.

Sostener lo contrario es no aceptar el pluralismo, sino admitir un modelo único de organización de la vida en pareja y, en definitiva, implica dejar vacío de contenido el derecho a la libre orientación sexual.

Es que a la pareja homosexual no le basta con la tolerancia y la no persecución penal, sino que requiere de medidas positivas mínimas para que la unión homosexual se emplace en condiciones aptas para subsistir en la sociedad contemporánea dentro de una organización social en la cual el acceso a la salud del trabajador en relación de dependencia se hace a través de las obras sociales.

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

La Ley de Obras Sociales extiende el beneficio de la obra social a quien conviva con el afiliado y reciba del mismo ostensible trato familiar.

La cuestión reside en determinar qué se debe entender por trato familiar, y concretamente decidir si los convivientes se brindan entre sí trato familiar.

Estamos absolutamente convencidos de que los convivientes homosexuales se brindan entre sí trato familiar y que el legislador argentino no exige ni vínculo de familia ni estado de familia para extender los beneficios de la obra social a quienes conviven.

El trato familiar sin vínculos de familia ni relación de parentesco no es ajeno a nuestro Derecho positivo; así, Vélez Sársfield se refirió a la familia en el artículo 2953 relativo al derecho de uso y habitación diciendo: “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”.

Transcribimos el artículo 2953 para demostrar que desde el siglo XIX se ha considerado el trato familiar en forma amplia, no circunscrito a las relaciones que nazcan del matrimonio y del parentesco.

Indiscutiblemente en la época de la sanción del Código Civil se consideraba que recibían trato familiar los entenados, los criados, los ahijados y los allegados a la familia que se educaban en el concepto doméstico. Ello respondía a la realidad social de la época, y la legislación a los efectos del uso y de la habitación reconocía el trato que los integrantes del núcleo doméstico se brindaban entre sí.

Hoy la realidad nos demuestra que existe la pareja homosexual estable y que ésta mantiene una organización de vida que en nada se diferencia en cuanto a organización interna a las uniones estables heterosexuales, salvo que no pueden engendrar hijos en común ni constituyen la célula social ideal para la crianza de la prole. Estas dos imposibilidades no le restan al trato que se brindan entre sí los miembros de la unión la característica de familiar, que es en definitiva el requisito requerido por la ley para ser considerado beneficiario de la obra social del titular.

Examinadas las relaciones internas y externas entre los miembros de la unión, como lo hiciera la jueza de Mendoza en el precedente

extensamente comentado, advertimos que el trato que se brindan sus integrantes es de familiaridad. Y éste es el requisito que la ley exige para otorgar al conviviente los beneficios de la obra social.

Para la ley las uniones homosexuales no pueden resultar invisibles, y los jueces no pueden negarse a reconocer que los miembros de una unión de hecho homosexual se brindan un trato familiar que no es el de dos amigos ni el de dos compañeros, ni, como dice Mazzinghi, el de dos barrabravas de fútbol.

El trato que caracteriza a la unión de hecho homosexual es el de la asistencia mutua, ello es lo que la hace diferente a otras relaciones humanas con contenido sexual, y justamente porque lo que buscan los miembros de la pareja es la asistencia mutua es que procuran otorgarse asistencia sanitaria, circunstancia ésta que no debe ser obstaculizada desde el ámbito jurídico con interpretaciones negatorias de la realidad, como lo es el considerar que no existe trato familiar entre los miembros de la unión homosexual.

En el fondo existen ciertas falsas ideas que llevan a negar derechos básicos a los homosexuales. Erradamente se piensa que el reconocimiento de las relaciones *gays* o lesbianas va a producir que algunas personas cambien su conducta heterosexual a una homosexual. Es absurdo sostener o imaginar que la protección a las uniones homosexuales va a inducir a alguien a reorientar su sexualidad, ya que no es la legislación la que define la orientación sexual de la gente.

Otra idea equivocada que subyace en la sociedad y lleva muchas veces a negar derechos a las parejas de las uniones homosexuales es considerar que los homosexuales son propensos a la corrupción de menores. Muchas veces se confunde homosexualidad con pedofilia o se identifica a los homosexuales con las personas que son propensas a la pedofilia. Este concepto es totalmente errado porque la explotación, el acoso y la violación de los niños y de los jóvenes no es patrimonio de los homosexuales, por el contrario, algunos estudios indican que quienes perpetran más actos de abuso con los niños son los hombres heterosexuales y que sus víctimas son predominantemente femeninas⁴⁰.

