

CAPÍTULO XI

HOMOSEXUALIDAD Y DERECHO SUCESORIO

I. Introducción	323
II. Derecho Comparado	326
1. Países que permiten el matrimonio homosexual	326
A) Soluciones legislativas	326
2. Países que permiten registrar la unión homosexual.	327
A) Soluciones legislativas	327
a) Hawai	327
b) Francia	328
c) España.	328
d) Noruega	330
e) Hungría.	330
f) Islandia	330
g) Suecia	331
h) Canadá	331
i) Estados Unidos.	332
j) Australia	333
k) Nueva Zelanda	334
3. Países que no reconocen efectos a la unión homosexual.	334
A) Soluciones prácticas	337
a) Confeccionar un testamento	337
b) Establecer trusts o fideicomisos	339
c) Contratar seguros de vida	340
d) Donar los bienes en vida.	341
e) Mantener la titularidad conjunta de los bienes.	342
f) Adoptar al compañero/a homosexual.	342
B) Soluciones jurisprudenciales.	342
III. Derecho argentino	348
1. Sucesión ab intestato	348
2. Gastos de última enfermedad	349
3. Sucesión testamentaria	349
A) La unión homosexual y la incapacidad para suceder	349

CAPÍTULO XI

HOMOSEXUALIDAD Y DERECHO SUCESORIO

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho Comparado. 1. Países que permiten el matrimonio homosexual. A) Soluciones legislativas. 2. Países que permiten registrar la unión homosexual. A) Soluciones legislativas. a) Hawai. b) Francia. c) España. d) Noruega. e) Hungría. f) Islandia. g) Suecia. h) Canadá. i) Estados Unidos. j) Australia. k) Nueva Zelanda. 3. Países que no reconocen efectos a la unión homosexual. A) Soluciones prácticas. a) Confeccionar un testamento. b) Establecer trusts o fideicomisos. c) Contratar seguros de vida. d) Donar los bienes en vida. e) Mantener la titularidad conjunta de los bienes. f) Adoptar al compañero/a homosexual. B) Soluciones jurisprudenciales. III. Derecho argentino. 1. Sucesión ab intestato. 2. Gastos de última enfermedad. 3. Sucesión testamentaria. A) La unión homosexual y la incapacidad para suceder. B) El carácter adúltero de la relación. C) Nulidad de los testamentos por ser el pago de las relaciones homosexuales. D) Legado de alimentos. E) Imposibilidad para actuar como escribano o como testigo en los testamentos. 4. ¿Resulta conveniente reformar la legislación vigente para otorgar derechos ab intestato al conviviente paramatrimonial?

I. Introducción

El Derecho de Sucesiones es un Derecho dependiente del Derecho de Familia y del Derecho patrimonial¹.

Si analizamos el Derecho de Familia del siglo pasado advertimos que la familia estaba basada fundamentalmente en la consanguinidad y en el parentesco. La mujer era considerada una incapaz y sus bienes eran administrados por el marido.

Ello se reflejaba en el Derecho Sucesorio francés en que los parientes heredaban hasta el duodécimo grado y el cónyuge heredaba sólo después o en ausencia de éstos, es decir nunca.

¹ GRIMALDI, Michel, *Droit Civil. Successions*, 5ª ed., Litec, p. 6.

En la actualidad el concepto de familia ha variado y está basado en la convivencia. La familia, a la que hacen referencia los tratados internacionales, es la pequeña familia de padre, madre e hijos.

Esta transformación en el Derecho de Familia se ve reflejada en el Derecho de Sucesiones en una limitación de los derechos sucesorios de los consanguíneos.

En Francia ellos descienden del duodécimo al sexto grado de consanguinidad. En Argentina, del sexto al cuarto de consanguinidad, y al mismo tiempo los derechos del cónyuge sobreviviente han aumentado considerablemente y en la actualidad desplaza a los colaterales, hereda igual que los descendientes y concurre en una porción preferente con los ascendientes.

En estos últimos veinte años la reforma más importante en el Derecho de Familia ha sido la equiparación de la familia natural a la familia extramatrimonial; ello ha traído como consecuencia en el Derecho Sucesorio que los hijos legítimos tengan los mismos derechos que los extramatrimoniales y que los padres naturales hereden igual que los legítimos.

Las últimas evoluciones que se advierten en el Derecho de Familia y que repercuten en el Derecho Sucesorio son las relativas a las uniones de hecho homosexuales. Hoy se considera que la familia no se encuentra basada en un vínculo jurídico, sino en uno afectivo; este vínculo afectivo puede tener lugar entre un hombre y una mujer o entre dos personas del mismo sexo. La repercusión de esta concepción en el Derecho Sucesorio lleva al otorgamiento de derechos hereditarios a concubinos o a convivientes homosexuales. Muestra de ello son, entre otras, la Ley de Parejas de Cataluña, sancionada el 11 de junio de 1998, y la Ley de Parejas de Aragón² (que analizaremos con posterioridad), y las decisiones jurisprudenciales que dan valor a disposiciones para después de la muerte entre personas de igual sexo.

La interrelación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones es tan estrecha que de acuerdo al tipo de familia a la cual el Estado quiere proteger será la extensión de los derechos de la sucesión ab intestato.

² Una reseña de ella puede verse en MEDINA, Graciela, *Personas, familia y sucesiones*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 20, *Seguros – II*, sección Derecho Comparado. Legislación y Jurisprudencia Extranjeras, *Ley 10-1998 de Cataluña sobre uniones de hecho hetero y homosexuales*, p. 445.

Aun admitiendo que los miembros de una pareja homosexual constituyen una familia, no todas las familias deben recibir igual trato por el Estado. Ya que si bien se admite que no puede existir diferencia de tratamiento entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, no necesariamente el Estado debe dar igual tratamiento a la unión legítima que a la de hecho, ni a la unión matrimonial que a la extramatrimonial, ya que éstas no son iguales.

Ello así, hay legislaciones que aunque aceptan que la pareja homosexual constituye una familia, no le dan derechos sucesorios ab intestato, y hay otras que sí se los dan pero de manera restringida.

En la inmensa mayoría de los países los miembros de una unión homosexual no son considerados herederos por la ley, por ello las protecciones para después de la muerte deben provenir de la voluntad y de la previsión de las partes realizadas con anterioridad al deceso. Y estas disposiciones en los países donde existe un sistema de legítima no deben vulnerar el límite de la libre disposición.

En general los convivientes buscan proteger a su compañero de vida de las contingencias que la muerte producirá al sobreviviente, por ello en el orden patrimonial buscan transmitirle los bienes al compañero o asegurarle su futuro económico cuando una de las partes depende de la otra para subsistir.

La primera cuestión que se presenta es la determinación de la forma o la precisión del instrumento adecuado para proteger al conviviente sobreviviente. Múltiples son los instrumentos aptos para lograr el fin deseado, entre ellos puede enumerarse las disposiciones testamentarias (institución de heredero, legado de alimentos, legado de usufructo, etc.), los fideicomisos testamentarios y las disposiciones entre vivos de carácter gratuito o societario.

Cuando los miembros de la pareja homosexual han realizado disposiciones para después de la muerte que beneficien al compañero homosexual, son variadas las cuestiones a resolver, entre ellas:

- a) La influencia de la naturaleza homosexual de las relaciones que originan la voluntad dispositiva en orden a la validez de la disposición. En este tema influye fundamentalmente la consideración previa sobre la moralidad o inmoralidad de las rela-

ciones homosexuales, ya que si éstas se consideran inmorales pueden ser consideradas nulas las disposiciones que favorecen al compañero homosexual.

- b) Las limitaciones que tienen los miembros de la unión para ser testigos y fedatarios en las disposiciones de última voluntad.
- c) La forma de tributar impuestos.

Cuando los convivientes no han previsto la manera de disponer de sus bienes para después de la muerte, sus conflictos serán mayores y en principio se aplicarán las normas sobre disolución de la pareja homosexual, con los principios propios del Derecho Sucesorio, ya que deberán acreditar la existencia de una sociedad de hecho o de una copropiedad para tener derecho a una parte de los bienes.

En el presente trataremos:

- De describir la situación en la legislación comparada.
- De reseñar algunos precedentes jurisprudenciales.
- De enumerar algunos de los institutos a los que se han acudido en el Derecho Comparado.
- De analizar cuál es la situación en el Derecho argentino.

II. Derecho Comparado

A fines de la década de los noventa diferentes legislaciones acordaron derechos sucesorios a los convivientes homosexuales con mayor o menor extensión. Algunas de ellas los equiparan a los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente, mientras que otras les acuerdan beneficios más limitados. La situación de los homosexuales puede variar según que el ordenamiento les posibilite el acceso al matrimonio, les permita registrar su unión o les niegue cualquier reconocimiento.

1. Países que permiten el matrimonio homosexual

A) Soluciones legislativas

Holanda

El pasado 12 de septiembre de 2000 la Cámara Baja del Parlamento

holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley, conocida como Bill 26.672, fue sancionada finalmente en el mes de diciembre de 2000. De esta manera, a partir de enero de 2001 las parejas homosexuales pueden acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos sucesorios que tienen los matrimonios heterosexuales. Las parejas del mismo o de distinto sexo también tienen la posibilidad de registrar su unión gracias a la Ley de Parejas Registradas. Sin embargo, la pareja registrada no posee los mismos efectos que un matrimonio.

2. Países que permiten registrar la unión homosexual

A) Soluciones legislativas

a) *Hawai*

Luego del caso “Baehr vs. Lewin”³, la Legislatura hawaiana tuvo que comprometerse a restringir el casamiento a las parejas heterosexuales. En el año 1997 una comisión parlamentaria recomendó que los derechos matrimoniales se hicieran extensivos a las parejas del mismo sexo. Así, el Parlamento de Hawai sancionó en el año 1997 una Ley de Registro de Parejas Domésticas, más conocida como Ley de Beneficios Recíprocos. En 1995 la misma comisión había distinguido tres categorías de derechos matrimoniales:

- 1) Aquellos que son importantes pero intangibles en valor;
- 2) aquellos que tienen un valor tangible sustancial, y
- 3) aquellos que poseen una naturaleza más general.

La Ley de Beneficios Recíprocos hizo posible que gran parte de estos derechos matrimoniales estén al alcance de aquellas parejas homosexuales cuya unión esté certificada por el gobierno, ya sea a través del matrimonio o bien del registro de parejas.

La ley otorgó aquellos derechos importantes, pero intangibles en su valor, como el de visitar al esposo en el hospital o decidir si se podrá utilizar el cuerpo de la pareja premuerta para fines médicos. En materia sucesoria, esta ley permite que las parejas registradas tengan

³ “Baehr vs. Lewin”, N° 852, P. 2d 44 (Haw. 1993).

los mismos derechos hereditarios que los matrimonios; así, pueden heredar la misma porción que le correspondería a un esposo en una sucesión intestada, y elegir la porción patrimonial –dentro de la legítima que le corresponde a los esposos– que por testamento se dejará a la pareja superviviente.

b) *Francia*

La ley francesa de PACS de 1999 relativa al pacto civil de solidaridad y al concubinato regula las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales. Mientras que el pacto civil es un contrato, la ley le asigna a la unión homosexual el status de una situación de hecho. Los pactos de solidaridad pueden registrarse para que las parejas tengan mejores derechos en el tributo a la transmisión gratuita de bienes que si se tratara de extraños.

El PAC no genera ninguna relación de parentesco, por lo tanto sus miembros no son herederos legitimarios, pero sí pueden ser herederos testamentarios.

El artículo 9 de la ley de PACS modifica el artículo L. 361-4 del Código de Seguridad Social. De esta manera, establece que 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 cuius* no deje ni cónyuge sobreviviente ni socio de un pacto civil de solidaridad ni descendientes, a los ascendientes.

c) *España*

Ley de Cataluña

La ley 10-1998 de Cataluña⁴ regula en forma integral las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales. Así, en su artículo 33 esta-

⁴ Para un análisis más detallado de la ley catalana ver MEDINA, *Personas, familia y sucesiones* cit., N° 20, p. 445.

blece que en caso de defunción de uno de los miembros de la pareja registrada el sobreviviente tiene los siguientes derechos:

- a) A la propiedad de la ropa, mobiliario y utensilios que constituyen el ajuar del domicilio común sin computarlos, si procede en su masa hereditaria. No obstante, no acceden por derecho propio a la propiedad de bienes de mayor valor como joyas, objetos artísticos e históricos, muebles de procedencia familiar, de propiedad del conviviente fallecido o en la parte que le pertenezca, y otros que tengan un valor extraordinario al ser comparados con el nivel de vida de la pareja y su patrimonio.
- b) A vivir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte del conviviente.
- c) A subrogarse si el difunto era arrendatario de la vivienda, en los términos que establezca la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El artículo 34 regula los derechos del compañero supérstite ante una sucesión intestada. Este artículo establece que:

- a) En concurrencia con descendientes o ascendientes, el conviviente supérstite que carezca de medios suficientes para su propio sustento adecuado podrá ejercer una acción personal para exigir a los herederos del fallecido bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, de hasta la cuarta parte del valor de la herencia. También puede reclamar la parte proporcional de los beneficios y rentas de la herencia, percibidos desde el día de la muerte del conviviente o de su valor metálico.
- b) Si no hay ascendientes ni descendientes del fallecido, en concurrencia con colaterales de éste, hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hija o hijos de éstos, si hubieren fallecido, tiene derecho a la mitad de la herencia.
- c) A falta de las personas indicadas en el apartado b, tiene derecho a la totalidad de la herencia. El crédito a favor del conviviente supérstite se perderá por renuncia posterior a la muerte del causante, por matrimonio, convivencia marital o nueva pareja del supérstite antes de reclamarla; por su propio fallecimiento sin haberlo reclamado y por la prescripción al cabo de un año a contar desde la muerte del causante.

Ley de Aragón

La ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas, sean éstas hetero u homosexuales, dispone que en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja estable se le acuerda al otro el derecho al mobiliario de la vivienda en común, excepto las obras de arte o joyas, y el derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante un plazo de un año⁵.

Ley de Navarra

La Ley Foral para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables equipara en su artículo 8 la situación del miembro sobreviviente de la pareja registrada al cónyuge viudo. El miembro supérstite, al igual que el cónyuge, no puede quedar excluido del usufructo de fidelidad. Asimismo, la ley establece que no pueden ser ni contadores ni partidores de la herencia de su compañero/a premuerto/a.

d) *Noruega*

Existe una ley que permite que las parejas homosexuales registren su unión, dándoles los mismos derechos que a los matrimonios en lo referente al derecho sucesorio.

e) *Hungría*

En 1996 Hungría aprobó una ley aplicable a las parejas de hecho hetero y homosexuales. Posteriormente, el Parlamento revisó la Ley de Cohabitación, a fin de que las parejas homosexuales pudieran tener derecho a los mismos beneficios económicos y patrimoniales que otorga el matrimonio.

f) *Islandia*

A principios del año 2000, el Parlamento islandés aprobó una Ley de Registro de Uniones de Parejas. A partir de su entrada en vigencia las parejas registradas tendrán los mismos derechos y obligaciones

⁵ MEDINA, *Personas, familia y sucesiones* cit., Nº 22, p. 557.

que un matrimonio, incluyendo los derechos sucesorios, patrimoniales, impositivos y en materia de seguros de vida.

