

CAPÍTULO VII
RESPONSABILIDAD POR
DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO
Repetición de alimentos, daños derivados de la
muerte, daños derivados de la ruptura intempestiva
y restitución de gastos de última enfermedad

.....	243
I. Introducción.....	244
II. Concepto y caracteres.....	245
1. Convivencia.....	245
2. Singularidad.....	246
3. Publicidad.....	246
4. Permanencia y duración.....	247
5. Concubinato.....	248
III. Alimentos.....	249
1. Inexistencia del deber legal alimentario.....	249
2. Obligación moral de prestarse asistencia.....	250
3. De la irrepetibilidad de lo pagado.....	251
4. De los gastos de la última enfermedad.....	252
5. Prueba de los gastos por última enfermedad.....	254
IV. Daños derivados de la muerte del concubino.....	255
1. La legitimación para accionar.....	255
2. Tesis negativa.....	256
A) Inexistencia del deber alimentario.....	256
B) La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes.....	257
C) Inmoralidad de la unión de hecho.....	257
3. Tesis positiva.....	259
A) Privación de la ayuda que recibía.....	259
B) No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple.....	260
C) Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales.....	262

D)	Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios . . .	266
4.	Supuesto especial del concubinato adulterino.	268
A)	Tesis que niega el derecho a reclamar daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos.	268
B)	Tesis que admite la posibilidad de reclamo de daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos	269
5.	De los daños materiales que se pueden reclamar	271
A)	Supuesto en que el muerto era el único sostén del sobreviviente.	272
B)	Supuesto en que el fallecido contribuía económicamente con el sobreviviente.	273
C)	Disminución del nivel de vida.	273
D)	Supuesto en que el sobreviviente mantenía al fallecido y éste se ocupaba de las tareas domésticas. Valor de las tareas domésticas	274
6.	De la prueba del daño material	274
A)	De los extremos a probar.	274
a)	Prueba de la relación de concubinato	274
b)	Prueba de la estabilidad	274
c)	Prueba del domicilio en común, de la publicidad y de las relaciones internas entre los miembros de la pareja	276
B)	De los medios de prueba	277
a)	Testigos	277
b)	Documentos en los que figure el mismo domicilio. Cuentas y tarjetas de crédito conjuntas. Viajes en común	277
c)	Pruebas de ceremonias religiosas	277
7.	Del daño moral	278
A)	Normativa aplicable.	278
B)	Imposibilidad de reclamar el daño moral como legitimada directa	278
C)	Legitimación para continuar las acciones por daño moral como heredera testamentaria del fallecido	278

8.	Del daño psicológico	279
	A) El daño psicológico como género independiente de daño	279
	B) El daño psicológico como parte integrante del daño moral o del daño patrimonial	279
V.	Responsabilidad por finalización del concubinato.	279
	1. Ruptura de común acuerdo	279
	2. Ruptura unilateral	280
	A) Principio general. La ruptura unilateral, en principio, no genera obligación de indemnizar	280
	B) Indemnización por daños ocurridos, no por la ruptura en sí, sino por especiales circunstancias que concurrieron en el inicio de la relación o que concurren en su cese	281
	a) Cuando la finalización produce lesiones físicas.	281
	b) Cuando ha mediado seducción	281
	c) Conviviente sin recursos económicos. Ruptura intempestiva	281
VI.	Jurisprudencia comparada	282
	1. Jurisprudencia argentina. Ruptura intempestiva del concubinato	282
	2. Jurisprudencia francesa. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato	283
	3. Jurisprudencia española. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato. Remisión	284
	4. Jurisprudencia americana. Daños y muerte del concubino homosexual	284
	A) Como damnificado indirecto por daños producidos al concubino homosexual. "Coon vs. Joseph"	284
	B) Por la muerte del concubino homosexual. "Raum vs. Restaurant Associates, Inc. et al."	287
	5. Jurisprudencia francesa. Muerte de un concubino heterosexual	289
	6. Jurisprudencia francesa. Concubinato adulterino	289
	7. Jurisprudencia francesa. Muerte de un conviviente homosexual	290
VII.	Conclusiones.	290

CAPÍTULO VII

RESPONSABILIDAD POR DISOLUCIÓN DEL CONCUBINATO

Repetición de alimentos, daños derivados de la muerte, daños derivados de la ruptura intempestiva y restitución de gastos de última enfermedad

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto y caracteres. 1. Convivencia. 2. Singularidad. 3. Publicidad. 4. Permanencia y duración. 5. Concubinato. III. Alimentos. 1. Inexistencia del deber legal alimentario. 2. Obligación moral de prestarse asistencia. 3. De la irrepetibilidad de lo pagado. 4. De los gastos de la última enfermedad. 5. Prueba de los gastos por última enfermedad. IV. Daños derivados de la muerte del concubino. 1. La legitimación para accionar. 2. Tesis negativa. A) Inexistencia del deber alimentario. B) La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes. C) Inmoralidad de la unión de hecho. 3. Tesis positiva. A) Privación de la ayuda que recibía. B) No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple. C) Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales. D) Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a los heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios. 4. Supuesto especial del concubinato adulterino. A) Tesis que niega el derecho a reclamar daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos. B) Tesis que admite la posibilidad de reclamo de daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos. 5. De los daños materiales que se pueden reclamar. A) Supuesto en que el muerto era el único sostén del sobreviviente. B) Supuesto en que el fallecido contribuía económicamente con el sobreviviente. C) Disminución del nivel de vida. D) Supuesto en que el sobreviviente mantenía al fallecido y éste se ocupaba de las tareas domésticas. Valor de las tareas domésticas. 6. De la prueba del daño material. A) De los extremos a probar. B) De los medios de prueba. 7. Del daño moral. A) Normativa aplicable. B) Imposibilidad de reclamar el daño moral como legitimada directa. C) Legitimación para continuar las acciones por daño moral como heredera testamentaria del fallecido. 8. Del daño psicológico. A) El daño psicológico como género independiente de daño. B) El daño psicológico como parte integrante del daño moral o del daño

patrimonial. V. Responsabilidad por finalización del concubinato. 1. Ruptura de común acuerdo. 2. Ruptura unilateral. A) Principio general. La ruptura unilateral, en principio, no genera obligación de indemnizar. B) Indemnización por daños ocurridos, no por la ruptura en sí, sino por especiales circunstancias que concurrieron en el inicio de la relación o que concurren en su cese. VI. Jurisprudencia comparada. 1. Jurisprudencia argentina. Ruptura intempestiva del concubinato. 2. Jurisprudencia francesa. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato. 3. Jurisprudencia española. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato. Remisión. 4. Jurisprudencia americana. Daños y muerte del concubino homosexual. A) Como damnificado indirecto por daños producidos al concubino homosexual. "Coon vs. Joseph". B) Por la muerte del concubino homosexual. "Raum vs. Restaurant Associates, Inc. Et al." 5. Jurisprudencia francesa. Muerte del concubino heterosexual. 6. Jurisprudencia francesa. Concubinato adulterino. 7. Jurisprudencia francesa. Muerte del concubino homosexual. VII. Conclusiones.

I. Introducción

En estos últimos años asistimos a una evolución social y jurídica en todos los temas relacionados con la vida en pareja.

El cambio, en todo cuanto concierne a las relaciones extramatrimoniales es copernicano; hasta hace pocos años los concubinos eran repudiados, condenados, perseguidos, discriminados y sancionados penalmente. En los últimos veinticinco años dejaron de ser sancionados penalmente, cesaron de ser considerados inmorales, alcanzaron un reconocimiento social e instauraron en la sociedad la idea de que constituyen una familia que debe ser reconocida. A esto se le sumó el surgimiento de las uniones concubinarias de igual sexo, que antes se mantenían ocultas y que en la actualidad son públicas¹.

En lo social, advertimos que se ha pasado del repudio a la tolerancia, llegándose a una aceptación cada vez mayor de las parejas que conviven fuera del matrimonio aun de las uniones *gay* y de las uniones transexuales, quienes aparecen públicamente reclamando reconocimiento².

¹ MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 13.

² LÖSING, Norbert, *Los derechos humanos en las parejas del mismo sexo*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, setiembre de 1998*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 129, señala que al menos hasta principios de los años setenta parejas del mismo sexo, aunque existían, no eran aceptadas en la sociedad y mantenían sus relaciones ocultas.

En el presente capítulo nos proponemos estudiar la legitimación del conviviente sobreviviente, de una unión homosexual como heterosexual, para reclamar a terceros ajenos a la relación o al otro miembro de la pareja el cumplimiento de obligaciones, como:

- Repetir lo pagado en concepto de alimentos.
- Reclamar la restitución de lo abonado en concepto de gastos de última enfermedad.
- Reclamar daños y perjuicios por fallecimiento de su pareja.
- Reclamar daños y perjuicios por finalización intempestiva de la relación.

A tal fin, creemos necesario determinar, previo a todo, qué entendemos por unión de hecho y cuáles son sus caracteres.

II. Concepto y caracteres

Las *uniones de hecho* son uniones de dos personas que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida, que es conocida públicamente y tiene los siguientes caracteres.

1. Convivencia

La primera característica de la unión de hecho es la convivencia; de no existir ella, podrá tratarse de una mera relación de amistad, de compañerismo o de amantes, pero no de una unión de hecho productora de efectos jurídicos³.

La convivencia es conceptualizada como comunidad de vida y de lecho o cohabitación, e implica compartir conjuntamente un mismo domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. Ello nos permite descartar como unión de hecho a aquellas parejas que comparten solamente los fines de semana o las vacaciones, o encuentros casuales.

³ El requisito de la convivencia es señalado como innecesario por los autores, tanto para la unión homosexual como para la heterosexual; entre ellos, ver en el Derecho francés, JEANMART, Nicole, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Maison Ferdinand Larquier, Paris, 1986, p. 8; en el Derecho español ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 52, y en el Derecho argentino, BOSSERT, ob. cit., p. 39.

2. Singularidad

En las uniones de hecho es un requisito imprescindible la singularidad; ello implica que no serán consideradas como tales las existentes entre tres personas, ni tampoco lo será si se mantienen varias uniones al mismo tiempo, dado que lo que caracteriza a esta forma de vida es su unicidad y su exclusividad, que no se encuentra presente cuando se mantienen varias relaciones al mismo tiempo o cuando se unen más de una persona en comunidad.

Sólo las parejas que desarrollen y mantengan el contenido de la obligación de fidelidad, en cuanto expresión de un deber más amplio de solidaridad, podrán ser tenidas en cuenta en el otorgamiento de consecuencias jurídicas.

Ello así, si alguien se preguntara si entra en el concepto de unión de hecho la relación existente entre dos personas que conviven y al mismo tiempo una de ellas está casada y convive con la esposa o el marido, la respuesta no puede ser sino negativa, por faltar el carácter de singularidad⁴.

3. Publicidad

La unión de hecho, para que sea tal, debe tener “fama”, es decir, reconocimiento público o demostración externa de su existencia; ello desecha las uniones clandestinas u ocultas.