⁴⁰ NICHOLSON, Alastair W., *The changing concept of family: The significance of recognition and protection*, en www.murdoch.edu.au.

En definitiva, las relaciones internas y externas de los miembros de la unión homosexual reflejan trato familiar, que es el elemento requerido por la ley para otorgarle a éstos los beneficios de la obra social.

III. Régimen de pensiones y jubilaciones

1. *El problema*

La cuestión radica en determinar si los beneficios de la pensión pueden y deben ser extendidos al compañero homosexual. Para dar respuesta a tal interrogante creemos necesario comenzar por un análisis del origen de las pensiones y de su concepto actual.

Los orígenes de la pensión de viudedad se remontan a la Edad Media; fueron las cofradías medievales las primeras instituciones que se ocuparon de la protección de la viuda, aunque limitada a los miembros de cada colectividad.

En la Edad Moderna fueron las hermandades de socorro y posteriormente los montepíos los que se encargaron de la protección de las mujeres casadas ante la muerte del marido.

Finalmente, en la Edad Contemporánea esta protección se manifiesta en la tutela de las leyes de accidente de trabajo y de jubilación⁴¹.

Estas ayudas a las viudas se prestaban en una sociedad en la cual el hombre era el único que trabajaba y quien sostenía el hogar, y la mujer dependía enteramente de él y estaba dedicada por completo al hogar y al cuidado de sus hijos. El fundamento para otorgarlas era que la viuda y los hijos debían contar con alguna prestación que los sostuviera para el caso de fallecimiento del esposo y padre.

En la actualidad la sociedad ha cambiado y por lo tanto este fundamento no es válido. La pensión no está limitada a la viuda, ni se parte de la concepción de que sea el marido quien sostenga el hogar; puede y en la realidad ocurre que ambos miembros de la pareja sostengan el hogar.

La cuestión en las sociedades modernas es brindar seguridad a los que vivan de su trabajo y a su familia para el caso de muerte. El trabajador no distingue su seguridad de la de su familia y no puede

⁴¹ BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad* cit., p. 29.

sentirse seguro si no tiene la garantía de que su familia estará al abrigo de la necesidad en el caso de que él fallezca.

El fundamento en la actualidad del derecho de pensión radica en resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador, aunque éste no fuera el único sostén de la familia. Se busca resarcir propios perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido⁴².

En el supuesto de que ambos miembros de la pareja trabajen, la desaparición de las rentas de uno de los cónyuges no creará para el otro una situación de necesidad que tenga que ser remediada o evitada, sino solamente una disminución de los ingresos comunes que afectará el nivel de vida a que venía acostumbrado. La pensión busca compensar el daño de esa pérdida o aminoración de los ingresos de los que participaba el supérstite. Se trata en definitiva de que al haber contribuido ambos miembros de la pareja al sostenimiento de las cargas del hogar se perpetúe esa solidaridad patrimonial aun después de la muerte de uno de ellos.

La cuestión actual consiste en determinar si la solidaridad patrimonial que se brindan los miembros de la unión de hecho entre sí debe perpetuarse después de la muerte de uno de ellos, mediante el otorgamiento del derecho a pensión.

2. *La respuesta en el Derecho Comparado*

A) *Jurisprudencial*

a) *España*

El 11 de junio de 1994, el Tribunal Constitucional español resolvió un recurso de amparo en contra de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid relativo al derecho de pensión del conviviente homosexual.

Hechos

Un conviviente homosexual pretendió obtener de la seguridad social

⁴² *Ibidem*.

una pensión de viudedad e indemnización a tanto alzado, derivada del fallecimiento por accidente laboral de su pareja homosexual.

La pretensión del homosexual fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por no existir el vínculo conyugal con el causante exigido por la Ley General de la Seguridad Social.

Fundamentos del recurso

El recurso de amparo se basaba en un doble fundamento:

- Por un lado se decía que la equiparación entre las uniones de hecho homosexuales y las heterosexuales en relación a la pensión era discriminatoria. El recurrente señalaba que la jurisprudencia denegatoria del derecho a pensión para los concubinos se basaba en que éstos, pudiendo haberse casado, no lo habían hecho. El actor manifestó que en su caso no se casó por existir una imposibilidad legal para que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, por lo tanto argumentó que no se le podían aplicar las soluciones dadas para aquellas personas que pudiendo casarse no lo hicieron.
- Por otra parte, el actor invocó el principio del libre desarrollo de la personalidad en conexión con el derecho fundamental a la no discriminación, no ya por la negativa del derecho a recibir una pensión sino por la negativa a permitir la celebración del matrimonio.