En cuanto a la disolución de la unión, una pareja registrada en Islandia puede terminar por la muerte de uno de sus miembros, por cancelación o por divorcio. Todas las disposiciones concernientes a la disolución de la relación matrimonial previstas en la Ley de Matrimonios son también aplicables a la disolución de la unión. Si la pareja fue reconocida en Islandia los tribunales de familia locales serán competentes para entender en la disolución.

g) *Suecia*

La Ley de Cohabitanes Homosexuales permite que aquellas parejas homosexuales registradas tengan una obligación alimentaria y derecho a la herencia. Sin embargo, la unión homosexual no registrada, a diferencia de lo que sucede con el concubinato heterosexual, no tiene ningún derecho sobre la herencia del compañero premuerto.

h) *Canadá*

British Columbia

El gobierno canadiense de British Columbia⁶ se encuentra desde marzo de 1999 analizando la posibilidad de otorgar a las parejas homosexuales los mismos derechos que tienen los heterosexuales cuando muere el/la esposo/a. Esto implicará la modificación de las siguientes leyes:

- La Ley de Administración Patrimonial, que regula la administración del patrimonio de las personas cuando mueren sin testamento.
- La Ley de Variación Testamentaria, que regula los derechos de las esposas y los hijos de exigir enmiendas en los testamentos.
- La Ley de Compensaciones Familiares, que permite que la viuda superviviente, el hijo o un pariente accionen judicialmente para obtener una indemnización o cualquier otro beneficio por la muerte negligente del esposo, hijo o pariente.
- La Ley de Servicios Fúnebres y Cementerios.

⁶ *Associated Press* del 29-3-99.

Nueva Escocia

Esta ley, que entró en vigor el 4 de junio de 2001, surgió para cumplir con ciertas decisiones judiciales, para modernizar y reformar las leyes de la Provincia de Nueva Escocia. Esta ley introduce modificaciones en varias leyes, equiparando a las parejas homosexuales que registran su unión a los matrimonios, aunque se deja en claro que esposos sólo pueden ser un hombre y una mujer unidos en matrimonio. Los homosexuales pueden formar, si así lo desean, una pareja doméstica. En este sentido, un miembro de la pareja doméstica es un individuo, independientemente de su sexo, que ha registrado con su pareja su unión.

La declaración deberá estar firmada por las dos partes frente a testigos. Para poder formar una unión doméstica 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 la Ley de Sucesiones Intestadas, la Ley de Manutención y Custodia, la Ley de Patrimonio Matrimonial y la Ley de Jubilaciones y Pensiones.

i) *Estados Unidos*

New Hampshire y Oregon

New Hampshire y Oregon⁷ han codificado una versión estatal de la ley matrimonial aplicable sólo al caso de muerte. Ambas leyes prevén que bajo ciertas circunstancias la pareja homosexual superviviente de una relación estable y prolongada puede recibir el mismo trato que una esposa a los fines hereditarios. Los dos Estados exigen que los miembros de la pareja hayan cohabitado: en Oregon se exige una convivencia superior a los diez años y en New Hampshire superior a tres.

⁷ *Committed partners and inheritance: An empirical study*, en 16 *Law & Equality J. L.*, invierno 1998.

Ley de Vermont

En marzo de 2000 el Estado de Vermont sancionó la Ley de Uniones Civiles, que permite que las parejas estables homosexuales registren su unión, obteniendo los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios en lo que respecta a las leyes estatales. Entre esos beneficios y responsabilidades se encuentran los relativos a la tenencia, a la sucesión intestada, a las transferencias entre vivos o por causa de muerte⁸.

j) *Australia*⁹

A partir de los cambios que introdujo la enmienda de 1999 sobre Efectos Patrimoniales de las Parejas, si a un difunto lo sobrevive su compañero homosexual, éste tiene derecho a una porción del patrimonio del causante y a la vivienda que compartían. Asimismo, la enmienda posibilita que los compañeros homosexuales tomen decisiones en materia de donación de órganos, exámenes *post mortem*, y respondan a las inquietudes de los médicos forenses. De no existir un testamento, o un ejecutor del mismo, el compañero también puede decidir acerca de los arreglos funerarios. La enmienda de 1999 también introdujo cambios en las siguientes leyes:

- Ley de Seguros de 1992: la modificación implicó que la póliza a cobrar por el conviviente homosexual o no (el beneficiario) no sea considerada parte del patrimonio del difunto.
- Ley de Tejidos Humanos de 1983: la modificación posibilitó que las parejas homosexuales puedan vetar la decisión del difunto de donar sus órganos, o bien autorizar una donación que el difunto no había previsto.
- Ley de Anatomía de 1977: a partir de la enmienda los convivientes pueden oponerse a que se le practiquen distintos exámenes al cuerpo del causante.
- Ley Forense de 1980: cuando una persona muere bajo deter-

⁸ Para un análisis más detallado de la ley de Vermont ver MEDINA, *Personas, familia y sucesiones* cit., N° 22, p. 528.

⁹ Hot Topics 24: *Relationships* (octubre 1999), Death and Inheritance Legal Information Access Center, www.hreoc.gov.au/human-rights/gay-lesbian-rights.

minadas circunstancias, los médicos legistas tienen el deber de realizar ciertas preguntas y practicar autopsias en el cuerpo del difunto. Con la modificación de 1999, el conviviente está legitimado a responder a los interrogantes de los especialistas, a exigir que las prácticas las presencie un jurado y a reclamar copias auténticas de los resultados y procedimientos empleados.

- Ley de Testamentos, Legalizaciones y Administración de 1998: a partir de 1999, de no existir un testamento o un ejecutor, la pareja homosexual puede, al igual que un esposo superviviente, organizar el funeral del causante.

k) *Nueva Zelanda*

El 21 de noviembre de 2000 el Parlamento de Nueva Zelanda aprobó una Ley de Propiedad por la que las parejas homosexuales que hayan mantenido una relación por más de tres años adquieren legitimación para recurrir a los tribunales en búsqueda de la división patrimonial o la disolución de la sociedad tal como lo hacen los matrimonios. Paralelamente, el Parlamento promulgó una enmienda adicional que incluyó en la Ley de Propiedad a los concubinatos heterosexuales. Las parejas domésticas tienen la opción de crear sus propios acuerdos prenupciales (equivalentes) para determinar el reparto de sus bienes si es que no desean la solución judicial *standard*, es decir 50% y 50%. La nueva ley condiciona la discreción judicial al incluir como patrón a tener en cuenta a la hora de resolver la distribución patrimonial la duración de la relación, la naturaleza y extensión de la residencia, la existencia o no de una relación sexual, el grado de dependencia financiera, el grado de compromiso mutuo, el cuidado y la manutención de los hijos. La ley autoriza a la pareja superviviente a reclamar una porción del patrimonio de la pareja premuerta.

3. *Países que no reconocen efectos a la unión homosexual*

La mayoría de los ordenamientos pertenece a esta categoría, y es aquí donde las parejas homosexuales intentan distintos caminos

para proteger a sus convivientes supérstites. Recientemente, un grupo de investigadores de la Universidad de Minnesota¹⁰ quiso obtener una respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Debería el compañero homosexual supérstite ser un heredero?
2. ¿Cómo debería definirse legalmente al "compañero supérstite" para determinar si ese compañero debe suceder al causante?

Para poder llevar adelante su objetivo, el grupo planificó y desarrolló una encuesta telefónica sobre cuatro muestras de grupos residentes en la universidad: público en general, personas en pareja heterosexual, mujeres en pareja lesbiana y hombres en pareja *gay*. Las encuestas arrojaron los siguientes resultados:

Escenario 1: Ni el causante ni su pareja tienen hijos.

Una mayoría sustancial de los encuestados le daría alguna parte de sus bienes a su pareja supérstite. Aproximadamente, tres cuartos de los encuestados del público en general dispondrían que sus parejas supérstites recibieran una porción de su patrimonio igual o mayor a un medio. Los homosexuales, en cambio, sostuvieron que ellos le dejarían la totalidad de sus bienes.

Escenario 2: Al morir el causante tenía solamente hermanos y su pareja heterosexual.

Los resultados fueron similares a los del escenario 1.

Escenario 3: La pareja es homosexual.

Cuando los encuestados tuvieron que responder si modificarían la distribución de sus bienes si su pareja fuera homosexual, una mayoría abrumadora respondió que sus elecciones distributivas se mantendrían constantes.

El estudio de la Universidad de Minnesota explicó que entre el grupo de homosexuales y heterosexuales existían algunas diferencias importantes. Los especialistas ensayaron varias propuestas para encontrar la causa de estas diferencias. Por ejemplo, el hecho de que las parejas heterosexuales tengan como opción el matrimonio; incluso algunos encuestados estaban casados. Los heterosexuales solteros también están influidos por esa posibilidad; mientras que los homosexuales se preocupan más porque sus parejas no sean tratadas injusta o des-

¹⁰ *Committed partners and inheritance: An empirical study* cit.

favorablemente con respecto a las “esposas”, los heterosexuales saben que de formalizar sus parejas estarán protegidas por las leyes matrimoniales.

Estos resultados respondían afirmativamente a la primera pregunta. Quedaba, entonces, por dar contenido a la definición de “compañero supérstite”. ¿Qué características debería tener en cuenta un ordenamiento normativo? A continuación resumiremos aquellas que resultaron de la encuesta:

Símbolos observables que denoten compromiso:

- Haber celebrado una ceremonia.
- Haber registrado su relación en una municipalidad.
- Hacer donaciones conjuntas por caridad.
- Donarle bienes al compañero.
- Intercambiar símbolos de la unión, como un anillo o una joya.
- Hacer arreglos para que al fallecer sean enterrados uno al lado del otro.
- Compartir una mascota.
- Tener o adoptar un hijo.
- Compartir responsabilidades como padres.
- Planificar un futuro conjunto.
- Abrir y mantener cuentas bancarias conjuntas.
- Dependier financieramente.
- Ser copropietarios de una casa o de un auto.
- Nombrar a la pareja heredera o beneficiaria de una póliza de seguros de vida.
- La duración de la relación.

Cuando las parejas homosexuales no tienen legalmente ningún derecho a suceder a sus compañeros fallecidos suelen planificar a través de distintos métodos la suerte de su patrimonio. Así, confeccionan testamentos, trusts, contratan seguros de vida, otorgan poderes y, entre otras posibilidades, adoptan a sus parejas. Veamos cuáles son las ventajas y desventajas de estas prácticas.

A) Soluciones prácticas

a) Confeccionar un testamento

El testamento es el acto personalísimo de última voluntad, esencialmente revocable, por el cual se dispone de todo o parte de los bienes para después de la muerte, pudiendo contener también disposiciones extrapatrimoniales¹¹. Aunque un testamento puede ser una buena manera de planificar el destino del patrimonio, hay que tener presente que cualquier método puede resultar inútil si la pareja o el causante no mantienen una relación amistosa y sincera con sus familiares¹². La forma testamentaria puede adoptar distintas variantes según las disposiciones del ordenamiento jurídico donde se celebre o donde se pretenda hacer efectivo. Comúnmente, las formas testamentarias son las siguientes:

- a) Testamento ológrafo: es aquel que formaliza por sí el testador sin intervención de escribano (o notario) ni testigos, escribiéndolo íntegramente de puño y letra con fecha y firma¹³.
- b) Testamento cerrado: es un documento firmado por el testador que se entrega en sobre cerrado a un escribano (o notario), en presencia de testigos, manifestando el testador que lo contenido en él es su testamento¹⁴.
- c) Testamento por acto público: es el otorgado por el testador ante escribano mediante documento público y con la presencia de testigos. También recibe el nombre de “notarial”, “auténtico”, “por escritura pública” y “abierto”.
- d) Testamento oral: es aquel que se manifiesta verbalmente frente a testigos y/o frente a un notario que certifica haber escuchado de boca del testador su intención testamentaria.

¹¹ MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, t. 1, p. 283.

¹² ALLISON, Dawn, *The importance of State planning within the Gay and Lesbian Community*, en 23 *Thur. Mar. L. Rev.* 445, primavera 1998. Allison explica que cuando uno de los miembros de la pareja muere a causa del sida, la impotencia y el dolor de los familiares pueden resultar en una *vendetta*, al enterarse de que su hijo dejó como único heredero a aquel que “lo llevó por mal camino”.

¹³ MEDINA, *Proceso sucesorio* cit., p. 287.

¹⁴ Ídem, p. 290.

- e) Testamentos especiales: son aquellos que tienen lugar en condiciones concretas, teñidas por un matiz de catástrofe, como cuando un soldado en medio de una guerra decide testar su patrimonio ante la inmediatez de la muerte. Así, surgen los testamentos militares, los marítimos y los aeronáuticos. También podemos encontrar testamentos consulares.

Particularmente, un testamento tendrá que cumplir ciertos requisitos de forma para que sea considerado válido. Si bien un homosexual puede emplear cualquiera de estas formas, ya que ningún ordenamiento diferencia entre los testamentos otorgados por heterosexuales y los otorgados por homosexuales, lo recomendable es que utilice un testamento abierto, ya que al ser efectuado frente a un escribano estará más protegido frente a eventuales oposiciones. De aquí que las recomendaciones suelen ser extensibles a cualquier testador. Allison¹⁵ propone tener presente las siguientes precauciones:

- Si el testamento está constituido por más de una página, éstas deben estar unidas de manera segura y el testamento deberá especificar el número de páginas que integra.
- El escribano (o notario o abogado, para aquellos ordenamientos que no cuentan con la figura del escribano público) debe asegurarse de que el testador haya leído y entendido el testamento.
- Celebrar el testamento ante un abogado, o un notario o un escribano, testigos desinteresados y sin interrupciones. El testador deberá manifestar que ése es su testamento, que a su muerte distribuirá su patrimonio según su deseo y que él les ha solicitado a los testigos que presencien la firma del instrumento.
- Todos deberán ver cómo firma el instrumento.
- Algún testigo debe leer en voz alta el instrumento.

Sin embargo, a pesar de cumplir con todos estos pasos y con las formalidades que en particular cada ordenamiento jurídico exige, un testamento puede no ser el mejor de los métodos cuando existe la institución de la legítima y el testador quiere legar más allá de lo legalmente posible, o cuando hay oposiciones a ese testamento. Normalmente, existen situaciones que pueden permitir la anulación del testa-

¹⁵ ALLISON, ob. cit.

mento por no contar el testador con voluntad de disponer mortis causa a la hora de confeccionarlo, o bien por estar afectada dicha voluntad.

Incapacidad mental del testador: La regla general en la mayoría de los ordenamientos es presumir que el hombre goza de salud mental, por lo que su privación constituye la excepción. Luego, quien sostiene la inexistencia de la perfecta razón será, en principio, quien tenga que probarla¹⁶.

Ausencia de voluntad: En estos supuestos no existe voluntad de testar, aunque exista un escrito que posea la forma y el contenido de un testamento¹⁷.