Lo importante es que los convivientes sean *conocidos* como pareja, ya que para tener la posesión de estado de convivientes deben tener *tractatus* y fama; el *tractatus* deviene de la cohabitación y de las normas internas que regulan la convivencia, y la fama, del conocimiento público de la relación. Sólo cuando esos caracteres aparezcan podremos reconocer relevancia jurídica a la unión.

El rasgo de la publicidad siempre ha sido tenido en cuenta en los precedentes jurisprudenciales que otorgaron derecho a las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales; así, por ejemplo, el fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 10 de Mendoza, dictado por la doctora Graciela Mastrascusa, para otorgar los beneficios

⁴ Ésta ha sido la respuesta para el supuesto de concubinatos. Ver BOSSERT, ob. cit., p. 41.

de la obra social al conviviente homosexual tuvo en cuenta, entre otros factores, el reconocimiento público de la unión, en especial, el reconocimiento familiar efectuado por la madre de uno de los miembros de la pareja homosexual, quien afirmó que la unión sexual de su hijo y su compañero era manifiesta en el seno de la familia de ambos y eran reconocidos y aceptados como tales por ambas familias⁵.

4. *Permanencia y duración*

La unión de dos personas con los caracteres que venimos desarrollando, para que sea reconocida jurídicamente debe tener permanencia en el tiempo.

Es muy difícil determinar cuándo una unión es permanente y cuándo es esporádica o transitoria si no existe una regulación legal que determine el plazo exacto de la permanencia, pero lo cierto es que la duración de la relación es una condición sine qua non para producir efectos jurídicos. Esta determinación deberá hacerse en cada caso por los jueces, especificando sus circunstancias particulares y teniendo en cuenta las pruebas aportadas.

Las leyes argentinas que reconocen efectos a las uniones concubinarias tienen en cuenta el plazo de duración, así, por ejemplo, la ley de pensiones o jubilaciones requiere un plazo de cinco o dos años para otorgar la pensión al sobreviviente.

Y en el ámbito internacional las leyes que regulan los efectos de las uniones homosexuales establecen distintos períodos de tiempo para otorgar relevancia a estas uniones; así, por ejemplo, la ley de PAC francesa otorga ventajas impositivas a sus miembros a partir de los tres años de celebración del pacto⁶; la ley de Aragón, relativa a la pareja estable no casada, señala que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia durante un período de dos años como mínimo⁷.

La estabilidad es necesaria para poder desterrar todas aquellas unio-

⁵ JCom.Min. N° 10 de Mendoza, 20-10-98, J. A. del 5-5-99, p. 69.

⁶ Inc. 1° del art. 6° del Código General de Impuestos de Francia.

⁷ Art. 3° de la ley de Aragón, N° 6 de 1999, relativa a las parejas estables no casadas.

nes efímeras o pasajeras, donde no existen los vínculos de solidaridad y ayuda mutua, vínculos que son, en definitiva, los que justifican las consecuencias económicas y jurídicas que genera este tipo de unión.

La estabilidad ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia que ha acordado efectos jurídicos a las uniones homosexuales; así, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, de 1989, dictado en un caso en que se discutía el derecho del compañero homosexual de habitar un departamento sometido a las leyes de congelamiento de alquileres, entendió que una visión más realista e igualmente válida de la familia debe incluir a dos compañeros adultos cuya relación es de largo plazo y en la que existe interdependencia familiar y financiera⁸.

5. Concubinato

En la Argentina no existe una regulación integral del concubinato, sí disposiciones aisladas en el ordenamiento que hacen referencia al mismo, entre ellas:

- La ley de pensiones y jubilaciones.
- La ley de obras sociales.
- La ley de locaciones.
- La ley de trasplantes de órganos.
- El matrimonio in extremis.
- La ley de violencia familiar.

Además de esta regulación positiva, existe una jurisprudencia cada vez más uniforme, relativa a:

- La indemnización por muerte del concubino.
- La disolución de la unión de hecho.

Con relación a las uniones homosexuales, no existe norma alguna, sólo unos pocos precedentes jurisprudenciales que se han ocupado de:

- El derecho a la obra social.
- El derecho a pensión.
- Las consecuencias económicas de la disolución de la unión de hecho por muerte de uno de los convivientes.

⁸ Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, 1989 (544 N.Y. 2d 784 “Braschi vs. Stahl Associates Co.”), E. D. 159-17.

Tras esta somera reseña de la regulación de nuestro país de la unión de hecho pasaremos a reseñar algunos precedentes jurisprudenciales.

III. Alimentos

Tiene íntima relación con el tema que estamos analizando la prestación asistencial entre los miembros de la unión de hecho.

La primera cuestión a dilucidar es *si los convivientes están obligados a prestarse alimentos durante la convivencia*. En realidad este interrogante, si bien debe ser respondido, no presenta mayores problemas jurídicos, porque no existen reclamos alimentarios entre los convivientes durante la unión, ya que si los miembros de una pareja deben recurrir a los tribunales para reclamarse lo necesario para la subsistencia, las bases de la pareja necesariamente estarán disueltas y la convivencia finalizada. Por lo tanto, si bien las legislaciones y la doctrina que se ocupan del tema se empeñan en determinar si existe obligación alimentaria entre convivientes durante la vigencia de la unión, esta cuestión difícilmente dé lugar a demandas o a pretensiones judiciales.

Su determinación, sin embargo, tiene importancia para dar respuesta a otras cuestiones, entre ellas, a la posibilidad de repetir lo pagado en concepto de última enfermedad, ya que si afirmamos que existe una obligación de prestarse alimentos, éstos serán irrepetibles, mientras que si son pagados sin causa, ellos podrían ser repetidos.

Por otra parte, la cuestión se puede presentar a la disolución de la unión por muerte frente al autor del hecho ilícito, porque si no existe obligación legal de prestarse alimentos entre convivientes, quienes causaren su muerte podrían basarse en esta cuestión para negar la legitimación del conviviente sobreviviente para reclamar alimentos.

1. *Inexistencia del deber legal alimentario*

En nuestro Derecho positivo no existe ningún deber legal de prestarse alimentos entre convivientes, ya que el deber alimentario está establecido para los cónyuges y para algunos parientes; el concubino,

si bien puede ser considerado como familia, no es pariente, ni tampoco se le puede aplicar por analogía la obligación alimentaria establecida para los cónyuges⁹.

Diferente es la situación en los países que regulan legislativamente la unión de hecho, donde sin excepción se establece la obligación de prestarse alimentos entre concubinos¹⁰ o convivientes *gay*¹¹.

2. *Obligación moral de prestarse asistencia*

Creemos que existe un deber moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión de hecho y que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica; “estimamos que la convivencia conlleva un deber de conciencia y un deber social de atender el sustento del conviviente”¹².

El carácter de deber moral de la obligación de prestarse alimentos lo advertimos claramente en la interpretación que se ha hecho de la ley francesa de PAC. Esta ley permite que los miembros de una pareja, unidos en un pacto de solidaridad, acuerden la organización económica de la vida en común; sin embargo, con referencia a los alimentos dispone en el artículo 515-4, incorporado al Código Civil francés, que: “Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad deben aportarse ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto”.

Las partes del pacto civil de solidaridad se aportan ayuda mutua

⁹ BOSSERT, Gustavo, *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 127, sostiene que en el concubinato no puede aplicarse analógicamente la obligación que en tal sentido pesa sobre los cónyuges, ya que ella es exclusiva del estatuto matrimonial, y tampoco puede invocarse la obligación alimentaria recíproca que existe entre parientes, pues el concubinato no crea esa clase de vínculo.

¹⁰ El Código de Familia boliviano de 1977 contempla la obligación de asistencia entre los concubinos en los arts. 158, 159, 160. El Código de Familia de El Salvador, de 1992, establece la obligación de asistencia entre los miembros de la unión no matrimonial en el art. 119.

¹¹ Para una ampliación del tema en relación a lo dispuesto en las leyes de Aragón y Cataluña, y la ley francesa de PAC ver *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 20, II, p. 524, informe de Graciela Medina, sección de Derecho Comparado, *Legislación y jurisprudencia extranjeras*.

¹² GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Cívitas, Madrid, p. 304.

y material, según las modalidades fijadas por el pacto, pero según interpretación del Consejo Constitucional esta regla es inderogable, y de ella resulta implícita pero necesariamente que, si la libre voluntad de las partes puede expresarse en la determinación de las modalidades de esa ayuda, es nula toda cláusula que desconozca su carácter obligatorio; por otra parte, en caso de silencio, corresponde al juez definir sus modalidades en función de la situación respectiva de las partes¹³.

En definitiva, es de la esencia de la convivencia el prestarse asistencia mutua, aunque las partes no lo pacten y la ley no lo exija.

3. *De la irrepetibilidad de lo pagado*

Lo pagado en concepto de alimentos constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales, las que en verdad no son estrictamente vínculos jurídicos obligacionales por carecer el acreedor de un derecho de crédito, según explican acertadamente Pizarro y Vallespinos¹⁴.

Lo importante de encuadrar la prestación de asistencia dentro de lo que en nuestro Código se denominan obligaciones naturales es establecer la irrepetibilidad de lo pagado.

Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlo, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente: un deber moral o de conciencia, o un deber social.

En definitiva, lo que se ha pagado en cumplimiento de la obligación moral de prestar asistencia a la persona con la cual se convive surge de lo expuesto en los artículos 791, inciso 5º, y 516 del Código Civil.

El término “pagado” al que alude el 516 del Código Civil debe ser entendido en la amplitud que alude la nota; ello así, entendemos que comprende no sólo la dación o entrega de cualquier cosa sino la ejecución de un hecho o la fianza de una obligación, la suscripción de un documento, etcétera.

De lo expuesto surge que aun cuando entre convivientes no exista deber alimentario legal, si se ha pagado alimentos, no pueden ser re-

¹³ BELLUSCIO, Augusto, *El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el Derecho francés*, en L. L. 2000-C-1100.

¹⁴ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado* cit., t. I, *Obligaciones*, 1999, p. 218.

petidos, y si se ha establecido una fianza, el tercero puede exigir al compañero el cumplimiento de la misma.

4. *De los gastos de la última enfermedad*

Los herederos están obligados a pagar, a quien los hiciere, los gastos de última enfermedad, pero parte de la doctrina sostiene que lo gastado por tal concepto por el conviviente no se debe restituir, ya que al realizar estas erogaciones no se hace más que satisfacer un deber de conciencia, pagándose así una obligación natural¹⁵, que mal puede ser repetida.

Los autores que proponen la “irrepetibilidad” basan su postura en el siguiente argumento: según el artículo 372 del Código Civil, “La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades”. Este artículo comprende tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios, los últimos son los gastos derivados de las enfermedades (asistencia médica, gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internación, etc.) y los funerarios por sepelio del alimentado, etcétera. Así, cabría interpretar, como lo hace Salerno¹⁶, que los gastos reclamados en concepto de última enfermedad y funeral son “alimentos”.

Desde la óptica de la obligación natural, lo pagado en concepto de gastos de enfermedad por uno de los miembros de la pareja a favor del otro no le da derecho para reclamar el reintegro de la suma desembolsada¹⁷.