La sentencia

Frente a la consideración de que el tratamiento legal de las pensiones de viudedad previsto en el viejo artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social era inconstitucional (en cuanto subordinaba el derecho a la percepción de la pensión a la “conditio iuris” de matrimonio previo entre el fallecido y el perceptor de aquélla), el Tribunal reiteró la doctrina sentada a propósito de las uniones heterosexuales, que extendió a las “uniones homosexuales que conviven maritalmente”.

El Tribunal Constitucional afirmó que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente garantizada 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”.

Afirmada, pues, que la unión familiar fundada en el matrimonio y las “uniones homosexuales que conviven maritalmente” no son realidades equivalentes, concluyó que el tratamiento más favorable de la primera en materia de pensiones no vulneraba el artículo 14 de la Constitución española, al existir una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato⁴³.

Motivos por los cuales en definitiva se negó el derecho a pensión al conviviente supérstite homosexual, tal como siempre se le ha denegado en España el derecho a pensión a la conviviente heterosexual.

b) *Canadá*

*“Laessoe vs. Air Canada”*⁴⁴

Niels Laessoe comenzó a trabajar en Air Canada como vendedor y agente de servicios en abril de 1987. Desde un principio su relación laboral estaba amparada por el Convenio Colectivo entre Canadá y la Unión. Dicho convenio le aseguraba ciertos beneficios: seguros de vida, retiros por enfermedad, seguros médicos suplementarios, odontológicos, oftalmológicos y pensiones.

En julio de 1988 el señor Laessoe comenzó una relación con Ronald Swoden. En 1991 completó un formulario de Air Canada requiriendo se registrara a su pareja como “esposo” a los fines de obtener los beneficios laborales. En abril de ese año fue informado de que bajo la política de la empresa no se podía registrar esa solicitud. La política de Air Canada limitaba los beneficios conyugales a las personas del sexo opuesto. En el mes de febrero de 1993 el señor Laessoe volvió a presentar la declaración y en marzo le reiteraron que la política no había cambiado. En junio de ese mismo año el señor Laessoe presentó una queja ante la Comisión Canadiense de Derechos Humanos, argumentando que su empleador otorgaba beneficios a los matrimonios y

⁴³ DE VERDA Y BEAMONTE, ob. cit., p. 685.

⁴⁴ “Laessoe vs. Air Canada”, [1996] C. H. R. D. N° 10, Vancouver.

parejas heterosexuales, pero que se negaba a extenderle los mismos beneficios a las parejas del mismo sexo.

En octubre de 1995 Air Canada anunció que extendería los beneficios, con exclusión de las pensiones, a los empleados canadienses con esposos de su mismo sexo. Sostuvo que debido a que la legislación impositiva no autorizaba la inclusión de los compañeros homosexuales en los planes de pensiones registrados, la compañía sólo extendería ese beneficio una vez que las leyes impositivas fueran modificadas. El señor Laessoe alegó que la actitud de la compañía no sólo era discriminatoria sobre la base de la orientación sexual, sino del status familiar y marital también.

El tribunal sostuvo que se encontraba vinculado por la resolución de la Corte Suprema de Canadá, "Canada vs. Mossop"⁴⁵. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que la falta de reconocimiento del status familiar y marital no podía estar protegida contra la discriminación basada en la orientación sexual, si el Parlamento específicamente no introducía tal protección.

La condición de soltero de Laessoe no era la razón de la discriminación, sino el hecho de que su pareja *gay* no estaba comprendida en la definición de "esposa" del plan de pensiones. Sin embargo, el tribunal concluyó que hasta que el Parlamento no modificara las leyes impositivas, no se le podía hacer cargar a la compañía con un costo prohibitivo, altamente superior al que debía afrontar al otorgar pensiones a las viudas de sus empleados. Así, el tribunal afirmó que Air Canada no tenía obligación de ofrecerle una pensión vitalicia a la pareja del empleado *gay*.

En otro caso el Comité de Derechos Humanos de Ontario resolvió que era contrario a los derechos humanos denegar los beneficios de pensión a los convivientes homosexuales⁴⁶.

