

GRACIELA MEDINA

**UNIONES
DE HECHO**

Homosexuales

Colaboradora
CAROLINA WINOGRAD



**RUBINZAL - GULZONI
EDITORES**

**UNIONES DE HECHO.
HOMOSEXUALES**

GRACIELA MEDINA

UNIONES DE HECHO
Homosexuales

Colaboradora en la investigación del Derecho Comparado
CAROLINA WINOGRAD

Prólogo de
HORACIO ROITMAN

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Tucumán 2644 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CAF Santa Fe
Arturo M. Bas 284 – Tel. (0351) 428-4418 – X5000KLF Córdoba

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

*A las mujeres, a los homosexuales, a los discapacitados,
a los que por su color de piel, raza o religión
son una minoría donde les toca vivir
A los que piensan diferente, y a todos aquellos
que encuentran su esperanza en la lucha
por superar las discriminaciones*

*A mis amigos ISAAC RUBINZAL
y MAURICIO SARUDIANSKY*

ÍNDICE SUMARIO

Prólogo, por HORACIO ROITMAN	9
------------------------------------	---

CAPÍTULO I

LOS HOMOSEXUALES, LAS UNIONES HOMOSEXUALES Y LA FAMILIA

I. Introducción	15
II. Objeto	17
III. Los problemas	17
IV. La familia	20
1. Concepto de familia	20
A) Conceptos tradicionales	20
B) Conceptos modernos	20
C) Nuestra opinión	23
a) Las definiciones de familia basadas en el parentesco se encuentran superadas por la realidad y no comprenden todos los modelos de familia existentes ..	23
b) Las uniones homosexuales comparten los caracteres comunes a la generalidad de las familias	24
c) El Estado no está obligado a dar igual nivel de protección a las familias homosexuales que a las matrimoniales	25
V. Conclusiones	27

PARTE GENERAL

CAPÍTULO II

DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y CARACTERES

I. Introducción	31
II. Denominaciones	32
III. Diferencia entre homosexuales y transexuales	36
IV. Concepto	38
V. Naturaleza	39
1. Diferencias con el concubinato	39
2. Diferencias con las uniones esporádicas, libres y transitorias	41
VI. Características de la unión de hecho homosexual	42
1. Convivencia	42
2. Singularidad	45
3. Publicidad	47
4. Permanencia y duración	47
5. Inexistencia de impedimentos de parentesco. Incesto	50
6. Imposibilidad de engendrar hijos comunes	52
7. Incapacidad para educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados	52
8. Incapacidad de la unión para la continuación de la especie ...	54
VII. Conclusiones	54
1. Denominación	54
2. Concepto	55
3. Caracteres	55

PARTE ESPECIAL

DERECHO PÚBLICO

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 IV

LA HOMOSEXUALIDAD, LAS LEYES INMIGRATORIAS Y EL SIDA

I.	Introducción	111
II.	Situación internacional.	112
1.	La problemática	112

2. El Consejo de Europa	112
3. La homosexualidad y la libre circulación de los trabajadores . .	113
III. El homosexual y el estatuto de refugiados	114
1. El Derecho sueco	124
2. La situación en Estados Unidos	125
3. La situación en Canadá	126
IV. Homosexualidad, inmigración y sida	127
V. Homosexualidad, pareja de hecho e inmigración	131
VI. La Constitución Argentina	133
VII. Las leyes argentinas sobre inmigración	135
1. Tipos de residentes	135
2. El HIV como impedimento para obtener la residencia	137
3. La falta de reconocimiento de las uniones homosexuales a los fines migratorios	137
VIII. Conclusiones	138

DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO V

RELACIONES FRENTE A TERCEROS. CONTINUACIÓN DE LA LOCACIÓN

I. Introducción	143
II. Solución en el Derecho Comparado	144
1. Continuidad de la locación por el conviviente homosexual . . .	144
A) Francia	144
a) Jurisprudencia	144
b) Legislación	145
B) España	146
a) Jurisprudencia	146
b) Legislación	147
C) Inglaterra	148
D) Estados Unidos de América	150
a) Jurisprudencia	150
b) Legislación	154
E) India	154