Voluntad viciada: En estos casos la voluntad es concordante con la intención del causante. Sin embargo, su formación se vio influida por causas o condiciones que alteraron su verdadera intención. La voluntad pudo estar influida por violencia psíquica, por dolo y por un error. En esta dirección, muchas veces los testamentos son atacados por la llamada *influencia indebida*.

En el artículo *The importance State planning within the Gay and Lesbian Community*¹⁸ se explica que la mayor parte de los testamentos realizados por homosexuales son contestados invocando que fueron redactados bajo influencia indebida. Una manera de sortear estos obstáculos consiste en redactar periódicamente nuevos testamentos sin destruir las versiones previas. Esto obedece a que las reiteraciones evidencian la seriedad e intención del testador, al tiempo que si alguien pone en duda el último, aún quedarán los anteriores¹⁹.

b) *Establecer trusts o fideicomisos*

Un trust puede tener ciertas ventajas si se lo compara con la forma

¹⁶ PÉREZ LASALA, José Luis, *Curso de Derecho Sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 541.

¹⁷ Pérez Lasala explica que estos casos pueden ser muy variados, ya que pueden comprender a los testamentos efectuados bajo violencia física, efectuados con fines educativos o docentes como modelo para enseñar o aprender. Asimismo, se encuentran comprendidos en esta categoría aquellos testamentos que fueron realizados sin la voluntad de disponer mortis causa, pero con la intención de realizar un acto simulado o efectuado bajo reserva mental.

¹⁸ ALLISON, ob. cit.

¹⁹ CHASE, Adam, *Tax planning for same-sex couples*, en 72 *Denver U. L. Rev.* 359, 1995.

testamentaria. Para empezar, su objeto puede ser muy variado y adaptarse fácilmente a los fines de la pareja. Asimismo, anular u oponerse a un trust no es tan sencillo como cuando lo que se pone en duda es la disposición testamentaria. Explica Adam Chase que un trust es virtualmente inmune a una oposición durante la vida del que lo constituye, ya que éste no es un documento público. Aunque algún familiar tuviera conocimiento de él no podría esgrimir su nulidad basándose en sus derechos hereditarios, porque en ese momento sólo tendría derechos aparentes o potenciales. De la misma manera, afirma este autor que muchas parejas homosexuales utilizan la figura del *Totten Trust*. Este método les permite transferir fondos a una cuenta de ahorros bancarios con posterioridad a la muerte del constituyente, sin que la persona titular de la cuenta bancaria tenga que dar cuenta legalmente del origen de ese dinero²⁰.

c) *Contratar seguros de vida*

Otra manera de resguardar el futuro económico de la pareja superviviente a la muerte del compañero homosexual es contratando pólizas de seguros, en donde los beneficiarios son las parejas homosexuales. Sin embargo, existen ciertas limitaciones o desventajas.

Los legítimos herederos pueden cuestionar los derechos del beneficiario sobre la base de la llamada *influencia indebida*; algunas compañías de seguros exigen que el contratante se realice exámenes de detección del sida para otorgarles el contrato; la contratación de pólizas de seguros puede ser una mala estrategia desde la óptica impositiva, pues teniendo en cuenta que el asegurado posee el control sobre la identidad del beneficiario hasta su muerte, lo recaudado por el seguro podrá ser gravado como parte del patrimonio del causante, o como una donación²¹. Asimismo, no todas las compañías de seguros están dispuestas a que el beneficiario de la póliza sea la pareja homosexual, por entender que éste no tiene un interés legítimo en el asegurado. Sucede, también, que algunos ordenamientos prohíben que se empleen

²⁰ Chase sostiene que una de las ventajas de este método es el control que el constituyente puede tener sobre los fondos a lo largo de toda su vida.

²¹ CHASE, ob. cit.

las pólizas de seguros para conseguir beneficios similares al matrimonio. Tal es el caso de la India²², en donde, si bien la Insurance Act de 1938 establece que al adquirir una póliza de seguros de vida el asegurado puede nombrar a cualquier persona como beneficiario, sea o no representante legal, la jurisprudencia ha interpretado que el uso que hagan de esta cláusula *gays* y/o lesbianas, para burlar la legislación que les prohíbe casarse y beneficiarse con los derechos sucesorios, será considerado nulo. Señala Mihir Desai que, en varias oportunidades, tanto los tribunales superiores como la Corte Suprema de la India han sostenido que el beneficiario actúa como un agente de los herederos legales. Él puede recolectar el dinero, pero ese capital le pertenece a los herederos y a ellos se les deberá rendir cuentas.

Esta tendencia, sin embargo, en los últimos años ha ido desapareciendo.

d) *Donar los bienes en vida*

Cualquier individuo puede valerse de las donaciones para destinar en vida su patrimonio.

En Inglaterra los impuestos a la herencia afectan a las personas que poseen bienes superiores a £ 234.000. En el caso de las parejas casadas, los bienes automáticamente se transfieren al esposo superviviente. Los *gays* y las lesbianas no tienen el mismo tratamiento. Algunos especialistas señalan que la mejor forma de evitar los impuestos a la herencia es donando los bienes. Estas donaciones reciben el nombre de “transferencias potencialmente exentas”²³, debido a que pueden escapar a dicho impuesto si la persona que realiza el regalo vive por un período superior a los siete años desde la fecha de la donación. Aun si la persona muere dentro de esos siete años, el impuesto puede ser sorteado contratando una póliza de seguros y luego colocándola en un trust. Los homosexuales y las lesbianas encuentran a los trusts muy útiles. Sin embargo, para poder constituirlos necesitan asesoramiento financiero y legal, y su funcionamiento es muy complicado a la hora de deshacerlos.

²² Información obtenida a través de Mihir Desai, *Civil laws affecting gays and lesbians* cit.

²³ www.moneyunlimited.uk, Advicebank, 4-8-2000.

e) *Mantener la titularidad conjunta de los bienes*

Algunas veces las parejas homosexuales prefieren compartir en vida su patrimonio y no estar sujetas a las disposiciones testamentarias. Así, abren cuentas bancarias conjuntas, adquieren inmuebles o muebles registrales en condominio, constituyen sociedades con cláusulas que especifican que al morir cualquiera de ellos las acciones pasan automáticamente al sobreviviente.

f) *Adoptar al compañero/a homosexual*

En *Tax planning for same-sex couples* se define a la adopción adulta como un arreglo legal por medio del cual una persona obtiene derechos y obligaciones paterno-filiales sobre un adulto, para forjar una unión legal irrevocable entre el adoptante y el adoptado. Con esta adopción las parejas homosexuales intentan asegurarse derechos hereditarios que no podrían tener por no poder casarse o registrar su unión. Sin embargo, al adoptar a la pareja no sólo obtienen derechos hereditarios. Como vimos, esta institución también implica adquirir los mismos derechos que un padre y, consecuentemente, las mismas obligaciones. Al ser adoptante y adoptado, los miembros de la pareja se autolimitan. Por empezar, ya no podrán disolver esa unión. En segundo lugar, quedan sujetos al delito penal de estupro o incesto, por tener acceso carnal con un hijo. Otra cuestión a tener en cuenta es quién será el adoptante y quién el adoptado, pues algunos ordenamientos que permiten este tipo de adopción la equiparan con la adopción plena, haciendo que el adoptado pierda cualquier lazo con su familia de origen o biológica. El rasgo a destacar es que también pierde cualquier derecho sucesorio con respecto a sus padres biológicos. Es por ello que autores como Chase aconsejan que aquel que tenga los parientes más acaudalados sea el adoptante. De todas maneras, surgen otras particularidades, como evaluar quién tiene las mayores chances de fallecer primero, o de vivir más.