En doctrina, Bossert¹⁸, Guastavino¹⁹ y García de Ghiglino²⁰ con-

¹⁵ El art. 516 del Cód. Civ. establece que no puede reclamarse lo pagado en concepto de obligaciones naturales cuando el pago ha sido hecho de manera voluntaria por el que tenía capacidad legal para hacerlo.

¹⁶ SALERNO, Marcelo Urbano, *Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino*, en L. L. 1997-C-432.

¹⁷ Ídem nota anterior.

¹⁸ BOSSERT, ob. cit., p. 133.

¹⁹ GUASTAVINO, Elías, *Gastos de última enfermedad y funerarios: recibos en poder del concubino*, en J. A. 1965-II-454.

²⁰ GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, *Unión de hecho*, en LAGOMARSINO y SALERNO, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, p. 849.

sideran que los gastos de última enfermedad del concubino pueden ser repetidos por su pareja.

Enseña Guastavino que la irrepetibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil.

Adherimos a esta última posición y, además, consideramos que existen razones de equidad que justifiquen este razonamiento porque, en verdad, quienes se encuentran jurídicamente obligados a prestar alimentos —y en ellos se comprenden los gastos de última enfermedad— son los parientes, quienes a la vez se ven beneficiados con la herencia.

Aparece como inequitativo que al concubino, que nada hereda, no se le devuelva lo que pagó para atender la necesidad de su conviviente, cuando esta necesidad debió ser cubierta por los herederos.

La minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “si quien paga los gastos de última enfermedad es el concubino de la enferma, se subroga en los derechos del acreedor desinteresado, pues la obligación cancelada no es propia sino de su compañera enferma. En tal situación, el concubino actúa como un tercero que cancela una deuda ajena, por mérito del respectivo pago sustituye al acreedor desinteresado en la relación de éste con el deudor, sin que interese si el abono fue hecho en su propio nombre o a nombre de la concubina convaleciente” (del voto en disidencia del Dr. Vázquez. La mayoría consideró inadmisibles el recurso).

Entendemos que aun cuando se considere que es una obligación natural del conviviente asistir económicamente a su pareja en su última enfermedad, la irrepetibilidad de lo abonado en concepto de gastos de esa naturaleza se da sólo respecto del enfermo en beneficio del cual se efectuaron, pero no en relación a los herederos, a quienes no alcanzan las razones de conciencia que dan lugar al cumplimiento de tal obligación, y respecto de los cuales el sobreviviente es acreedor de una obligación civil a cuya titularidad llegó en virtud del pago por subrogación efectuado.

5. Prueba de los gastos por última enfermedad

En nuestro país se registra un precedente jurisprudencial en un caso de concubinato, relativo a la forma de la prueba de los gastos de última enfermedad, que creemos necesario recordar porque sus argumentos pueden ser aplicados a los reclamos de los miembros supérstites.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe²¹ resolvió que: “La presunción derivada de la posesión de los recibos que acreditan pagos correspondientes a la última enfermedad y sepelio del causante, en el sentido de que su poseedor los ha pagado con fondos propios, pierde vigencia si quien los exhibe vivió en concubinato con el causante, y de que éste —razonablemente— era solvente; no obsta a tal conclusión la solvencia del pretenso pagador pues su solvencia no contribuye a consolidar la pretensión desvirtuada en principio por el concubinato, sino en el supuesto de que, además, se hubiese demostrado la impotencia patrimonial del deudor”.

El tribunal deja sentado que, si bien el concubino puede reclamar los gastos hechos en concepto de última enfermedad y funerarios, debe probarlos certeramente. La presunción que crea la posesión de los recibos correspondientes a los gastos de última enfermedad cae cuando ese tercero ha sido el concubino del causante, ya que el hecho de la convivencia hace fácilmente explicable que dichos recibos estén en su poder. Deberán considerarse otros medios de prueba y cuestiones tales como posición económica del muerto y del concubino supérstite.

Probada la insolvencia económica del causante, en un caso²² se juzgó que la presunción emergente de la posesión de los recibos debía mantenerse aunque el instrumento de pago no estuviese extendido a nombre del poseedor con la persona obligada, y sin que fuera suficiente para destruir esa presunción la convivencia del poseedor con la persona obligada. Por el contrario, de haberse acreditado la solvencia del causante, el tribunal hubiera debido decidir el caso en sentido adverso a las pretensiones del demandante, tal como ocurrió en la sentencia que

²¹ CCCom. de Santa Fe, sala II, 3-12-62, J. A. 1965-II-453.

²² CCCom. de Rosario, sala II, 13-6-47, Rep. Santa Fe 16-53; sum. en Rep. L. L., t. X (1948), p. 774, N° 9.

se anota. En este caso, la concubina, para probar su derecho a repetir los gastos de última enfermedad y funerarios, presentó recibos extendidos a su nombre; los herederos demandados se opusieron alegando que la concubina no había utilizado fondos propios.

La prueba rendida demostró que el causante, efectivamente, había dispuesto de recursos ordinarios y extraordinarios, suficientes para afrontar los gastos sin que fuese necesario que los abonara la concubina. El hecho de la convivencia doméstica derivada del concubinato y la existencia del matrimonio celebrado en el extranjero fueron considerados por el tribunal para juzgar insuficiente la tenencia de los recibos.

Pensamos que la íntima relación existente entre los convivientes posibilita el manejo de los fondos de uno por el otro y el otorgamiento de los recibos en forma indistinta, explicando al mismo tiempo la tenencia de los instrumentos de pago.

Pero también creemos que quien es poseedor de recibos emitidos a su nombre cuenta con una prueba a su favor de que fue él quien realizó el pago y que en tal caso serán los herederos quienes deberán demostrar la inexactitud del recibo o el abuso del derecho de la pretensión del reclamante.

En tales circunstancias, resulta necesario analizar la capacidad económica de los convivientes y el movimiento de sus patrimonios en el período de los pagos para decidir si razonablemente los gastos fueron o pudieron ser efectuados con dinero del causante o del reclamante.

En síntesis: la convivencia por sí sola no desvirtúa la presunción emanada de la posesión de los recibos respecto a los fondos invertidos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición.

IV. Daños derivados de la muerte del concubino

1. La legitimación para accionar

Entendemos que la cuestión reside en determinar si el concubino se encuentra legitimado para accionar en reclamo de los daños y perjuicios que le produjo la muerte de su compañero.

Para empezar, es necesario recalcar que está legitimado para promover una acción indemnizatoria quien sufre un daño, entendiendo por tal la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial²³. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo²⁴.

En definitiva, pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada *iure proprio* por el concubino que acredite la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial²⁵.

A partir de los casos jurisprudenciales sobre el tema trataremos de desarrollar los posibles argumentos a favor y en contra de la legitimación del superviviente para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa.

2. Tesis negativa

Entre los argumentos que pueden desarrollarse para denegar la legitimación del sobreviviente para reclamar los perjuicios producidos por la muerte de su compañero, pueden encontrarse los siguientes:

A) *Inexistencia del deber alimentario*

No existe norma alguna que imponga al conviviente homosexual u heterosexual coactivamente dar alimentos a su pareja; de ello se desprende que si en vida el conviviente no tiene derecho a exigirle

²³ RIVERA, *Legitimados para demandar la indemnización de daños* cit., p. 50.

²⁴ En la doctrina clásica, que surge con JOSSELAND, *Derecho Civil* cit., t. II, vol. I, N° 424, p. 305, sólo se reconocía un daño cuando existía un derecho subjetivo violado; así, no le se concedía legitimación para reclamar a la concubina en tanto ella carecía de derecho subjetivo. Esta doctrina tuvo profunda influencia en la jurisprudencia francesa y también en la doctrina argentina, pero en la actualidad se puede considerar superada tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Al respecto, en la doctrina, entre otros: ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil* cit., ps. 8/9; SPOTA, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana* cit., ps. 305 y ss.; BUSTOS BERRONDO, *Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio* cit., p. 74; IRIBARNE, *De los daños a las personas* cit., p. 435.

²⁵ En tal sentido se expidieron las I Jornadas Bonaerenses, Junin, 1984.

judicialmente el pago de alimentos, no puede tampoco hacerlo con quien fue culpable de su muerte²⁶.

B) *La unión de hecho no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes*

La unión de hecho no constituye una fuente de derechos legales entre sus integrantes, ellos no pueden reclamarse entre si deberes personales ni patrimoniales; así, no están legalmente obligados a serse fieles ni a prestarse asistencia ni a responder por los gastos comunes frente a los acreedores. Si la unión convivencial alternativa al matrimonio no genera obligaciones jurídicamente exigibles durante su vigencia, no se puede transformar en fuente de derechos a su finalización.

Si bien los artículos 1077 y 1079 del Código Civil hablan de la obligación de reparar el perjuicio provocado a “otra persona” y a “toda persona” que lo hubiese sufrido “aunque sea de manera indirecta”, esta amplitud de los textos legales debe ser limitada a quienes experimentan un perjuicio propiamente jurídico.

Como bien lo destaca Acuña Anzorena, “el daño como elemento integrante de la noción de responsabilidad y presupuesto necesario de la acción resarcitoria, debe incidir indefectiblemente en el desconocimiento o en el quebrantamiento de un derecho, es decir, de un interés legítimo o legalmente protegido. Con ello se descarta la posibilidad de que la lesión de un mero interés o la privación de un simple beneficio basten para comprometer la responsabilidad del lesionado”²⁷.

C) *Inmoralidad de la unión de hecho*

Para un amplio sector de la opinión la unión concubinaria es una unión inmoral y, por lo tanto, no susceptible de producir efecto jurídico alguno.

²⁶ Este argumento fue desarrollado con referencia al concubinato heterosexual, entre otros, por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero o compañera en un hecho ilícito*, en J. A. 1979-IV-699.

²⁷ Conf. SCJBA, E. D. 133-795; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil* cit., t. I, *Obligaciones*, ps. 303 y ss., N° 247, en especial ap. C y nota 53, y t. IV, vol. A, p. 80, N° 2354, y p. 85, N° 2356; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Falta de legitimación de la concubina*, en J. A. 1979-III-6 y ss.

Durante años la moral fue concebida como la moral católica²⁸, por la influencia que esta religión tenía en la sociedad. Esta tesis fue elaborada por Ripert²⁹ y seguida en nuestro Derecho por los maestros Llambías³⁰ y Borda³¹.

Los sostenedores de esta posición parten de considerar que como la religión católica es la practicada por la mayor parte de la comunidad, e incluso tiene un reconocimiento constitucional, toda vez que el Estado sostiene el culto católico, la moral debe identificarse con los preceptos de esta religión.

Por otra parte, se tiene en cuenta que la nota al artículo 530 del Código Civil dice: "En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas..."

Quienes admiten esta concepción concluyen afirmando que las uniones extramatrimoniales son inmorales, porque la moral católica sólo admite como lícitas las relaciones sexuales habidas en el matrimonio con fines de procreación. La homosexualidad según los textos del apóstol San Pablo está prohibida. "A los solteros se les niega el uso de sus órganos sexuales, considerando sólo el matrimonio como la única vía permitida moralmente para desarrollar la capacidad sexual. Se rechaza cualquier otra forma de unión sexual que no sea la realizada tras el acto sobrenatural del matrimonio"³².

Si la unión concubinaria heterosexual es considerada inmoral, indiscutiblemente la unión de hecho homosexual es éticamente reprochable. Sobre el tema, Legarre considera que las uniones homosexuales son inmorales; concretamente dice que "la conducta homosexual es moralmente inaceptable, por su objeto constituye un acto intrínseca-

²⁸ Entre los autores que aprecian el concepto de buenas costumbres identificándolo con el concepto de la moral cristiana, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, ps. 246 y ss.

²⁹ RIPERT, Georges, *La règle moral dans les obligations civiles*, Paris, 1949.

³⁰ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil cit., Parte general*, 1999, p. 33.

³¹ BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

³² ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1986, p. 78.

mente malo”. Agrega que en este marco cabe preguntarse si en lo que a homosexualidad se refiere el Estado tiene autoridad alguna. Continúa diciendo que “El Estado está investido de autoridad para tutelar los derechos fundamentales de las personas y otros aspectos del bien común que pueden ser injustamente agraviados por algunas conductas homosexuales”³³.

No obstante lo cual –aun los sostenedores de que las uniones homosexuales son inmorales–, señalan que dentro de una política de tolerancia podría eventualmente considerarse la posibilidad de darles un reconocimiento legal mínimo a los solos efectos de precisar cuestiones de índole patrimonial mínimo. Por ejemplo, permitirles su inscripción en la Inspección General de Justicia como sociedad de hecho³⁴.

3. *Tesis positiva*

A) *Privación de la ayuda que recibía*

Independientemente de la inexistencia del deber legal de prestarse alimentos, si en los hechos uno de los convivientes sostenía al sobreviviente, la muerte le ha producido un daño porque le ha privado de ese sostén.

Si el sobreviviente demuestra debidamente que vivía del auxilio y los recursos del muerto, debe ser indemnizado en función de lo dispuesto por el artículo 1079 del Código Civil.

Cuando el artículo 1068 del Código Civil establece que el daño se configura con un perjuicio por “el mal hecho a la persona”, no impone, como requisito al daño resarcible, que éste debe afectar prerrogativas jurídicas del damnificado.

Ello así, si bien es cierto que la unión de hecho no genera obligaciones jurídicas durante su existencia, la legitimación del conviviente para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa no se origina en la relación de pareja sino que surge de la certeza del perjuicio, el cual se debe acreditar de una manera fehaciente.

La postura que venimos sosteniendo es la que tiene en la actualidad

³³ LEGARRE, Santiago, *Orientación sexual y Derecho*, en E. D. 168-1123.

³⁴ LEGARRE, ob. cit.

mayor predicamento con relación a la legitimación del concubino heterosexual para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte de su compañero³⁵.

Esta línea doctrinaria ha sido aceptada por la Cámara Civil en pleno en el fallo “Fernández, María y otro c/El Puente S. A. T.”, al decir: “se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen”³⁶.

B) *No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple*

Insistimos en que la legitimación del conviviente para efectuar el reclamo no se funda directamente en su carácter de miembro de una pareja convivencial alternativa al matrimonio, sino que se origina en su condición de simple damnificado por el hecho ilícito, el cual genera una obligación de reparar en virtud de lo dispuesto por los artículos 1079, 1069 y 1109 del Código Civil.

Cabe recordar que en las I Jornadas Bonaerenses (Junín, 1984) se declaró que la “acción de indemnización podrá ser intentada *iure proprio* por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial”.

Ésta es, por otra parte, la tendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de prestigiosos tribunales de segunda instancia del país, al admitir la legitimación de alimentantes y alimentados de hecho. Así, el máximo tribunal nacional, en el caso “Molteni” dijo que “correspondía dejar sin efecto una sentencia que había rechazado una

³⁵ MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Ejea, Buenos Aires, 1977, t. II, p. 140; BOSSERT, *Régimen jurídico del concubinato* cit., p. 170; COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana*, p. 727, N° 234; SALVAT, Raymundo, *Fuente de las obligaciones. Hechos ilícitos*, t. III, N° 292, nota 26; SPOTA, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana* cit., nota 1; en especial ZANNONI, Eduardo, *Concubinato*; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., p. 85, nota 38; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. 2, N° 514.

³⁶ CNCiv., en pleno, 4-4-95, J. A. 1995-II-201.

acción indemnizatoria propuesta por el guardador de un menor con fundamento en que no existía reciprocidad en el deber alimentario y no tenía por probada una pérdida de chance frustrada de un futuro apoyo económico; dijo allí la Corte Suprema que la interpretación del régimen legal sobre damnificados indirectos no debe prescindir de su vinculación con las normas constitucionales que hacen a la protección integral de la familia, ya que de alguna manera la convivencia del actor con los menores, de acuerdo a las reglas que rigen la guarda respectiva, ponen de manifiesto una situación familiar que obliga a tomarla en consideración a la luz de lo dispuesto por el artículo 1079³⁷.

Mientras, la Cámara Nacional Civil, sala E, concedió indemnización a la guardadora de un menor que le había sido entregado a muy corta edad, por el daño producido por la muerte de éste, con fundamento tanto en el sacrificio de haber criado y educado a la víctima como por la frustración de su legítima esperanza de obtener una ayuda en su vejez³⁸.

Pizarro y Vallespinos expresan al respecto: “nada justifica a reducir la esfera de protección normativa a aquellos intereses que el Derecho tutela de manera formal, por ser contenido de un derecho subjetivo o estar dotados de medios de protección legalmente establecidos para asegurar su eficacia. Tal criterio de valoración, axiológicamente disvalioso, es fruto de una desafortunada transpolación a nuestra doctrina de una polémica gestada en Francia a mediados del presente siglo, que ha sido totalmente superada por la doctrina gala”³⁹.

Creemos importante señalar que para que el interés simple sea indemnizable debe tratarse de un interés importante y legítimo, esto último conlleva a analizar con profundidad si las uniones de hecho, sobre todo las homosexuales, son inmorales, porque si lo son, difícilmente podría sostenerse su legitimación para demandar a quien causó la muerte del conviviente.

³⁷ CSJN, 11-9-86, L. L. 1987-A-373, con disidencia de Augusto Belluscio.

³⁸ CNCiv., sala E, 30-9-69, L. L. 138-526.

³⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones...* cit., t. II, *Obligaciones*, 1999, p. 658.

C) *Las uniones extramatrimoniales libres y adultas no son inmorales*

La mayoría de la doctrina considera en la actualidad que la moral y las buenas costumbres se vinculan con la moral media de una comunidad en un momento dado; es decir que los jueces deben tratar de aprehender objetivamente el estado de conciencia colectivo sobre la cuestión que se pondere a la luz de ese estándar⁴⁰.

Por nuestra parte, pensamos que el contenido de las reglas morales va variando en el tiempo, avanzando con las ideologías y mentalidad social, a las que debe ir adaptándose, y que la moral está cimentada en un medio social determinado y nace de la idea generalizada de todo un pueblo.

Las modificaciones de las normas morales se producen por efecto de la variación de evolución de las ideas sociales e ideológicas de los pueblos⁴¹.

La variación de las ideas morales se efectúa sin que necesariamente ellas sean aprehendidas o captadas por la legislación positiva. Un ejemplo lo tenemos en la evolución del concepto moral del divorcio vincular. En el Código Civil originario el divorcio vincular era considerado inmoral y la Ley de Matrimonio Civil así lo concibió. A partir de la mitad del siglo la moral social varía y deja de considerar el divorcio vincular como inmoral; no obstante ello, es recién a fines de la década de los '80 que se modifica la legislación relativa al divorcio vincular con la ley 23.515.

Para apreciar si un acto o una situación es contraria a la moral el juez debe ponerse en el lugar del hombre medio, y preguntarse si dentro de la opinión común media de la gente de un país determinado, en una época determinada, esa situación o este acto es tenido por ilícito.

Es, en definitiva, la opinión de la mayoría la que debe importar; éste no es solamente un criterio sociológico sino también democrático⁴².

La cuestión de la inmoralidad del concubinato ha sido planteada

⁴⁰ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil* cit., t. II, *Parte general*, p. 529.

⁴¹ JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage* cit., p. 277.

⁴² JEANMART, *ob. cit.*, p. 284.

en relación con la adopción. Barbero —un profundo estudioso de la adopción— comienza preguntándose el significado de “cualidades morales” que se requieren para ser adoptante, y responde que son aquellas “que posee quien se conduce en su vida pública y privada conforme a la moral”⁴³, y dado que el concubinato está reprobado por la moral media, dicho autor categóricamente afirma que es “...inmoral, y por tanto sería, *prima facie*, un índice de inconveniencia...” aunque no “...insalvable, pues en el caso concreto, a pesar de esa conducta inmoral del solicitante, puede ser conveniente...”⁴⁴

Molinario también ha tratado el tema de modo específico, en ocasión de comentar un fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil⁴⁵, que desestimó la adopción plena del hijo legítimo de la concubina en atención —se dijo allí— a la falta de efectos en nuestro país de las uniones contraídas en el extranjero, en fraude a nuestra legislación.

Con tal motivo el autor aplaudió sin retaceos la decisión del tribunal afirmando, a modo de conclusión, que “...Persiguiendo la adopción el establecimiento de una familia, tan legítima como es la basada en el matrimonio, debe exigir condiciones morales en el adoptante que la ley exige en el padre y madre por naturaleza. El que pretende tener el cargo de adoptante debe demostrar que posee aptitud para ello siendo ineludible la condición de que no vive en concubinato por el peligro cierto que ello tiene en la formación moral del menor...”⁴⁶ Por tal razón es que este jurista sostiene que la separación que hace el artículo 19 de la Constitución Nacional deviene inaplicable en materia de adopción⁴⁷.

Existen otros trabajos en la doctrina nacional relativos al tema que venimos desarrollando en este párrafo, cuya lectura recomendamos⁴⁸,

⁴³ Autor citado, L. L. 1979-A-821, *Adopción y concubinato...*

⁴⁴ Ídem, misma cita que luce en la nota 166 precedente.

⁴⁵ ALBERTO, D., *Concubinatos y adopción*, en L. L. 1978-A-560/574.

⁴⁶ Ob. cit. en nota anterior, p. 574.

⁴⁷ Ob. cit. en nota anterior, p. 573.

⁴⁸ DI LELLA, Pedro, *Nuevamente la adopción por concubenarios*, en L. L. 1978-D-1141/1144, y GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, *La adopción por parte de personas que viven en concubinato*, en L. L. 1978-D-1159/1165.

pero nos parece igualmente ilustrativo destacar que reciente legislación de la Provincia de Córdoba se ocupa de conflictos personales de las uniones de hecho, lo que demuestra que la pareja concubinaria es objeto de estudio y cae bajo una normativa específica⁴⁹.

Nuestra jurisprudencia criticaba duramente el concubinato y se manifestaba abiertamente en contra del otorgamiento de la adopción a concubinos. En este sentido, sostenía: "El concubinato no configura un medio adecuado para que el menor se críe y eduque"⁵⁰.

No obstante, la situación ha evolucionado y, en la actualidad, la unión concubinaria es cada vez más aceptada por la sociedad y es sobrellevada con mayor naturalidad, y prueba de ello es que no se juzga más como un impedimento para ser adoptante⁵¹.

Pero como estamos tratando conjuntamente el tema de las uniones de hecho homosexuales y las heterosexuales, creemos necesario determinar, a los fines de nuestro estudio, si la moral media argentina repudia las uniones homosexuales.

Creemos que la posición de la moral media argentina ha variado desde el momento del dictado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que le negó personería jurídica a la CHA por considerar inmoral las relaciones homosexuales. Por empezar, en el año 1992, la Inspección General de Justicia le otorgó la personería que había sido denegada en el año 1989 y que diera origen al fallo denegatorio de la personería jurídica⁵². Ello nos indica un claro cambio de actitud. Pero mucho más importante resulta el dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que reconoce el derecho a la orientación sexual.

Pensamos que una demostración irrefutable de lo que es la moral

⁴⁹ ARIZA DE MIGUEL, Graciela del Valle, *Los problemas personales de las uniones de hecho en la ley procesal de familia en Córdoba (El inciso 14 del artículo 16 de la ley 7676 modificado por la ley 8400)*, en *La Ley Córdoba*, Buenos Aires, año 14, N° 3, marzo de 1997, p. 163. De acuerdo con esta reciente reforma los tribunales de esa provincia conocerán en los conflictos personales en las uniones de hecho estables, sumariamente acreditadas, aunque no haya habido descendencia, cuando hubiere violencia y no fuere competencia de otros fueros.

⁵⁰ J1ª Inst. Civ. de Capital, firme, 15-3-82, "V., A. M.", E. D. 101-341.

⁵¹ JMen. 1ª Inst., 2ª Nom. de Córdoba, 8-10-85, "V., A. del V.", L. L. C. 986-587.

⁵² E. D. 146-228.

argentina viene dada por la expresión de las leyes dictadas por los representantes del pueblo, por mayoría. Ello así, creemos que si en un ordenamiento de naturaleza constitucional se acepta un derecho, éste, en principio, no puede ser considerado inmoral.

Los legisladores en la Argentina han tenido oportunidad de expresarse sobre la orientación sexual en el último de los ordenamientos constitucionales que se ha dictado: la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde se reconoce expresamente *el derecho a la orientación sexual* en el artículo 11 que dice: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.

”Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, *orientación sexual*, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

”La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

Si el último de los ordenamientos constitucionales estatales que se ha dictado en el país, en el marco de un proceso democrático, reconoce expresamente el derecho a la orientación sexual, no cabe sino admitir que para la moral social media de la Argentina las uniones homosexuales no son inmorales; lo contrario llevaría a sostener la invalidez o inmoralidad de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que reconoce expresamente este derecho.

Cabe recordar que idéntico reconocimiento se ha dado en la ciudad de Rosario y en la Provincia de Río Negro.

En el año 1996, la Provincia de Río Negro dictó la ley 3055 que dice en su artículo 1º: “*Reconócese la orientación sexual como derecho innato de las personas* implícito en la Constitución Provincial...” Y en su artículo 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”⁵³.

Por su parte, la ciudad de Rosario dictó, el 17 de diciembre de 1999, la ordenanza 6321, que dice en su artículo 1º: “En la ciudad de Rosario se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, *orientación sexual*, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. Se promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad...”

Creemos que en la actualidad la Argentina no es ajena al estándar moderno de no aceptar la discriminación por orientación sexual sino que, por el contrario, este principio es aceptado por la comunidad jurídica y día a día se va plasmando en la legislación positiva. Consideramos que ello es correcto porque estamos convencidos de que las relaciones de dos personas libres y capaces que no ofendan la moral pública integran el ámbito de su privacidad y que ninguna persona puede ser perseguida penalmente ni discriminada arbitrariamente en razón de su orientación sexual.

D) *Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios*

Las uniones de hecho homosexuales se asemejan en muchos aspectos a las uniones concubinarias, como surge claramente de los caracteres que hemos descripto en el punto II, pero también tienen profundas disimilitudes; entre ellas, la circunstancia de que los homosexuales no pueden engendrar hijos en común ni pueden educarlos con roles paterno y materno diferenciados ni pueden contraer matrimonio. Las diferencias entre uno y otro tipos de unión justifican en muchos

⁵³ Ley 3055 de la Provincia de Río Negro, publ. en *Cuadernos de Bioética*, N° 5, p. 156.

casos la diferencia de trato, por ejemplo, en lo referente a adopción y a acceso a técnicas de fecundación asistida⁵⁴.

Pero en el tema de la legitimación para accionar por reclamo de daños por la muerte del compañero homosexual, no existe razón alguna para no aplicar, por analogía, la jurisprudencia y doctrina existentes sobre el tema de la legitimación del concubino para demandar por los perjuicios que el fallecimiento de su pareja le acarrea.

La jurisprudencia argentina ya ha admitido la aplicación analógica de las soluciones dadas para resolver las cuestiones patrimoniales que suscita la finalización de un concubinato heterosexual a problemas originados en cuestiones pecuniarias surgidas al final de una unión homosexual. La Cámara Civil I de San Isidro ha sostenido que: "La diferencia que se advierte en el Derecho Comparado entre las uniones homosexuales y las heterosexuales radica en que las parejas heterosexuales pueden en general contraer matrimonio y acceden con mayor facilidad a la adopción (no en nuestro país) y a las técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de parejas de homosexuales la igualdad sexual de sus miembros en general los imposibilita a contraer nupcias, a adoptar y a acceder a las técnicas de fecundación asistida.

"Las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión, por ello corresponde solucionar los problemas patrimoniales generados a la disolución de una unión homosexual aplicando las pautas dadas para la unión heterosexual y dirimir esa controversia teniendo en cuenta –por analogía– la basta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en resolución de conflictos económicos motivados por la finalización del concubinato"⁵⁵.

⁵⁴ Un amplio desarrollo de la cuestión de la adopción puede ser consultado en una reseña de autoría de Graciela Medina, realizada en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-2, *Sucesiones, Informe de Derecho Comparado sobre adopción*, ps. 455 y ss.

⁵⁵ CCom. de San Isidro, sala I, 22-6-99, "D. J. A. c/V. V. E. y otro", J. A. 1999-IV-167, con nota de AZPIRI, Jorge, *Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión de hecho homosexual*.

Creemos que en el caso de reclamos por muerte de la pareja homosexual se aplican iguales soluciones que las dadas ante iguales pretensiones de concubinos y, fundamentalmente, consideramos que la unión homosexual por sí no hace presumir la existencia del daño como la que surge de los artículos 1084 y 1085 del Código Civil para los herederos forzosos.

4. *Supuesto especial del concubinato adulterino*

Se discute desde antiguo si existe un derecho a reparación cuando el concubinato está formado por personas, una o las dos, que tienen impedimentos de ligamen.

En las I Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín (Provincia de Buenos Aires), que tuvieron lugar en 1984, se debatió el tema.

Uno de los despachos propició la admisibilidad de la acción rescisoria sin que quepa distinguir entre convivientes libres y convivientes con impedimento de ligamen —y fue suscripto, entre otros, por Zannoni, Goldenberg y Venini—. El otro despacho aceptó la posibilidad de que los concubinarios pudieran reclamar una indemnización de perjuicios, excepto cuando se tratase de una unión adulterina (firmaron la propuesta Mosset Iturraspe, Iribarne y Pizarro).

A) *Tesis que niega el derecho a reclamar daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos*

Los sostenedores de la tesis que afirma que el concubino adúltero no puede reclamar daños y perjuicios parten de señalar que el adulterio constituye un hecho ilícito y que la ilicitud no puede ser fuente de derecho.

Además, señalan que, desde el momento de la existencia del divorcio vincular, no existe impedimento para que el casado se divorcie y que, de admitirse indemnizaciones en el supuesto de divorcio vincular, se estaría protegiendo —de concederse acción al concubinario— un interés contrario a derecho o, cuando menos, inmerecedor de la tutela jurídica.

B) *Tesis que admite la posibilidad de reclamo de daños y perjuicios al concubino adulterino. Fundamentos*

Los fundamentos de esta tesis fueron expuestos con claridad en el voto del doctor Bueres en el plenario “El Puente”⁵⁶: la buena doctrina es la que no formula diferencias a los efectos de un resarcimiento entre uniones formadas por personas con o sin impedimento de ligamen.

Ciertamente que el concubinato adulterino contiene un momento de ilicitud objetiva en la medida en que la subsistencia formal de una unión matrimonial anterior reclama que perviva el deber de fidelidad (art. 198 del Cód. Civ., según ley 23.515). Sin embargo, resulta innegable que las aportaciones comunes de concubino y concubina, las prestaciones de alimentos, la ayuda mutua que entre ellos se prodigan, y a sus hijos si los tienen, conforman actos lícitos. No parece de recibo, entonces, que se siga que hay un quebrantamiento de la unidad del orden jurídico, computado a fin de realizarse el cálculo de la ilicitud, si se parte de la premisa de que, en rigor, existen dos planos autónomos para formular los juicios de valor: uno, teñido de ilicitud inherente al concubinato en sí mismo; el otro, conforme a la juridicidad y comprensivo de las aportaciones comunes, de los esfuerzos, etcétera —y este último es el que en la especie toda resulta relevante para asumir una decisión⁵⁷—. También se intentó argumentar que el concubinato adulterino podría haber tenido un mayor grado de tolerancia, por así decirlo, cuando no existía en nuestro país una legislación permisiva del divorcio vincular, pero no luego del dictado de ella. Por esto, se infiere que en este momento se estaría protegiendo —de concederse

⁵⁶ “El Puente”, 4-4-95, L. L. 1995-C-642, que decidió que los concubinos están legitimados para reclamar la reparación del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos, debido a un hecho ilícito en tanto no medie impedimento de ligamen. MÉNDEZ COSTA, María J., *Daños y perjuicios por la muerte ilícita del concubino*, en L. L. 1987-D-516; SUÁREZ, Roberto, *La legitimación de la concubina, el daño resarcible por la muerte de su concubino y la irrelevancia de sus variaciones intrínsecas*, en L. L. B. A. 1999-895.

⁵⁷ Conf. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil cit.*, ps. 34 y 35; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños a las personas. Pérdida de la vida humana cit.*, vol. cit., ps. 402 a 404.

acción al concubino— un interés contrario a derecho o, cuando menos, inmerecedor de la tutela jurídica. Es cierto que hoy los concubinarios con impedimentos de ligamen pueden casarse en tanto y en cuanto obtengan la disolución del vínculo matrimonial preexistente. Pero ello no quiere decir que deban casarse. Hay un ámbito de libertad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, y el ejercicio de esa prerrogativa no puede quitar licitud y seriedad a la uniones *more uxorio*. Es más, diversas disposiciones legales consideran ilícitas o inmorales las actitudes de coacción que percuten en la libertad de casarse o de no hacerlo (conf. art. 531, hipótesis 3º y 4º).