F) Islandia	155
G) Alemania	155
a) Titularidad conjunta de los convivientes	155
b) Titularidad exclusiva de uno de los convivientes	156
H) Canadá	156
I) Australia	157
III. Solución de la legislación argentina	157
1. Las leyes de prórroga	157
2. Las soluciones jurisprudenciales	157
3. La Ley de Locaciones Urbanas	157
4. La continuidad de la locación por el conviviente homosexual	158
5. Abandono de la locación	159
6. Cesión o sublocación prohibida	159
IV. Uso inmoral del inmueble locado	160
1. Solución en el Derecho Comparado	160
a) Jurisprudencia	160
b) Legislación	166
2. Solución en el Derecho argentino	167
V. Uso abusivo del inmueble arrendado	169
1. Solución en el Derecho Comparado	169
2. Solución en el Derecho argentino	171
VI. Conclusiones	172

CAPÍTULO VI

DAÑOS DERIVADOS DE LA MUERTE

I. Introducción	175
II. Alimentos	175
1. Inexistencia del deber legal alimentario	176
2. Obligación moral de prestarse asistencia	176
III. Daños derivados de la muerte del concubino homosexual	177
1. La legitimación para accionar	177
IV. Tesis negativa	178
1. Inexistencia del deber alimentario	178

2.	La unión homosexual no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes	178
3.	Inmoralidad de la unión homosexual.	179
V.	Tesis positiva	180
1.	Privación de la ayuda que recibía	180
2.	No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple . . .	182
3.	Las uniones homosexuales libres y adultas no son inmorales. . .	183
4.	Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios	186
VI.	Jurisprudencia comparada	187
1.	Jurisprudencia americana.	187
A)	“Raum vs. Restaurant Associates Inc. et al.”	187
B)	“Coon vs. Joseph”.	190
C)	“Secord vs. Fischetti”	192
D)	“In Solomon vs. District of Columbia”	192
2.	Jurisprudencia francesa	193
VII.	Conclusiones	194

EFECTOS ENTRE PARTES

CAPÍTULO VII

LA LIQUIDACIÓN DE BIENES POR DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

I.	Introducción	195
II.	La liquidación de los bienes según previsiones contractuales.	196
1.	La validez de los pactos reguladores de la unión.	196
2.	Forma de los convenios	197
3.	Homologación de los convenios	198
4.	Duración.	198
5.	Tipos de pactos.	198
A)	Convenio de régimen económico matrimonial de ganancialidad.	198
B)	Convenio de separación de bienes	200
C)	Sociedad universal de ganancias	200

D)	Sociedades mercantiles entre los unidos de hecho	201
E)	Comunidad de bienes	201
III.	La liquidación de los bienes en el supuesto de sociedad de hecho	201
1.	Existencia de aportes	203
2.	Participación en los beneficios y en las pérdidas.	203
3.	La <i>affectio societatis</i>	204
4.	La doctrina en la sociedad de hecho no da solución a la liquidación de la vivienda en común.	204
IV.	La liquidación de los bienes en los casos de inexistencia de una sociedad de hecho	205
1.	La liquidación de los bienes según una comunidad de hecho	205
2.	De la división de los bienes muebles	206
3.	De la división de los bienes inmuebles	207
A)	Jurisprudencia dictada para parejas heterosexuales aplicable analógicamente al caso	208
B)	Jurisprudencia dictada para parejas homosexuales.	209
4.	Principio del enriquecimiento sin causa	213
A)	Enriquecimiento injusto del conviviente demandado.	214
B)	El empobrecimiento correlativo del conviviente	215
C)	Relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento	215
D)	La falta de causa en el enriquecimiento patrimonial	215
V.	Derecho Comparado.	216
1.	Soluciones legislativas en el Derecho Comparado	216
A)	Países que regulan las relaciones entre los convivientes	216
B)	Países que no reconocen efectos a la unión	226
2.	Soluciones jurisprudenciales en el Derecho Comparado.	229
A)	Disolución de la unión de hecho.	229
B)	Pedido de quiebra conjunta.	234
C)	Demanda de divorcio	235

CAPÍTULO VIII

ALIMENTOS

I.	Introducción	237
II.	Inexistencia del deber legal alimentario.	238

III.	Obligación moral de prestarse alimentos.....	239
IV.	De la posibilidad de celebrar pactos	240
	1. De la forma de los pactos.....	240
	2. Convenios tácitos.....	241
V.	De la irrepitibilidad de lo pagado	243
VI.	Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción.....	244
VII.	De los gastos de la última enfermedad	244
VIII.	Derecho Comparado	247
	1. Ley de Navarra.....	247
	2. Ley de Cataluña	248
	3. Ley de Aragón	249
	4. La ley de PACS	249
	5. La ley de Nueva Escocia	250
IX.	Jurisprudencia	251
X.	Conclusiones	252