⁴⁵ "Canada vs. Mossop", [1993] 17 C. H. R. D. D/949. Brian Mossop, un empleado del gobierno federal, se había ausentado un día de su trabajo para asistir al funeral del padre de su pareja homosexual, y presentó una queja ante el Tribunal de Derechos Humanos alegando que había sido discriminado en cuanto a su status familiar: a Mossop no le concedieron la licencia por muerte de un pariente.

⁴⁶ ROSENBLATT, Jeremy, *In practice. The gay pension*, en *Family Law*, t. 11, 1999, p. 784.

*“Kane vs. Ontario”*⁴⁷

En el caso se cuestionaba la definición de “esposo” en la sección 224 (1) de la Ley de Seguros. En dicha normativa se establecía que si “...como resultado de un accidente, moría una persona asegurada [...] el asegurador le pagará [...] \$ 25.000 a su esposo”.

La demandante había mantenido una prolongada relación con una mujer que había sido asesinada en un accidente automovilístico. Cuando reclamó la póliza a la compañía aseguradora ésta le negó el beneficio, debido a que su relación era homosexual. Para el asegurador la definición de “esposo” y “esposa” estaba perfectamente clara en la sección 224 (1):

“Esposo” significa un hombre y una mujer que:

- a) Están casados entre sí;
- b) que en buena fe han celebrado un matrimonio;
- c) o que, aunque no estén casados entre sí, hayan cohabitado continuamente por un período no menor a tres años, o que han cohabitado con una cierta permanencia, siendo padres biológicos o adoptivos.

El tribunal consideró que había una violación a los derechos de la solicitante: la negativa de la compañía aseguradora era discriminatoria. El tribunal señaló que:

“La comunidad homosexual ha sufrido desventajas históricas. La distinción legislativa no depende de una comparación entre personas casadas y solteras. La distinción se encuentra deliberadamente basada en la orientación sexual y va contra la preservación de la dignidad humana [...] de una buena parte de nuestra sociedad [...] La declaración conlleva y nutre ciertos estereotipos abandonados que no tienen lugar en la industria de nuestra comunidad”.

De esta manera, el tribunal concluyó que la exclusión de las parejas homosexuales de la definición de “esposos” no constituía un límite razonable en una comunidad libre y democrática.

⁴⁷ “Kane vs. Ontario”, [1997] O. J. N° 3979, N° RE 6451/96, Ontario Court of Justice, 1997.

c) *Estados Unidos*

Estado de Minnesota

Un transexual presentó una demanda ante los tribunales de Minnesota reclamando una pensión por viudez, luego de que la administración de la seguridad social le denegara tal beneficio por entender que había mantenido una relación homosexual con su esposo. Como el matrimonio homosexual no es válido en Minnesota, no tendría derecho a ninguna pensión. La peticionante se había sometido a una cirugía de cambio de sexo en 1968, y luego contrajo matrimonio. En 1995 su esposo falleció. La peticionante apeló la decisión de la administración argumentando que ella era mujer, que la validez de su matrimonio no podía ser cuestionada por su género y que sus derechos constitucionales a gozar de una protección igualitaria habían sido violados con la denegatoria. En octubre de 1997 la propia administración revió su posición y le concedió el beneficio⁴⁸.

d) *Australia*

*“Peter Taylor vs. Transport Accident Commission”*⁴⁹

A pesar de los cambios sociales con respecto a la homosexualidad, y a los llamados “derechos de los gays”, el tribunal afirmó que no era de su competencia otorgarle al término “esposo” un cambio lingüístico. A los ojos del órgano judicial, la ley era arbitraria e incluso discriminatoria. Pero ello no era suficiente para autorizar al tribunal a variar el significado de “esposa” para terminar con la discriminación: no basta ser dependiente del difunto/a, la ley exige que además el solicitante haya sido su esposa/o.

B) *Legislativa*

a) *Francia*

La ley de PACS otorga el derecho a pensión a quien hubiera rea-

⁴⁸ El caso fue llevado adelante por ACLU, www.aclu.org.