En el año 2001 la jurisprudencia en pleno de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal volvió a expedirse sobre el tema.

Los hechos

La concubina de un hombre fallecido reclama la reparación del daño patrimonial ocasionado por el deceso. La demandada opone excepción de falta de legitimación para obrar fundada en que la actora se casó en el Perú y está separada de hecho de su esposo desde hace siete años. El juez de primera instancia acogió la excepción en base al plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; apelada la sentencia es revocada por la alzada.

Los fundamentos

La Cámara Nacional en lo Civil dijo que es improcedente la excepción de falta de legitimación para obrar fundada en la existencia de impedimento de ligamen en quien reclama la reparación del daño patrimonial causado por la muerte del concubino, pues la alusión a la falta de impedimento, realizada en el plenario “F. M. C. c/El Puente S. A. T.”, se debió a las particularidades del caso tratado sin meritar, en especial, la situación familiar sino teniendo en mira el resarcimiento del concubinario que se considera damnificado⁵⁸.

⁵⁸ CNCiv., sala K, 21-8-2001, “M. E. N. y otros”, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 21-11-2001.

5. De los daños materiales que se pueden reclamar

Previo a todo, queremos hacer referencia a la resolución 75-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la reparación de los daños en caso de lesiones corporales y fallecimiento, adoptada por el Comité de Ministros el 14 de marzo de 1975, en la 234ª reunión de Delegados Ministros. Nos parece importante tal referencia porque hace al Derecho Comunitario que, en definitiva, es el Derecho aceptado en forma uniforme por países que, en la mayoría, pertenecen al mismo sistema continental europeo que nosotros.

La resolución consta de una exposición de motivos de una resolución *stricto sensu*, de un anexo y unos comentarios a los principios que establece el anexo.

En el anexo de la resolución, trata de la reparación en caso de muerte de las uniones extramatrimoniales que deben ser indemnizadas al sobreviviente, y distingue: a) gastos ocasionados por la muerte, en especial, gastos funerarios; b) perjuicios materiales; c) daños morales.

- a) Gastos ocasionados por la muerte: el principio 14 del anexo señala cómo “los gastos ocasionados por la muerte de la víctima, y en especial los gastos funerarios, deben ser reembolsados”. Por tanto, es claro que si el conviviente ha sido quien ha satisfecho tales gastos, será quien haya de recibir el reembolso de los mismos.
- b) Perjuicios patrimoniales: en este punto la convención contempla especialmente el caso de la unión de hecho reconociendo el derecho del conviviente a indemnización por perjuicios patrimoniales efectivamente sufridos. El principio 15 del anexo contempla como premisa que el fallecido hubiese asumido el mantenimiento del sobreviviente y que tal relación fuese estable. La resolución añade, finalmente, una idea con respecto a las relaciones adulterinas: “sin embargo, puede rechazarse si las relaciones son adúlteras”.
- c) Con respecto al daño moral, si bien la resolución no menciona expresamente la situación de convivencia *more uxorio*, sin embargo, al contemplar en su redacción al “novio”, no encontramos

ninguna duda para extender tal indemnización a la unión libre –principio 19–. No es que asimilemos la figura del noviazgo y de la convivencia *more uxoria* pero qué duda cabe de que el fundamento de su consideración en esta materia es el mismo⁵⁹.

A continuación analizaremos los daños patrimoniales que la concubina sobreviviente puede reclamar a quien causara la muerte de su compañero a la luz de la jurisprudencia familiar.

A) *Supuesto en que el muerto era el único sostén del sobreviviente*

Previo a todo hay que recalcar que está legitimado el concubino o concubina para exigir indemnización por la muerte de su compañero, *pero para que el reclamo sea viable es condición sine qua non que el reclamante acredite el daño patrimonial* causado por la muerte de su pareja, en los términos del artículo 1079 del Código Civil.

La necesidad de probar el perjuicio es una cuestión que debe tenerse muy en cuenta por los litigantes, ya que en muchos pleitos el esfuerzo probatorio se dirige a demostrar la existencia de la relación concubinaria, olvidando que la demostración del concubinato es insuficiente para que exista obligación de indemnizar.

Así, jurisprudencialmente se ha puesto el acento en la necesidad de la demostración de que el concubino sostenía a su compañera para hacer lugar a la pretensión indemnizatoria. A saber:

- “Es menester determinar *si el reclamante vivía del auxilio y los recursos que le proporcionaba la muerta*, pues en este aspecto no se beneficia con presunción legal de daño”⁶⁰.
- “En una acción en la que la concubina de quien fue víctima fatal de un accidente de tránsito, demandó a la empresa de transporte propietaria del colectivo que causó la muerte de su concubino, resulta improcedente –como aconteció en el caso– que dicha accionada cuestione la legitimación de la pretensora para accionar en su carácter de concubina, por resultar intrascendente

⁵⁹ GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales* cit., ps. 470/471.

⁶⁰ CNECC, sala 2ª, 14-9-84, “Loboz Velazco, Germán c/B. Ruzzene, Luis y otros”, J. A. 1985-I-573.

que viviese exclusivamente de los recursos materiales provistos por la víctima, toda vez que ello no obedecía a un derecho legal o contractual. Ello pues, los concubinos tienen legitimación para reclamar indemnización del daño patrimonial sufrido en virtud del artículo 1079 del Código Civil. Dicha norma debe interpretarse con la amplitud que surge de sus términos, que una pareja estable no se encuentre vinculada por un matrimonio civil no permite inferir que sus integrantes carezcan de derecho a impetrar resarcimiento por la muerte de uno de ellos a consecuencia de un hecho ilícito, *si se acreditó que la víctima era quien sostenía el hogar común*. Si bien las uniones concubinarias no constituyen en nuestra legislación positiva estado de familia, no por ello deben ignorarse intereses dignos de tutela, en tanto ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico condena concretamente tal relación”⁶¹.

B) *Supuesto en que el fallecido contribuía económicamente con el sobreviviente*

En el caso de que el sobreviviente mantuviera con sus ingresos al fallecido, carece de legitimación para reclamar daño patrimonial alguno porque su muerte no le ha producido perjuicio material ni pérdida de “chance”.

Por otra parte, si el fallecido sólo contribuía parcialmente con el sobreviviente o en igualdad de condiciones, el monto de la reparación debe ser fijada teniendo fundamentalmente en cuenta cuál es el perjuicio real sufrido, ya que si ambos aportaban por igual, no se puede sostener que hay pérdida de chance de ayuda material, desde el momento que cada cual solventaba sus propios gastos.

C) *Disminución del nivel de vida*

Cuando ambos aportaban por igual al hogar común, lo único que podría intentar el sobreviviente es reclamar la pérdida de chance de mantener “el nivel de vida” que con el ingreso de ambos lograban.

⁶¹ CNCom., sala B, 30-4-99, “Barrientos, Catalina c/San Vicente SA de Tics/Sumario”, Documento N° 437191, Disco Láser JA.

Así, por ejemplo, si los dos aportaban mensualmente U\$S 10.000, no se puede afirmar legítimamente que uno sostenía al otro, pero sí se puede argumentar que la muerte produce la pérdida de chance de mantener un nivel de vida, que con el ingreso de uno solo de ellos no se obtiene.

D) Supuesto en que el sobreviviente mantenía al fallecido y éste se ocupaba de las tareas domésticas. Valor de las tareas domésticas

Si el sobreviviente era quien mantenía al fallecido, ya hemos dicho que, en principio, éste no puede reclamar perjuicio material alguno por la muerte de su compañero, salvo que alegara que el fallecido realizaba las tareas domésticas del hogar común, que tienen indiscutiblemente un valor económico, valor cuya chance el sobreviviente pierde.

6. De la prueba del daño material

A continuación, nos abocaremos al estudio de los extremos que es necesario acreditar para que prospere una pretensión.

A) De los extremos a probar

a) Prueba de la relación de concubinato

Lo primero que hay que demostrar es la relación concubinaria con todos los caracteres que enumeráramos en el punto II, es decir, que existe una relación que no es meramente sexual sino que tiene los caracteres de singularidad, convivencia, publicidad y duración. Aunque reiteramos que no basta acreditar el concubinato sino que hay que probar el daño.

Con respecto a la prueba del concubinato, la jurisprudencia ha sostenido que de la ausencia de prueba documental, unida a informes negativos y a las tibias declaraciones de algunos testigos, más parece surgir la existencia de una relación íntima que de un “aparente matrimonio”⁶².

b) Prueba de la estabilidad

El aparente matrimonio y la convivencia deben tener estabilidad

⁶² CNCiv., sala A, 4-7-97, “Fernández, Helvecia”, J. A. 1998-II, síntesis.

para que sean considerados un concubinato; la falta de prueba de la estabilidad hace improcedente cualquier pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios.

En este orden de ideas, se ha sostenido:

- Que es cierto que la concubina, en cuanto tal, carece de legitimación para reclamar una indemnización por la muerte de su compañero, pero en rigor su derecho no se origina en la relación concubinaria que la unía con la víctima, sino que surge de la certeza del perjuicio que la reclamante tiene la carga de acreditar de una manera cabal y fehaciente. Porque si de la prueba producida surgiera que la pareja se distanciaba con frecuencia, tenía desavenencias, carecía de descendencia, revelando en ello intenciones de no fundar una familia *natural de manera permanente o el concubinato fuera tan reciente que pudiera hacer pensar en una relación pasajera, no correspondería conferir ninguna indemnización a favor del superviviente*⁶³.
- Si de la prueba producida surgiera que la pareja se distanciaba con frecuencia, tenía desavenencias, carecía de descendencia, revelando en ello intenciones de no fundar una familia natural de manera permanente o el concubinato fuera tan reciente que pudiera hacer pensar en una relación pasajera, no correspondería conferir ninguna indemnización a favor del superviviente. Sí se aplica el principio de carga de la prueba con la estrictez que corresponde en todo caso en que se invoque un perjuicio generado por un hecho ilícito⁶⁴.
- Para aventar toda posible confusión entre la relación concubinaria y situaciones como la del matrimonio a prueba o ensayo, la experiencia prematrimonial, la unión libre adulterina con o sin separación del matrimonio anterior, la *“reiteración habitual de trato sexual”*, *“unión precaria”*, *“noviazgo con cohabitación”* o *“principio de vida en común”*, es necesario fijar una base objetiva referida a la duración de la relación concubinaria (opinión personal del juez Pettigiani).

⁶³ CNCiv., sala A, 17-6-94, “Villa, Juana J. c/Arbizu, Roberto”, J. A. 1995-IV-156.