CAPÍTULO IX

ADOPCIÓN

I.	Adopción: concepto, fundamentos y principios.....	253
	1. Por qué es importante para los homosexuales la adopción	259
	2. Por qué se les niega, en muchos casos, el derecho a adoptar ...	260
	3. La familia y la homosexualidad.....	265
II.	Diferentes supuestos.....	268
	1. Derecho a la adopción por ambos convivientes en forma conjunta.....	269
	2. Derecho a la adopción por uno solo de los miembros de la unión	269
	3. Derecho de adopción del homosexual que no convive en pareja	270
	4. Adopción del hijo del conviviente homosexual.....	270
III.	Soluciones en el Derecho Comparado	271
	1. Leyes, políticas y decisiones judiciales	271
	2. Soluciones legislativas	274
	A) Comunidad Económica Europea.....	274

B)	Leyes que prohíben la adopción por parejas homosexuales	275
a)	Legislación de Noruega	275
b)	Legislación de Suecia	275
c)	Legislación de Aragón	276
d)	Legislación de Cataluña	276
e)	Legislación de Mississippi	276
f)	Legislación de New Hampshire	276
g)	Legislación de California	276
C)	Leyes que permiten la adopción por parejas homosexuales. Restringido a la adopción del hijo del compañero homosexual	277
a)	Legislación de Dinamarca	277
b)	Legislación de Valencia	277
D)	Amplia posibilidad de adopción	278
a)	Legislación de Vermont	278
b)	Legislación de Navarra	278
c)	Legislación de Holanda	278
3.	Soluciones jurisprudenciales	279
A)	Precedentes que permiten la adopción	279
B)	Precedentes que deniegan la adopción	284
C)	Derechos de visita	290
a)	Precedentes que los conceden	290
b)	Precedentes que no los conceden	292
IV.	La cuestión en el Derecho argentino	292
1.	Adopción conjunta	292
2.	Adopción simple del hijo del compañero homosexual	293
3.	Adopción de un homosexual solo	297
V.	Nuestra opinión	298

CAPÍTULO X

LOS HOMOSEXUALES Y LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

I.	Introducción	299
----	------------------------	-----

II. Derecho a la procreación	300
III. Tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo	301
1. Fundamentos	301
2. Crítica	302
IV. Tesis que acepta que existe un derecho personalísimo a la procreación	302
V. El interés del menor como límite a las técnicas de fecundación asistida	304
VI. Niños educados por parejas homosexuales	306
VII. Legislación comparada	307
1. Ordenamientos que restringen el acceso a las técnicas de fecundación asistida a los matrimonios o a parejas heterosexuales	307
2. Ordenamientos que no lo prohíben	309
VIII. Jurisprudencia comparada	313
1. Relativa al acceso de lesbianas a las técnicas de fecundación asistida	313
2. Relativa a reclamación de paternidad por donante	317
IX. Maternidad por sustitución	319
1. Concepto	319
2. Supuesto excluido	319
X. Conclusión	322

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
B) El carácter adúltero de la relación	351
C) Nulidad de los testamentos por ser el pago de las relaciones homosexuales	352
D) Legado de alimentos	353
E) Imposibilidad para actuar como escribano o como testigo en los testamentos	353
4. ¿Resulta conveniente reformar la legislación vigente para otorgar derechos ab intestato al conviviente paramatrimonial?	354

APÉNDICE

LEYES

1. Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra	357
--	-----

2. Ley de Parejas de Catalunya	366
3. Ley de Vermont de 2000	380
4. Ley de PACS (Texto Adoptado N° 364)	385

SENTENCIAS

1. Corte Constitucional de Bogotá, Colombia, 2-8-2001, “Montoya Medina, Luis Eduardo s/Inconstitucionalidad”	393
2. JCCom. y Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98, “A., A. s/Inf. sumaria”	429
3. CCCom. de San Isidro, sala I, “Dresler, Juan Alberto c/Vieyra, Virginia Evangelina s/Reconocimiento de sociedad de hecho”.	446
4. Supremo Tribunal de España, Sala Primera, 11-4-94, “Fernández Pulido, José s/Amparo”, Auto N° 222/1994	459

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 4 DE DICIEMBRE DE 2001 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE