



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Ley Borrosa e Interpretación Disolvente

Autor: Jorge A. Mazzinghi

I) EL CASO

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 juez que ha resuelto este caso se ha encontrado frente a la necesidad de interpretar una norma, y lo ha hecho a través de su estructura gramatical, con entera prescindencia de los valores que pone en juego una u otra inteligencia del precepto.-

La consecuencia de este criterio es a mi juicio enteramente disvaliosa y una muestra expresiva de los resultados a que pueden conducir las leyes que temen incluir cualquier tipo de discriminación, interpretadas por quienes participan de ese temor, y resuelven el problema desentendiéndose de la trascendencia de su misión.-

II) LA NORMA BORROSA

El artículo 9 de la ley 23.660 de las obras sociales, determina a quienes se extienden los beneficios que tales entidades procuran. Y lo hace a través de dos incisos.-

a) El primero de ellos alude a lo que llama "grupos familiares primarios", concepto que la propia ley debe explicar, pues de otro modo no se sabría a que se refiere. Nos enteramos, por la lectura del precepto, que el grupo en cuestión está integrado por el cónyuge del afiliado, los hijos menores no emancipados, los mayores hasta veinticinco años, que cursen estudios y estén a cargo de su progenitor, los "incapacitados" -categoría jurídica imprecisa- los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda judicial o tutela ejerza.-

Cabe hacer notar que en este primer concepto de "grupo familiar primario", no están encuadrados, por ejemplo, los padres del afiliado, ni los nietos, ni los hermanos que pudieran estar a su cargo.-

b) El segundo inciso ha querido, sin duda, dar cabida a otros parientes. Tan es así que la parte final del artículo autoriza la inclusión en la obra social "de otros ascendientes o descendientes por consanguinidad del beneficiario que se encuentren a su cargo". Y dado que el primer inciso no menciona ascendientes, y sólo alude a descendientes en primer grado, parece que el "otros" empleado por el texto, alude a personas que se ha

querido incluir en el inciso segundo.-

Es una lástima que el legislador, en vez de ser claro, haya creado un pequeño engendro, a través del cual se permite alcanzar el beneficio a quienes "convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación".-

Esta definición, notoriamente imprecisa, parece destinada a abrir una puerta para que los beneficios sociales se extiendan a los concubinos, como lo hace en forma expresa la ley 23.570, sancionada por el Congreso en el mismo año 1988.-

No cabe duda de que la política legislativa que inspira una y otra norma es la misma y tiende a extender, en todo cuanto sea posible, los beneficios que provienen del matrimonio, a quienes viven en concubinato. Se trata de una visión, muchas veces denunciada, que sólo repara en la materialidad de las cosas, en los hechos que se palpan a través de los sentidos, y no en el carácter moral de los vínculos que dan sustento jurídico y legitimidad social a tales hechos. Por eso equipara matrimonio y concubinato.-

Pero como suele ocurrir, esta tendencia, de que hizo gala el parlamento 1983-1989, y que he censurado en todas las oportunidades que estuvieron a mi alcance, no es la peor de las que pueden surgir en este campo.-

Los hechos prueban -y la sentencia comentada es un ejemplo- que cuando los textos no son claros, se puede llevar a las leyes a decir cosas que sus autores no admitieron, ni siquiera en el punto más crítico de su extravío.-

III) LA INTERPRETACION DISOLVENTE

El fallo que critico es ejemplo elocuente de esto. Para comenzar su argumentación, da innecesarios rodeos tendientes a esclarecer qué es la familia y qué es el concubinato.-

Comienza por analizar los elementos de este último, y se desencuentra con lo que llama "la doctrina clásica", representada por las opiniones Bossert, Zannoni, Cabanillas, Mendez Costa y Belluscio. Todos ellos son fieles a la idea de que el concubinato, como dice el diccionario, es la "comunicación o trato de un hombre con su concubina", y concubina es la "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido".-

La condición heterosexual de la relación es, pues, insoslayable para que pueda hablarse de concubinato.-

La juzgadora no se resigna a aceptar este criterio y para esquivarlo intenta un argumento notoriamente forzado: "No habría problema alguno -dice- en admitir que desde el punto de vista del derecho de familia, existe una convención generalizada en los ámbitos académicos y jurisprudenciales, en cuanto a señalar con la palabra concubinato a la unión sexual de un hombre y una mujer, pero ello de suyo no podría implicar negar que puedan darse uniones de las mismas características entre personas del mismo sexo...".-

La lógica no acompaña este modo de razonar: Afirmar algo sobre la esencia de una cosa, implica negar la

posibilidad de asertos que atribuyan a la misma cosa, una esencia diferente. El principio de no contradicción se opone a tamaño desvarío.-

Siguiendo esa línea argumental podría llegarse a admitir que concubinato es cualquier acoplamiento ocasional, o identificarlo con el convenio entre una prostituta y el proxeneta que la explota, e incluso aludir a una relación bestial, como las que relata la mitología, -Leda y el Cisne, Pasifae y el Toro- cuyo resultado es la aparición de un monstruo como el Minotauro.-

Hay que ser prudente para evitar la proliferación de monstruos.-

Después de inútiles digresiones, la Juzgadora vuelve a aterrizar en la norma del art. 9 y advierte que la exigencia de dicha norma para reconocer a un tercero los beneficios sociales, es doble: a) Convivencia con el titular y b) Ostensible trato familiar.-

El primer aspecto está cubierto en el expediente a través de una prueba testimonial que revela como, para alcanzar un beneficio económico, se deja de lado la vergüenza. Respecto del segundo, para ver si se puede hablar de "trato familiar" entre los homosexuales convivientes, intenta el fallo una larguísima y vacua reflexión sobre el concepto de familia, y concluye diciendo que "las definiciones de lo que sea una familia, basadas en la capacidad, aunque sea abstracta, de procreación y de asistencia y socialización de la prole -razón por la cual sería imposible aplicar el concepto a las uniones de hecho (hay de derecho?) homosexuales- dejan de lado importantes aspectos que configuran las relaciones familiares, a mi juicio, con falta de objetividad".-

Vale decir que a criterio de la sentenciante, identificar la familia con la unión de varón y mujer destinada a tener hijos y educarlos, es una visión parcial que deja afuera "importantes aspectos".-

Y para dar cabida al caso en examen, termina afirmando que "... familia es, principalmente, convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos".- (los subrayados me pertenecen)

La perplejidad del lector llega aquí al colmo: porque si familia fuese ese amorfo amontonamiento que la magistrada describe, podríamos llamar familia a los miembros de una barra brava, que acompaña al equipo de su preferencia, donde no falta la solidaridad para depreñar, ni los lazos emocionales de un triunfo deportivo; o a una comunidad de monjas budistas que conviven unidas por su devoción y sus experiencias místicas; y hasta a una banda de delincuentes que comparten un aguantadero, solidarios en la lucha contra la policía, ligados por la amistad que nace de la hermandad de armas y unidos por el lazo emocional que invita a palpar, en poco tiempo, el tesoro de un banco que los ahorristas creían inexpugnable.-

La reflexión de la juzgadora que intenta elevarse sobre la realidad, para que en su concepto quepa cualquier cosa, se desploma inexorablemente y queda descalificada porque deja ver desde el principio las patas de la sota: Quiere llegar -y llega- a una conclusión que se había asentado en su mente mucho antes de intentar justificarla con dislates irrescatables.-

Afirmar, en efecto, que la relación entre dos homosexuales puede actualizar el concepto de familia, es tanto como negar que la familia exista, diluyéndola en una idea que sólo puede ser esgrimida en homenaje al caos.-

IV) LA CONCLUSION

Lo que importa es que este fallo, volviendo la espalda a lo que todos saben -incluso la juez- que es la familia, sienta una conclusión deletérea que consiste en erigir en fuente de derechos a una relación aberrante, contraria al orden de la naturaleza, -y por lo tanto a la moral- como que está divorciada del fin propio de la sexualidad, que es la conservación de la especie. Shopenhauer, partiendo de una visión irreligiosa, llega a la conclusión de que el atractivo mutuo de los sexos, es un ardid de la naturaleza que procura perpetuar la raza. (El mundo como voluntad y representación. Tº III, pag. 345).-

Parece mentira que la ofensiva homosexual que se registra en el mundo entero convenza o paralice a quienes tienen la obligación de establecer el orden social justo, -legislando y juzgando-, y origine timideces imperdonables o gravísimos extravíos, ante la posibilidad de tener que discriminar una relación que el derecho, si bien no persigue, (pues se trata de una oscura peripecia personal, consumada en el ámbito de la privacidad), tampoco puede amparar como si se tratara de un vínculo aceptable en función del bien común.-

Cabe esperar que esta lamentable sentencia mendocina sea un eclipse ocasional, y no se extienda hasta ensombrecer por completo la visión de los jueces, que están obligados a distinguir el bien y el mal, y a no proceder como si las categorías morales fueran opinables.-