⁶⁴ CNCiv., sala A, 17-6-94, “Villa, Juana Jacinta c/Arbizu, Roberto s/Daños y perjuicios”.

c) *Prueba del domicilio en común, de la publicidad y de las relaciones internas entre los miembros de la pareja*

En un fallo dictado en marzo de 1999, la Corte Civil de Nueva York enumera cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta para determinar si existen relaciones familiares entre dos personas, a saber:

- a) La longevidad de la relación.
- b) El compartir los gastos hogareños y otras expensas.
- c) El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales, o tarjetas de crédito.
- d) El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia y que se muestren públicamente como tal.
- e) El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica.
- f) El hecho de que se ocupen de los familiares de su pareja como si ellos fueran su familia por afinidad⁶⁵.

⁶⁵ “Adler vs. Harris”, N. Y. City Civil CT, 24-3-99; Adler inició un procedimiento para recuperar la posesión de un departamento, ubicado en el Estado de New York. Adler afirmaba que la demandada había tomado la posesión del inmueble con la autorización de la inquilina controlante, Nell Blaine, pero que ese permiso había desaparecido con la muerte de la Sra. Blaine. La Sra. Harris había sido la pareja de la causante desde el año 1965 y compartía con ella el departamento desde el año 1967. Es por ello que respondió la demanda señalando que habiendo sido la “compañera de vida” de Nell, y habiendo convivido en su departamento durante treinta años, ella tenía derecho a continuar la locación de la difunta. En aval de su postura citó el art. 9, sec. 2204.6 del Código de Locaciones, Rentas y Desalojos, el que establece que: “Ningún miembro de la familia del locatario puede ser desalojado si el inquilino ha alquilado la vivienda de manera continua y ese familiar ha residido en ella por lo menos durante dos años inmediatamente anteriores a la muerte del locatario o la ausencia prolongada del mismo”.

La Corte Civil resaltó que, tradicionalmente, los derechos a continuar en la locación estaban limitados para los familiares más inmediatos. Sin embargo, luego de “Braschi vs. Stahl”, las regulaciones fueron enmendadas de manera tal que hicieran extensivos esos derechos a miembros familiares “no convencionales”. Los miembros familiares no convencionales son definidos en la nueva redacción como “cualquier otra persona que resida con el locatario como un locatario primario, que puede probar que entre él o ella y el locatario existe una interdependencia y un compromiso emocional y económico”.

B) *De los medios de prueba*a) *Testigos*

La prueba de la relación concubinaria no puede limitarse exclusivamente a la testimonial, dado que ésta es de muy delicada apreciación y fuente de numerosos errores judiciales⁶⁶.

b) *Documentos en los que figure el mismo domicilio.**Cuentas y tarjetas de crédito conjuntas. Viajes en común*

En el precedente norteamericano “Braschi vs. Stahl Associates Company”⁶⁷, para demostrar las características de la unión homosexual se tuvo en cuenta la existencia de cuentas comunes bancarias, tarjetas de crédito comunes, seguros de vida recíprocos, domicilio común en el pasaporte, como así también las circunstancias de que en el inmueble locado recibían la correspondencia y que el portero y el administrador del edificio los consideraban una pareja. Además, se valoró el hecho de que los miembros de la unión visitaban a ambas familias y que los niños de una de ellas llamaban tío al otro.

c) *Pruebas de ceremonias religiosas*

En el precedente “Arnie Realty Corp. vs. Torres”⁶⁸, la Corte de Apelaciones de New York encontró que la pareja supérstite homosexual constituye “familia” a los efectos de subrogarse en los derechos locativos. En una decisión muy escueta resolvió que para demostrar la existencia de lazos familiares era suficiente la prueba de la ceremonia religiosa, que las partes realizaron para consagrar su unión ante Dios. Este precedente resulta interesante debido a que es uno de los pocos casos en donde el tribunal se conforma con pocas pruebas, sin requerir la probanza de hechos adicionales que demostrasen que las partes mantenían una relación equivalente a un matrimonio.

⁶⁶ SCJ de Mendoza, sala 1ª, 23-5-96, “Quiroga, Margarita del Carmen c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Mendoza por Acción procesal administrativa”, MZA 53497. Magistrados: Moyano, Romano, Kemelmajer.

⁶⁷ 74 N. Y. 2d 201 (1989).

⁶⁸ N. Y. L. J., 6-3-99, p. 27, col. 6 (N. Y. Sup. Ct., App. Term., 1er Dep.).

7. Del daño moral

A) Normativa aplicable

Artículo 1078 del Código Civil: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

”La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

B) Imposibilidad de reclamar el daño moral como legitimada directa

El artículo 1078 del Código Civil limita la legitimación para reclamar el daño moral por la muerte de la víctima a sus “herederos forzosos”, lo que significa que la calidad de heredero establecida al momento del fallecimiento del causante determina el nacimiento del eventual derecho a la indemnización, calidad que no revisten los concubinos, por lo que no están legitimados para reclamar el daño moral por el fallecimiento del otro⁶⁹.

C) Legitimación para continuar las acciones por daño moral como heredera testamentaria del fallecido

Si bien la concubina no puede reclamar el daño moral por la muerte de su concubino, sí podría continuar en calidad de heredera testamentaria del causante, cuando éste, antes de morir, hubiera sufrido daño moral o patrimonial.

Por ejemplo, si el concubino fue atropellado por un automovilista y las lesiones producidas le obligaron a soportar cruentos tratamientos que lo condujeron a la muerte, resulta indiscutible que éste sufrió daño moral y que la concubina, como heredera testamentaria, puede continuar la acción, porque allí el daño reclamado no es el daño propio sino el daño de su compañero, reclamado a título de heredera.

⁶⁹ SCJBA, 17-2-98, “G., S. D. c/Czokoly, R. E.”, L. L. B. A. 1999-208.

8. *Del daño psicológico*

Si bien el conviviente no puede reclamar daño moral, cabe plantearse si podría demandar por daño psicológico.

A) *El daño psicológico como género independiente de daño*

Para un sector importante de la doctrina el daño psicológico constituye un daño independiente del daño moral; no compartimos esta postura, pero para quienes la sostienen la concubina sobreviviente estará legitimada para su reclamo, con independencia de que normativamente no posea legitimación activa para pretender el resarcimiento del daño moral.

B) *El daño psicológico como parte integrante del daño moral o del daño patrimonial*

El daño psicológico no constituye en sí mismo un capítulo independiente del daño material o moral sino una especie del uno o del otro, toda vez que, desde el ángulo del que lo sufre, tanto puede traducirse en un perjuicio material (por la repercusión que pueda tener sobre su patrimonio) como en uno no patrimonial o moral (por los sufrimientos que sea susceptible de producir).

Por lo tanto, el sobreviviente, si bien no puede reclamar el daño moral producido por el sufrimiento psicológico, sí puede reclamar el daño material que éste le ocasiona, que, en general, se traducirá en el costo de los tratamientos psicológicos necesarios para la recuperación.

V. **Responsabilidad por finalización del concubinato**

1. *Ruptura de común acuerdo*

En los supuestos de ruptura de común acuerdo del concubinato, en principio, no se producen problemas relacionados con la responsabilidad extracontractual, pero pueden producirse inconvenientes con relación a la responsabilidad contractual.

Hemos sostenido en otra obra que son válidos los acuerdos celebrados entre los convivientes tendientes a establecer la forma como

dividirán sus bienes a la finalización de la unión⁷⁰; por lo tanto, de conformidad con las normas que rigen en el campo contractual, estos pactos obligan a las partes como la ley misma, y podrán ser atacados por iguales causas de invalidez que las normales para todos los actos jurídicos.

También el acuerdo puede ser celebrado al momento de la finalización del concubinato, en cuyo caso lo conveniente será obtener su homologación judicial, para poder ejecutar en el supuesto de incumplimiento.

De no existir un convenio que regule la separación de los convivientes, cuando la finalización se produce de mutuo acuerdo no existirán obligaciones entre ellos, ya que no las hay de origen legal, y el acuerdo impide el planteo de una obligación delictual en principio.

2. Ruptura unilateral

A) *Principio general. La ruptura unilateral, en principio, no genera obligación de indemnizar*

Cabe destacar que la simple ruptura del concubinato no da derecho a indemnización alguna porque no existe ningún deber jurídico de vivir en unión de hecho y, a diferencia de lo que ocurre con la ruptura del matrimonio por las causales contempladas en el artículo 202 del Código Civil, la ruptura no puede considerarse un acto ilícito que genere obligación de indemnizar al otro conviviente⁷¹.

El principio general es que la unión libre implica ruptura libre, y que ni siquiera el conviviente abandonado sin recurso puede reclamar indemnización, siendo éste uno de los riesgos de vivir en concubinato.

La situación es absolutamente clara para las uniones heterosexuales, donde existe la alternativa del matrimonio, y no es tan justa en el supuesto de las uniones homosexuales, donde no existe la posibilidad de contraer nupcias; por ello, en los países donde no existe regulación

⁷⁰ MEDINA, *Uniones de hecho. Homosexuales* cit., p. 196.

⁷¹ GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales* cit., p. 312.

de las uniones de personas del mismo sexo, aparece como imprescindible que éstas pacten lo relativo a la disolución de la convivencia y al tema alimentario posunión⁷².

B) *Indemnización por daños ocurridos, no por la ruptura en sí, sino por especiales circunstancias que concurrieron en el inicio de la relación o que concurren en su cese*

a) *Cuando la finalización produce lesiones físicas*

Indiscutiblemente que si al finalizar la unión uno de los convivientes hiere físicamente al otro, se aplican los principios comunes de la responsabilidad civil y se hace lugar a la reparación. En verdad, lo que se repara acá no es la finalización de la unión sino el daño provocado, porque las causas que le dieron origen, o los hechos que se originaron con motivo de la finalización, constituyen un delito.

b) *Cuando ha mediado seducción*

Creemos que en este supuesto es de aplicación lo dicho al tratar el tema de esponsales, al que nos remitimos.

Cabe recordar que el artículo 1088 del Código Civil limita la seducción a la mujer honesta menor de 18 años.

c) *Conviviente sin recursos económicos. Ruptura intempestiva*

En la doctrina española, Lacruz Berdejo señala que “si quien abandona el hogar común aceptó que la mujer al dedicarle toda su actividad y cuidados se pusiera en un estado de dependencia económica, parece que debe ser responsable de su mantenimiento mientras no pueda salir de ese estado (pensión de rehabilitación)”⁷³.

A conclusión similar arriba Gallego Domínguez, quien expresa que “en estos casos, si el conviviente abandonado está en condiciones de acceder a un puesto de trabajo, o en condiciones de realizar actividades que le permitan ganarse el sustento, o tiene un patrimonio

⁷² MEDINA, *Uniones de hecho. Homosexuales* cit., p. 196.

⁷³ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho Civil*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, IV, vol. 2, p. 23.

suficiente, estimamos que tal pensión debería ser tan sólo temporal, atendiendo a las circunstancias". En cambio, "si el conviviente abandonado no está en condiciones de poder atender su sustento y es difícil que pueda llegar a poder atenderlo, piénsese en una convivencia que ha durado largos años en la que la mujer —por ser el caso más representativo— que ha dedicado todos sus esfuerzos a la atención del hogar común es abandonada con 60 años. En tal caso estimamos de estricta justicia ocuparse de su sostenimiento con una renta vitalicia"⁷⁴.