B) *Soluciones jurisprudenciales*

Cuando la pareja homosexual no ha planificado el destino de su

patrimonio a la muerte de uno de sus miembros, la última palabra la tienen los tribunales judiciales.

Colombia

Un tribunal colombiano actualmente deberá resolver acerca de la suerte de los bienes de un hombre que había convivido por más de cinco años con un compañero homosexual. Al morir uno de los miembros de la pareja, sus familiares despojaron al superviviente de toda posesión del causante sin contar con una orden judicial.

El sobreviviente presentó, entonces, una demanda ante el Juzgado en lo Civil N° 5 de la Corte de Distrito de Santa Fe de Bogotá. Este Juzgado sostuvo que no era competente, pero que la Corte de Familia sí lo era, en virtud de que se trataba de una disputa sobre los bienes de una pareja. Sin embargo, la Corte de Familia también sostuvo ser incompetente.

Frente al conflicto de competencias, la Corte Suprema resolvió que el tribunal competente era el Juzgado Civil, por tratarse de cuestiones patrimoniales.

Brasil²⁴

En febrero de 1998 la Corte Suprema de Brasil tuvo que decidir si el conviviente superviviente de un homosexual tenía derecho a la mitad del patrimonio del difunto. El tribunal consideró que hoy en día no se podía ignorar el hecho de que las personas del mismo sexo pueden formar lazos familiares. La Corte aplicó la normativa que normalmente regula las relaciones matrimoniales cuando muere uno de los cónyuges intestado, sin descendencia, pero con padres.

Australia

Hasta la sanción de la enmienda de 1999, las parejas homosexuales no tenían un derecho automático a heredar los bienes pertenecientes al causante. Normalmente, los miembros supervivientes tenían que concurrir a la Corte Suprema y reclamar una porción del patrimonio, am-

²⁴ IGLHRC ERN, vol. VII, N° 1, 1998.

parándose en el Acta de Provisión Familiar de 1982, que es aquella que se encarga de regular la distribución del patrimonio de acuerdo a lo que la Corte estima merecen o necesitan aquellos que no han heredado.

En marzo de 1999 el hermano de un difunto apeló la decisión de la Corte Suprema de New South Wales, que falló a favor de que el conviviente homosexual conservara la mayor parte del patrimonio que compartía con el causante, Maurice Andrews. El apelante sostuvo que aunque el conviviente tuviese derecho a heredar a su hermano, la porción que había conseguido era demasiado elevada. Maurice Andrews había fallecido sin testamento en abril de 1996, cuando conduciendo su auto sufrió un ataque cardíaco. Su hermano, Victor, heredó la totalidad del patrimonio de la pareja, por lo que el conviviente supérstite decidió contestar judicialmente esa situación. En julio de 1998, la Corte Suprema entendió que Howard tenía derecho a recibir una porción del patrimonio del causante, el que ascendía a \$ 550.000,00. El tribunal fijó su porción en un departamento valuado en \$ 325.000,00, mobiliario valuado en \$ 18.000,00 y en un legado que ascendía a \$ 25.000,00²⁵.

Comúnmente, el conviviente supérstite heredará cuando haya vivido con el difunto por un período superior a los dos años.

Estados Unidos

Señala Allison que el caso más resonante en el tema testamentario en los Estados Unidos fue el de Robert Kaufman²⁶. En ese precedente la Corte de New York concluyó que existían pruebas suficientes para acreditar que el testamento era el resultado de la influencia indebida, pues el tribunal tenía por probado que:

- El testador fue susceptible a la influencia indebida;
 - Aquel acusado de influir tuvo la oportunidad de ejercer la influencia, y
 - La disposición patrimonial fue consecuencia de dicha influencia.
- Robert Kaufman²⁷ era un millonario que en 1948 había contratado

²⁵ Gaylawnet, www.gaylawnet.com, citando a *Sydney Star Observer* del 4-3-99, p. 5.

²⁶ *In re "Kaufman"*, 247 N. Y. S. 2nd 664 (1964).

²⁷ Comentado por ALLISON, ob. cit.

al señor Weiss para que lo asesorara financieramente. Al año siguiente ambos comenzaron una relación afectiva que los llevó a convivir hasta la muerte de Kaufman en 1958. Desde el año 1951 el causante había realizado varios borradores de testamentos; en cada nuevo testamento la porción patrimonial legada a Weiss se incrementaba. En esos años el causante había escrito una carta a sus familiares en donde les explicaba cómo haber conocido a Weiss había cambiado su insatisfactoria vida. Esa carta también contenía informes de los estados contables del difunto y la revelación de que Weiss era su pareja homosexual. Esa carta fue adjuntada a cada uno de los testamentos. Sin embargo, el tribunal entendió que lo que estaba en cuestión no era la moral del difunto, sino su última voluntad, que a juzgar por las pruebas presentadas había sido el resultado de una influencia no natural y maliciosa, ejercida sobre una voluntad débil de una persona poco experimentada.

Con el devenir de los años, la situación en los estrados norteamericanos fue evolucionando. En 1947, en el caso “Estate of Spaulding”²⁸, la Corte de distrito californiana resolvió que “el carácter ilícito de una relación [homosexual] no causaba una presunción inmediata de que el difunto había redactado su testamento influenciado indebidamente”. A partir de este precedente, aquel legitimado para contestar un testamento por influencia indebida deberá acreditar que:

- El beneficiario mantenía una relación de confidente con el causante;
- Activamente le solicitaba al causante que confeccionara un testamento, y
- Se benefició indebidamente por ese testamento²⁹.

“*Stewart vs. Schwartz Bros. Jeffer Memorial Chapel, Inc.*”³⁰

En esta decisión se permitió que la pareja doméstica *gay* de una víctima del sida participara en los arreglos funerarios que llevaban a

²⁸ “Estate of Spaulding”, 187 P. 2nd 889 (Cal. Ct. App. 1947).

²⁹ ALLISON, ob. cit.

³⁰ “Stewart vs. Schwartz Bros. Jeffer Memorial Chapel, Inc.”, 606 N. Y. S. 2d 965, 1993, en CHASE, *Tax planning for same-sex couples* cit.

cabo los familiares del difunto. La pareja supérstite había sido nombrada ejecutora del testamento, por lo que el tribunal entendió que estaba legitimada como representante del patrimonio. Los sentenciantes aclararon que “la relación estrecha y similar al matrimonio que existía entre el accionante y su compañero premuerto, y la tensa relación que mantenía el difunto con su familia en los años anteriores al deceso respaldaban la legitimación del accionante como representante de los deseos del causante”.

El tribunal explicó que el accionante no era ni un extraño ni un intermediario, sino “el amante compañero del difunto durante más de cinco años” y que “lo único que éste buscaba era cumplir con los deseos finales de la persona con la que había construido un futuro”. Sin embargo, como el testamento nada decía acerca de los arreglos funerarios, el accionante tuvo que cargar con el estándar probatorio.