⁴⁹ “Peter Taylor vs. Transport Accident Commission”, 1999/032210 VCAT 62, Melbourne, Australia.

lizado un pacto civil de solidaridad debidamente registrado; concretamente el artículo 9 dice: “Si ninguna prioridad es invocada dentro de un plazo determinado, el capital debe ser atribuido al cónyuge sobreviviente no separado de derecho o de hecho, al socio con el cual el difunto se había comprometido por un pacto civil de solidaridad o, en su defecto, a los descendientes y, en el supuesto de que el *‘de cujus’* no deje ni cónyuge sobreviviente, ni socio de un pacto civil de solidaridad, ni descendientes, a los ascendientes”.

b) *Estados Unidos*

Estado de Vermont

La ley de Vermont establece que los miembros de una unión civil tienen iguales derechos que los cónyuges, y dentro de los beneficios y protecciones que reciben las partes de una unión civil específicamente alude a las compensaciones y beneficios que tienen los trabajadores, entre ellas las provenientes del derecho a la seguridad social.

c) *Hawai*

En el año 1997 se dictó la ley sobre beneficiarios recíprocos destinada a otorgar a las parejas homosexuales similares beneficios que a las parejas heterosexuales; entre ellos se le otorga el derecho al pago de pensión al conviviente homosexual sobreviviente.

d) *Canadá*

Ley de Quebec

El 16 de junio de 1999 fue sancionada por el Parlamento Nacional de Quebec la ley 32 que modifica las leyes y reglamentos que contemplan la situación del cónyuge equiparando las uniones homosexuales a las heterosexuales. Concretamente esta ley extiende al conviviente homosexual los beneficios que tengan los cónyuges en:

- 1) Ley sobre régimen de jubilación de los agentes de paz en los servicios correccionales;
- 2) ley sobre régimen de jubilación de los empleados de gobierno y de los organismos públicos;

- 3) ley sobre régimen de jubilación de los docentes;
- 4) ley sobre régimen de jubilación de los funcionarios públicos.

Ley de Nueva Escocia

La ley 75 incluye como beneficiario a las parejas del mismo sexo. Dispone, además, que cuando un miembro o un ex miembro de la pareja tiene derecho a una pensión y:

- a) Se ha solicitado el divorcio;
- b) se ha solicitado la nulidad de la unión;
- c) los miembros o los ex miembros de la pareja han vivido separados y alejados y no hay razón para creer que reanudarán su convivencia,

la pensión ganada durante su unión o matrimonio será dividida judicialmente, o de acuerdo a lo que dispongan las regulaciones.

Independientemente de lo anterior, los miembros no podrán recibir más de la mitad de la pensión o beneficio ganado durante la unión o el matrimonio.

e) *Nueva Zelanda y Australia*

El Acta de Derechos Humanos dictada en Nueva Zelanda en 1993 y reformada en el año 1994 actualmente prohíbe toda discriminación en los esquemas de pensión basada en el status marital o en la orientación sexual.

Informa Jeremy Rosenblatt que en Australia el Comité del Senado recomendó en 1995 que la regulación de las pensiones debía cambiarse tratando de eliminar toda discriminación relativa a las parejas del mismo sexo⁵⁰.

f) *Brasil*

El gobierno brasilero en el mes de junio de 2000 ha extendido el reconocimiento legal de las parejas homosexuales, al otorgarles el derecho a beneficiarse con las pensiones y beneficios de la seguridad social del compañero premuerto, jubilado o accidentado.

⁵⁰ ROSENBLATT, ob. cit., p. 784.

A partir de esta medida, aquellas parejas que constituyan una “unión estable” recibirán del Instituto Nacional de la Seguridad Social el mismo trato que reciben los matrimonios, ya sea cuando alguno de sus miembros se jubila o muere. La nueva política permite, además, que una persona que mantenga una relación homosexual incorpore a su declaración impositiva a su pareja.

g) *Holanda*

El 19 de diciembre de 2000 la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley, conocida como Bill 26.672, entró en vigencia a partir de enero de 2001, y ahora las parejas homosexuales pueden acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales en lo que concierne a las pensiones y jubilaciones.

h) *Navarra*

A partir de la sanción de la ley foral “serán beneficiarios de la pensión de viudedad los cónyuges y parejas estables de los funcionarios y de los pensionistas por jubilación que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente”.

3. *La respuesta en el Derecho argentino vigente*

A) *La Ley de Pensiones y Jubilaciones*

La ley 24.241, modificada por la ley 24.463, crea un régimen integrado de jubilaciones y pensiones para todo el país que tiene por objeto cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Esta ley establece en su artículo 53 que gozan del derecho a pensión en el supuesto de fallecimiento del jubilado la conviviente o el conviviente siempre que el causante fuera soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando exista descendencia reconocida de ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiera sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación judicial, la prestación se otorgará al cónyuge o conviviente por partes iguales.