*“Estate of Sarabia”*³¹

Este caso tuvo una gran resonancia en la medida en que se trataba de la sucesión de un cantante de ópera muy conocido. Guillermo Sarabia, conocido como William Winston, había pasado la mayor parte de su vida trabajando en Europa. En 1978 había comenzado una relación sentimental con su agente/representante, Leonard Gibbs, con quien vivió unos años en Alemania y luego en Holanda. En septiembre de 1985 Sarabia muere en Amsterdam como consecuencia de un ataque cardíaco, dejando una fortuna valuada en \$ 500.000, que había heredado hacía poco tiempo de su madre. Sarabia había testado a favor de Gibbs, quien era además el ejecutor de los deseos del causante. Cuando Gibbs pidió judicialmente la declaratoria de herederos, el hermano del causante, Frederick Winston, contestó el testamento por entender que había sido el resultado del ejercicio de influencia indebida. Generalmente, las leyes californianas permiten que el testador disponga de su propiedad libremente, sin importar que lo que disponga sea apropiado o justo. Sin embargo, el tribunal explicó que esta afirmación cede cuando se demuestra que el testador estuvo afectado por la influencia indebida de otras personas. El tribunal señaló que el concepto de “influencia

³¹ “Estate of Sarabia”, 221 Cal. App. 3d 599, 1990.

indebida” era muy concreto: “la prueba debe dejar en claro que existió coerción física o psíquica que destruyó la voluntad real del causante”. Asimismo, agregó que la presunción de influencia indebida sólo surge cuando se dan las siguientes condiciones:

- 1) La existencia de una relación confidencial entre el testador y aquel acusado de influirlo;
- 2) la participación activa de la persona acusada en la elaboración del testamento (es decir que no puede ser sólo instrumental);
- 3) la obtención de un beneficio sin causa como resultado de la ejecución testamentaria.

El tribunal afirmó que una vez que se activa esta presunción cambia la carga probatoria, y es el acusado quien debe alcanzar el estándar probatorio de la preponderancia de la prueba. El jurado que presencié el juicio llegó a la conclusión de que efectivamente se cumplían los dos primeros requisitos.

De todas maneras, la cuestión radical pasaba por decidir qué era verdaderamente una ganancia “indebida”, ya que lo no debido podía variar en cada caso. El sentenciante sostuvo, entonces, que utilizarían como parámetro lo que ellos entendían era una ganancia “debida”. Numerosos testigos dieron cuenta de que el difunto había manifestado su deseo de que Gibbs conservara todo su patrimonio, pues él había sido su amor. El tribunal, citando otro precedente, concluyó que el testamento en cuestión era “el reconocimiento natural de las muestras de afecto, gratitud y amor”, y que como cuestión de hecho nunca se pudo probar que la ganancia fuera indebida.

Dawn Allison nos presenta tres casos en donde los tribunales norteamericanos debieron evaluar la plausibilidad de la adopción adulta³². En el caso “Adoption of Adult Anonymous”, un hombre de 22 años de edad se presentó ante un tribunal de New York solicitando la adopción de un hombre soltero de 26 años de edad. Ambos admitieron ser pareja, y sostuvieron que su intención no era utilizar la adopción como un casamiento, sino que con ella pretendían establecer

³² Allison (ob. cit.) cita a “Matter of Adoption of Adult Anonymous”, 435 N. Y. S. 2nd 527 (1981); “Adult Anonymous”, 452 N. Y. S. 2nd 198 (1982), y “Adoption of Robert Paul”, 471 N. E. 2nd 424 (N. Y. 1984).

una unión pública para facilitar las cuestiones hereditarias y asegurarse pensiones o seguros por vejez o muerte. El tribunal decidió en este caso conceder la adopción, a tenor de que la homosexualidad no era un delito en el Estado de New York y de que la teoría del mejor interés del menor no era aplicable en este caso. Al año siguiente, la Corte de Apelaciones debió resolver una cuestión semejante. Al igual que el otro tribunal, falló favorablemente y utilizó la teoría del mejor interés del menor. En esta situación la adopción sería en el mejor interés económico y legal del homosexual adoptado. Sin embargo, continúa Allison, tres años más tarde la tendencia judicial cambió. Ya no se acepta este tipo de adopciones por entender que desnaturalizan la institución adoptiva.

Francia

La Corte de Casación francesa entendió que no había fraude a la ley en una adopción simple de un mayor de edad realizada por otra persona del mismo sexo, soltero y sin hijos, ya que no se había demostrado que ella tuviera por fin la creación o el mantenimiento de relaciones homosexuales. El tribunal entendió que el adoptante había tenido por fin otorgar a otro hombre de condición muy modesta la ayuda material y social que le hubiera proporcionado un padre, y que por lo tanto no existía fraude a la ley que hiciera revocable la adopción³³.

III. Derecho argentino

1. Sucesión ab intestato

En la legislación argentina el conviviente homosexual no es un sucesor legítimo. Por no serlo, si con anterioridad a la muerte no se ha beneficiado al compañero homosexual con una liberalidad, al momento del deceso no tiene derecho a los bienes.

Y, por otra parte, como en nuestro Derecho existe un sistema de legítimas muy elevado que limita en gran medida la libre disposición,

³³ Cámara Civil Primera de la Corte de Casación francesa, 8-6-99, "D. et A. c/B. D.", *La Semaine Juridique*, IV, 1423.

si existen herederos forzosos éstos pueden ejercer la acción de reducción si en vida se han realizado donaciones inoficiosas que vulneren la legítima.

Cuando las donaciones exceden la porción de libre disposición se dice que son inoficiosas y pueden ser reducidas. Cabe recordar que la acción de reducción es una acción tendiente a la protección de la legítima y que esta institución surge como una limitación impuesta por el legislador a la libre transmisión de los bienes para después de la muerte, consistente en la obligación del testador de dejar una porción de sus bienes a determinados herederos denominados "forzosos".

Es decir que el causante en vida puede disponer de su patrimonio con su compañero homosexual, puede muy bien consumirlo, o disponerlo a título oneroso. Lo que no puede es disponerlo a título gratuito, beneficiando a su pareja homosexual por actos intervivos o mortis causa, fuera de la cuota de libre disposición.

La acción de reducción tiene como efecto principal resolver las liberalidades en la medida en que exceden los límites de la porción disponible. Por ende, existiendo herederos legitimarios, el causante que quiere beneficiar a su compañero homosexual ha de ser muy cuidadoso para que sus actos no se vean afectados por la acción de reducción.

2. *Gastos de última enfermedad*

En el punto nos remitimos al capítulo relativo a la responsabilidad por daños derivados de la muerte de un compañero homosexual.

3. *Sucesión testamentaria*

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

A) *La unión homosexual y la incapacidad para suceder*

Cabe señalar que Vélez Sársfield no incluyó el concubinato heterosexual ni las uniones homosexuales entre las causales de las incapacidades para suceder.

Es ejemplificativa la nota al artículo 3740, donde expuso que:

Tampoco ponemos el concubinaje como un obstáculo para recibir por testamento. La ley romana disponía que el que no tuviese hijos legítimos pudiese dejar a su concubina y a sus hijos sólo hasta el duodécimo de sus bienes. Lo mismo la Ley de Partida; pero a falta de descendientes legítimos, podía disponer a favor de ellos, de todo su haber, salvo la legítima de los ascendientes. Al formarse el Código francés, había en el proyecto un artículo que prohibía las donaciones y legados entre los concubinarios; pero desapareció en la discusión. Se puede, sin embargo, preguntar, ¿por qué hacemos incapaz al tutor de recibir del testamento del menor, y al confesor que los auxilia en sus últimos días, y no tememos las seducciones de una concubina? Hemos querido prevenir indagaciones odiosas y escandalosas. Era poco digno revolver las cenizas de los muertos para descubrir los secretos íntimos de su vida, sacando a la luz las miserias de su conducta, cuando el resultado último sería satisfacer la codicia de un pariente al cual el legado del muerto no perjudicaba en sus derechos.

La doctrina y jurisprudencia argentinas se han inclinado desde antiguo por no admitir que la disposición testamentaria realizada a la concubina pueda ser tachada de nula por causa inmoral.

Así han dicho que “esa relación no priva de capacidad para disponer por testamento, ni de testar válidamente, salvo el caso de tener por causa impulsiva y determinante la remuneración de las relaciones inmorales”³⁴.

Aplicando analógicamente lo sostenido para parejas heterosexuales consideramos que los compañeros *gay* tienen capacidad para suceder y la disposición testamentaria no podría ser tachada de inmoral porque no tiene por fin hacer nacer la relación homosexual ni mantenerla.

Creemos que la disposición testamentaria a favor del compañero homosexual no puede ser considerada inmoral en sí misma, salvo que fuere el precio de las relaciones homosexuales.

³⁴ FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1971, t. II, p. 425.

B) *El carácter adúltero de la relación*

Cabe preguntarse si la disposición testamentaria realizada a un compañero homosexual es nula cuando el causante está casado, es decir, cuando la relación es adulterina.

Un sector de la doctrina considera que las relaciones adulterinas son ilícitas y que serían contrarias al orden público, por tal motivo la ilicitud de la causa provocaría la nulidad del acto.

Antiguos precedentes franceses declararon la nulidad de las disposiciones testamentarias realizadas a la concubina cuando el testador no había disuelto su matrimonio³⁵.

Estos precedentes y sus razones pueden ser aplicados a los beneficios mortis causa entre parejas *gay* adúlteras e inclusive con una unión o partenariato registrado sin disolución.

A partir del año 1999 la Corte de Casación francesa cambia su posición en el caso siguiente:

Un hombre desheredó a su esposa y benefició a otra mujer con una suma de 500.000 francos, muriendo siete meses más tarde. Su hija atacó esta disposición testamentaria sosteniendo que era contraria a la moral y a las buenas costumbres. La Corte de Apelaciones de París acogió la demanda sosteniendo que la liberalidad era nula porque la causa de ésta era el mantenimiento de la relación adúltera que el testador tenía con la beneficiaria.

La Corte de Casación casó la sentencia y entendió que no es contraria a la moral una liberalidad que beneficia a una mujer con quien se está sosteniendo una relación adúltera³⁶.

Hasta este fallo la Corte de Casación había sostenido en una jurisprudencia constante que las liberalidades que tienen por causa la formación o la continuación de una relación adúltera eran susceptibles de nulidad por ser contrarias a la moral, no así las liberalidades realizadas dentro del concubinato, por ejemplo para poner fin a éste.

³⁵ Jurisprudencia citada por JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage* cit., ps. 114 y ss.

³⁶ Cámara Civil Primera de la Corte de Casación francesa, 3-2-99, *Juridique Classer Periodique* 1999, II-10083, note Billiau et Liseau, *La Semaine Juridique* del 14-7-99, p. 1333, doctrine I-152, comentado por Laurent Leveneur.

A partir de este fallo la Corte cambia radicalmente su postura y considera válidas las donaciones entre concubinos, aun las realizadas para mantener una relación adúltera. Señalan los comentaristas que la mayor parte de los ciudadanos de nuestros días prefiere dejar a la moral individual el destino de la vida privada y no al Derecho, y que el cambio de la jurisprudencia no ha hecho sino reflejar una adecuación con el sentir de los justiciables³⁷.

Siguiendo la línea del precedente antes citado, estimamos que no puede entenderse que una atribución testamentaria entre convivientes sea una disposición contraria al orden público ni a las buenas costumbres, o que esté viciada de ilicitud causal, ni siquiera cuando alguno de los miembros esté casado previamente.

La libertad de disponer mortis causa de uno de los miembros de la pareja *gay* a favor del otro no se ve restringida por el hecho de la homosexualidad de las relaciones que hace a la vida privada de los individuos, sino por las restricciones generales de capacidad para suceder y de las derivadas de los límites a la libertad dispositiva como es el respeto a la legítima³⁸.

Consideramos que la disposición testamentaria que un *gay* realice a otro cuando tiene como base el afecto no puede ser atacada de nulidad, máxime cuando la homosexualidad no es considerada una incapacidad para suceder y la regla en la materia es la capacidad.

C) *Nulidad de los testamentos por ser el pago de las relaciones homosexuales*

Si la cláusula testamentaria tiene por objeto la remuneración de las relaciones sexuales, ésta podrá ser declarada nula ya que su objeto fue obtener un favor de la persona humana que está fuera del comercio. En este supuesto el móvil ilícito de la cláusula provoca su nulidad.

Lo que ocurre es que es muy difícil demostrar que el fin ha sido la remuneración de las relaciones homosexuales, al menos en una unión

³⁷ *La Semaine Juridique* del 1-9-99, I-160, crónica de Derecho de Familia realizada por Jacqueline Rubellin-Devichi.

³⁸ MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite*, en *Uniones de hecho* cit., ps. 329 y ss.

de hecho homosexual con las características que a ella le hemos atribuido. En estos casos el juez deberá valorar las circunstancias particulares de la relación, como ser la duración, estabilidad, convivencia, etcétera³⁹.

D) *Legado de alimentos*

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

Se encuentra contemplado en el artículo 3790 del Código Civil que establece: “El legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de dieciocho años, si no fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario”.

Estimamos que en el supuesto de los incapaces en razón de su mayor edad o de sus condiciones físicas o psíquicas, el legado de alimentos permite dar una tuición adecuada al conviviente homosexual.

E) *Imposibilidad para actuar como escribano o como testigo en los testamentos*

Disponen los artículos 3664 y 3706 del Código Civil que:

Artículo 3664. El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor.

Artículo 3706. No pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador.

En el supuesto de que el testamento sea por instrumento público, el compañero homosexual no puede ser testigo ni tampoco otorgante del acto, porque ello provocaría su nulidad.

³⁹ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español* cit., p. 298.

4. *¿Resulta conveniente reformar la legislación vigente para otorgar derechos ab intestato al conviviente paramatrimonial?*

Cabe señalar que el otorgamiento del derecho hereditario al cónyuge supérstite es relativamente moderno en la historia del Derecho.

Hoy resulta necesario pensar si es justo que quien ha compartido la vida durante muchos años con el causante vea cómo la herencia intestada de su pareja va a parar a un colateral de cuarto grado o al Estado. La situación parece más injusta cuando a los homosexuales se les niega el derecho a casarse.

Por lo expuesto pensamos que resultaría adecuado que en una reforma legislativa se le acordara al miembro de la unión de hecho homosexual derechos sucesorios ab intestato.

Cabe señalar que los derechos legitimarios del cónyuge supérstite se fundamentan en el afecto presunto del causante; si por la convivencia prolongada “la unión de hecho ha manifestado una *affectio more coniugali*, no habría razón para privar a tal unión de derecho a legítima, en cuanto se ha probado en vida el cumplimiento de la *pietas familiaris*. Otra cuestión es el *quantum* y la configuración de esta legítima que podrá ser diferente si no se quieren equiparar matrimonio y unión libre”⁴⁰.

En definitiva, si aceptamos que la sucesión ab intestada del cónyuge se funda en la presunción del vínculo afectivo que se deduce de la vida en común, el afecto, la solidaridad y la asistencia mutua, no hay razón que justifique no reconocer similares derechos al conviviente homosexual, ya que la comunidad de vida es similar en ambos casos.

No parece razonable ni justo que por el hecho de no poder casarse los bienes del conviviente fallecido, que incluso pueden haber sido adquiridos durante la convivencia y con participación de ambos, en ausencia de parientes sean atribuidos al Estado y no a la persona con quien se vivió y se tuvo un mayor vínculo afectivo.

Indiscutiblemente, en el caso de una reforma legislativa, se deberá determinar el orden sucesorio que ha de ocupar el supérstite y además se le deberán imponer las mismas causales de pérdida de derechos hereditarios que al cónyuge supérstite; así, cuando la unión haya finalizado no tendrá derecho hereditario alguno.

⁴⁰ MARTÍN PÉREZ, ob. cit., p. 336.