Una primera lectura de la ley nos permitiría afirmar que el conviviente homosexual goza del derecho a pensión ya que los requisitos exigidos por la ley son la convivencia y su duración temporal.

Sin embargo, el artículo 1º del decreto reglamentario 1290/94 impide considerar comprendido dentro de los beneficiarios del derecho a pensión al conviviente homosexual porque al caracterizar “la convivencia” exige que sea pública y en aparente matrimonio.

En este sentido se ha dicho que la sola exigencia de aparente matrimonio excluye la unión estable de homosexuales ya que la heterosexualidad es uno de los principales rasgos del matrimonio⁵¹.

B) *Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil Nº 105 del año 1997*

Hechos

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

La sentencia

El juez de primera instancia consideró que el beneficio previsional que se pretendía obtener valiéndose de una información sumaria sólo podía otorgarse en caso de concubinato heterosexual y que la convivencia

⁵¹ LIVELLARA, Silvina, *La familia. Las uniones de hecho y el Derecho previsional*, en *Libro de ponencias presentadas al X Congreso Internacional de Derecho de Familia. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, celebrado en Mendoza en 1998, *Régimen económico de la familia*, p. 338.

que se pretendió acreditar mediante testigos no podía entenderse como un concubinato por tratarse los convivientes de personas del mismo sexo.

Concretamente se dijo: “Conforme al espíritu que inspira las instituciones del Derecho de Familia reguladas en el Código Civil, el concubinato entre dos personas del mismo sexo no se halla admitido en nuestro Derecho positivo y por ende sólo cabe aceptarlo como relación sexual entre un hombre y una mujer. En consecuencia, el beneficio previsional, que se pretende ejercer valiéndose de una información sumaria, que convalide tal situación, sólo podría darse en caso de concubinato heterosexual”⁵².

La opinión de Poclava Lafuente

Poclava Lafuente al comentar el fallo señaló que: “Aun cuando se estimara que existen circunstancias atendibles como para que sea objeto de tratamiento legislativo el reconocimiento de los derechos previsionales en el caso de convivientes del mismo sexo, ello resulta insuficiente por sí solo para conferir legalidad al otorgamiento de beneficios, en la medida en que no se cuenta con un marco legal que acuerde expresamente el derecho previsional, ya que no puede en modo alguno concederse beneficios por vía de extensión interpretativa y al margen de la normativa legal”⁵³.

La opinión de Livellara

Por su parte, Silvina Livellara sostuvo que “[S]alvando las distancias y sin propugnar que a las parejas homosexuales se les atribuya una apariencia de matrimonio, ni que se le otorguen otros efectos jurídicos a su unión de hecho que no sean los de orden previsional; nos parece que los argumentos del pronunciamiento de la Corte en oportunidad de extender los beneficios de pensión a la concubina son útiles para admitir la diversa finalidad que persigue el Derecho previsional y la seguridad social respecto a la ley civil.

“Tenemos que tener en cuenta que al regir ámbitos diferentes la

⁵² JNCiv. N° 105, 29-10-97, L. L. del 15-12-97.

⁵³ POCLAVA LAFUENTE, Juan C., *Derecho de pensión. Convivientes de igual sexo*, en L. L. 1997-F-671.

ley civil y las normas previsionales, no habría inconveniente, a nuestro modesto entender, en que las segundas otorgasen efectos jurídicos, basados en razones humanitarias y de justicia social, a una unión homosexual mientras no se le conceda en la primera esfera jurídica.

"Es así que la ley previsional no debe entrar en la moralidad o inmoralidad del vínculo que une al causante con el conviviente, cuando éste concurre en 'un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular' (art. 53, ley 24.241).

"De la misma forma la ley civil tampoco debería juzgar en manera discriminatoria dos tipos de uniones de hecho (una homosexual y otra heterosexual) que son ambas inmorales, aunque la primera nunca podrá contar con la apariencia de matrimonio ya que reviste en sí misma un impedimento insalvable.

"Con esto queremos decir que debemos ser coherentes al momento de legislar, porque no podemos decirle a este grupo minoritario de la sociedad con una elección de comportamiento sexual diferente, que cuentan con el amparo de la ley 23.592 de 1988 para que nadie menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías de la Constitución con actos discriminatorios en razón de sexo, y luego, negarle los beneficios previsionales que sí le reconocemos a las uniones de hecho heterosexuales.

"En la temática que venimos abordando hay que examinar la jerarquía de los valores en juego, el aseguramiento de lo necesario para la subsistencia está por encima de la regularidad o la moralidad de la unión, sobre todo cuando los beneficios previsionales no son gratuitos sino que tienen la contraprestación de los aportes forzosos de los trabajadores. Sería disvalioso negar una pensión que no sería recibida por nadie y dejar, quizá, al compañero o compañera en la indigencia y sometida, en su ancianidad, a la necesidad de gestionar pensiones todavía menores como son las que corresponden por la sola vejez"⁵⁴.

Nuestra opinión

Por nuestra parte consideramos que corresponde ampliar el bene-

⁵⁴ LIVELLARA, ob. cit., ps. 341 y ss.

ficio de pensión a los convivientes homosexuales; creemos que no se puede olvidar lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...que la interpretación de las leyes de previsión social requieren una máxima prudencia, ya que la inteligencia que se les asigne puede llevar a la pérdida de un derecho o un retaceo" (*Fallos*: 302:404).

No desconocemos que se debe hacer un análisis económico antes de adoptar una decisión de esta naturaleza, y que los jueces y los legisladores no pueden desentenderse de las consecuencias económicas que pueden tener las diversas soluciones que se adopten. Tampoco podemos dejar de advertir la paupérrima situación de las cajas de jubilaciones en nuestro país. No obstante lo cual mantenemos la necesidad de la cobertura por las siguientes consideraciones:

- a) No se trata de una pensión graciable ni de un beneficio previsional gratuito, sino que, por el contrario, un trabajador ha realizado en forma obligatoria durante toda su vida útil el aporte necesario para obtenerlo.
- b) Otorgar la pensión no significa otra cosa que "mantener la situación asistencial de la que venía gozando y dar reparación al interés afectado por el riesgo previsional"⁵⁵.

La ayuda solidaria que los convivientes se prestan entre sí justifica que el Estado extienda su régimen previsional a quienes se la brindan. Este argumento fue el desarrollado por el Consejo Constitucional francés al aceptar el PAC, quien puso de relevancia que quienes se obligan a prestarse ayuda mutua deben gozar de beneficios económicos justamente por la solidaridad con que se auxilian.

IV. Conclusiones

1. La seguridad social garantiza a los trabajadores y a su familia contra las contingencias sociales, laborales y físicas susceptibles de reducir o de suprimir su capacidad de ganancia.
2. La seguridad social busca evitar que por el impacto del flagelo de la enfermedad o del accidente se restrinjan las posibilidades del

⁵⁵ Esto fue lo sostenido por la CSJN al extender los beneficios de la pensión a la concubina en el fallo "Sanmartino de Weskamp", L. L. 1975-C-975.

trabajador de desarrollar su vida y la de los suyos en un plano de dignidad y libertad compatibles con la condición de seres humanos.

3. La orientación sexual no puede ser un impedimento ni una imposibilidad para acceder a los beneficios de la seguridad social en las mismas condiciones que tienen las parejas heterosexuales.

4. La denegatoria de la aplicación de las leyes de obras sociales o de pensiones y jubilaciones al conviviente homosexual implica una discriminación arbitraria en relación a la preferencia sexual.

5. La no aplicación de los beneficios de la seguridad social a las parejas de igual sexo vulnera el derecho a la salud de contenido constitucional.

6. El no otorgamiento de los beneficios de la obra social a las parejas homosexuales es contrario al pluralismo y carece de una finalidad razonable que lo justifique.

7. En un verdadero sistema pluralista no basta con declarar que existe el derecho a la libre orientación sexual, sino que se requiere que aquel que libremente ha elegido un compañero de su mismo sexo para compartir la vida pueda beneficiarlo con su sistema de salud y de pensión.

8. El trato familiar exigido por la ley 23.660 para ser beneficiario de la obra social no es exclusivo de las relaciones heterosexuales. Los convivientes homosexuales se brindan entre sí trato familiar y como el legislador argentino no exige ni vínculo de familia, ni estado de familia para extender los beneficios de la obra social a quienes conviven, tales beneficios corresponde sean extendidos a los convivientes *gays*.

9. Debe entenderse comprendido en el artículo 53 de la ley 24.241 a los convivientes homosexuales, teniendo en cuenta que los beneficios previsionales no se limitan a quienes tienen un estado civil legítimo.