VI. Jurisprudencia comparada

1. *Jurisprudencia argentina. Ruptura intempestiva del concubinato*

La señora B. mantuvo una relación amorosa con el doctor C. desde el año 1960⁷⁵. Al principio, la mentada relación se desarrolló con intermitencias, ya que el doctor C. era casado, hasta que en el año 1981, al separarse este último, de hecho comenzaron a convivir, juntamente con una hija de B. (fruto de otra relación amorosa).

El concubinato duró hasta el año 1993, fecha en la cual el doctor C. abandonó el hogar común (durante un proceso de desalojo en trámite) y relató a la hija de B., que ésta tenía relaciones con otros hombres, y que él había visto vídeos que lo demostraban.

B. demandó al doctor C. por los daños que a ella le produjeron los dichos injuriantes que su ex concubino relatará a su hija y por el abandono intempestivo del mismo del hogar común, durante el trámite de un proceso de desalojo.

Tanto en primera como en segunda instancias se rechazó la demanda por falta de prueba de las injurias y porque se consideró que el abandono de un concubino no es un hecho antijurídico.

La sala C de la Cámara Civil de la Capital, con voto del doctor Ruda Bart, dijo: "Dado que los concubinos no tienen los mismos de-

⁷⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 320.

⁷⁵ CNCiv., sala C, 3-3-98, "B., H. Z. c/C., R. E. H.", L. L. 1999-C-366, con nota de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y HERRERA, Micaela, *Efectos jurídicos de las uniones de hecho. Responsabilidad por su ruptura*.

beres que los esposos, si cualquiera de aquéllos decide interrumpir la cohabitación, en principio no debe indemnizar al otro.

"Como en el abandono por parte de uno de los concubinos del hogar no existe antijuridicidad, tal concubino no es responsable por los daños que el otro sufre con su conducta. En efecto, el concubinato puede generar otros derechos pero jamás el de ser indemnizado por los perjuicios que pueda sufrir el que no decide interrumpir esa situación.

"Si la actora no acredita su legitimación sustancial activa, presupuesto de viabilidad de la acción, aquélla no puede triunfar aunque se acredite la producción de daños"⁷⁶.

Los comentaristas del fallo señalan con acierto, a nuestro criterio, que "La interrupción de la convivencia por uno de los concubinos en sí, no es causal de responsabilidad resarcitoria ni de derecho a reclamo para el otro. Sin embargo, las circunstancias de la relación, el obrar culposo o doloso de quien abandona al otro, la relación directa entre esa decisión arbitraria y los daños producidos al abandonado, podrían dar a éste un eventual derecho a la reparación"⁷⁷.

El hecho del concubinato podrá generar otros derechos pero jamás el de ser indemnizado por los perjuicios que pudiera sufrir el que no decide interrumpir esta situación. Estos perjuicios no deben ser interpretados como daño en sentido jurídico sino, simplemente, con el alcance que este vocablo tiene en el lenguaje común⁷⁸.

2. *Jurisprudencia francesa. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato*⁷⁹

Los hechos

Las partes mantenían una relación concubinaria con anterioridad al año 1980. En el año 1984, los concubinos tienen un accidente de tránsito a raíz del cual la mujer sufre una gran incapacidad que le

⁷⁶ Ídem nota anterior.

⁷⁷ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y HERRERA, *Efectos jurídicos...* cit.

⁷⁸ CNCiv., sala C, 3-3-98, "B., H. Z. c/C., R. E. H.", J. A. 2000-1-96.

⁷⁹ *Revue Trimestrielle de Droit Familial*, De Boeck, Francia, 1/1990, p. 149.

produce graves problemas de memoria; después de la salida del hospital la vida en común se tornó difícil y el señor T. decide terminar con el concubinato.

La demanda

La señora P. demandó por francos 1.600.000 por la ruptura intempestiva del concubinato.

La sentencia

El tribunal entendió que la ruptura del concubinato no puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, salvo que haya habido culpa en la ruptura; en el caso, consideró que había ausencia de culpa aun cuando la finalización había sido la consecuencia de un trágico accidente de tránsito sufrido por la mujer.

3. Jurisprudencia española. Responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato. Remisión

Sobre el punto nos remitimos a lo expuesto en el capítulo sobre responsabilidad por ruptura intempestiva del noviazgo, el caso resuelto por el Tribunal Supremo español del 16 de diciembre de 1996, relativo al tema responsabilidad por ruptura intempestiva del concubinato con promesa de esponsales⁸⁰.

4. Jurisprudencia americana. Daños y muerte del concubino homosexual

*A) Como damnificado indirecto por daños producidos al concubino homosexual. "Coon vs. Joseph"*⁸¹

La Corte de California registra un interesante precedente de reclamo de daños de un conviviente homosexual en calidad de damnificado indirecto.

⁸⁰ Sent. del Tribunal Supremo español, sala 1ª, 16-12-96, publ. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1997, p. 1173, comentada por María Paz García Rubio, en *Actualidad Jurídica* del 26-12-96, Aranzadi.

⁸¹ "Coon vs. Joseph", Court of Appeals of California, 1st. App. Dis., 192 Cal. App. 3d 1269, 24-6-87.

El 23 de setiembre de 1984, Gary Coon y su compañero de la vida, Ervin, intentaron subirse a un autobús municipal de la ciudad de San Francisco. Sólo el señor Ervin pudo subirse al rodado debido a que el conductor cerró la puerta cuando Coon estaba por subir. En ese momento, el chofer, ante la mirada de Coon, abusó de Ervin y lo golpeó fuertemente en su cara. El señor Coon afirmó que el presenciar la golpiza le había provocado un gran daño mental y emocional. Bajo estos hechos, el señor Coon reclamó una reparación por cuatro causas de acción, a saber:

- 1) Daño emocional causado con dolo;
- 2) daño emocional causado con culpa;
- 3) negligencia en la prestación de un servicio, y
- 4) violación de sus derechos civiles bajo la sección 51.7 del Código Civil.

El tribunal concluyó que no tenía derecho a la reparación por no cumplir con el requisito establecido en el precedente "Dillon vs. Legg"⁸², esto es: "mantener una relación íntima o muy estrecha con la víctima".

El tribunal comenzó su análisis con un estudio de los requisitos del "daño emocional causado dolosamente". Así, sostuvo que se necesitaba una conducta específicamente calculada para causar —y de hecho que cause— un daño mental o psicológico serio. Agregó que la Corte, en el caso "Ochoa"⁸³, adhirió a la postura que permite la reparación del daño emocional de aquellas personas que no son las víctimas directas sólo cuando el hecho es tan violento que la probabilidad de un shock emocional es casi certera.

Como el apelante no fue la víctima directa del ataque, para el tribunal no tenía legitimación para demandar al señor Joseph por dolo.

En cuanto a la causación culposa, la Corte afirmó que tres factores eran los que determinaban si un testigo podía ser compensado por daño emocional:

- 1) Si el testigo estaba ubicado en un lugar muy cercano al accidente;

⁸² "Dillon vs. Legg", 68 Cal. 2d. 729.

⁸³ "Ochoa vs. Superior Court", 1985, 39 Cal. 3d. 159.

- 2) si el daño fue una consecuencia directa del impacto –aquí la Corte señaló que se debía comparar la magnitud del impacto si el apelante se hubiera enterado del hecho por terceros–;
- 3) si la víctima y el apelante mantenían una relación estrecha.

En este sentido, para el tribunal el factor clave era el punto 3. Así, sostuvo que una “relación estrecha” que legitima para reclamar por daños emocionales o morales puede tener lugar entre padres e hijos, entre marido y mujer, y, entre concubinos, sólo en aquellos Estados que reconocen ciertos efectos a la unión de hecho entre un hombre y una mujer.

Citando a Keeton y Prosser, el tribunal argumentó que sería un despropósito extender la noción de “relación cercana” más allá de las relaciones entre padres e hijos, y marido y mujer: “Sería una carga irrazonable para cualquier actividad humana si el demandado que ha puesto en peligro a una persona tuviera que pagar por los sentimientos lacerados de todos aquellos que se sintieran perturbados por su conducta”.

La Corte afirmó que incluir a una relación homosexual debilitaría los límites de la responsabilidad civil del agresor. Asimismo, resaltó que hacer lugar al pedido del señor Coon haría depender la responsabilidad de cuestiones puramente subjetivas.

En cuanto a la negligencia en la prestación de servicios, la Corte señaló que el chofer nunca había violado su deber de seguridad hacia sus pasajeros con respecto al señor Coon porque éste nunca había llegado a ser pasajero.

La minoría cuestionó el tratamiento que el tribunal le dio a la noción de “relación estrecha”. En este sentido, argumentó que como los homosexuales no podían casarse, nunca podrían demandar por daños morales o emocionales causados culposamente. Para la minoría, el matrimonio no podía convertirse en un requisito para la reparación. De esta manera, si no era un elemento fundamental, tampoco podían existir razones para distinguir entre las relaciones heterosexuales y las homosexuales.

En nuestro país, la lesión que no conduce a la muerte tiene, en principio, un solo damnificado: el lesionado, quien como tal es el

titular de las acciones resarcitorias; por lo expuesto, una acción como la intentada por Coon sería seguramente rechazada, porque no se admite la legitimación de los damnificados indirectos⁸⁴.

B) Por la muerte del concubino homosexual.

*"Raum vs. Restaurant Associates, Inc. et al."*⁸⁵

La Corte Suprema de Nueva York rechazó una demanda de daños y perjuicios interpuesta por el miembro sobreviviente de la unión homosexual.

Esta Corte sostuvo que el Tribunal de IAS había interpretado correctamente la Wrongfull Death Statute (Ley de Muerte Injusta) en la medida que concluyó que aquellos individuos que no estaban casados con el causante (y que además no eran sus parientes de sangre) no tenían derecho a una acción por la muerte de éste, independientemente de su orientación sexual. El Tribunal de IAS había argumentado que las parejas de hecho, tanto hetero como homosexuales, carecían del derecho a accionar por la muerte de su compañero, por lo que, consecuentemente, la ley no discriminaba contra las parejas que mantenían una relación del tipo matrimonial.

La Corte Suprema rechazó la argumentación del apelante con respecto a que el término "esposo" debía leerse de tal forma que aprehendiera a las parejas homosexuales. Para el tribunal, el apelante había extendido en demasía el concepto, aplicando una interpretación funcional, que resultaba a todas luces contraria a los cánones estándar de construcción legislativa. Para la mayoría de la Corte, la extensión del término era clara y precisa; sólo la actividad del legislador podía alterarla.

Asimismo, negó que le fuera aplicado el precedente de "Braschi"⁸⁶, ya que allí el término "familia" no estaba definido, por lo que hacerlo era función del Poder Judicial. En el caso en análisis, en cambio, el término "esposo" estaba—a criterio del tribunal—definido correctamente.

El juez Rosenberg expresó en su disidencia que no se le podía

⁸⁴ RIVERA, *Legitimados para demandar la indemnización de daños* cit., ps. 64 y ss.

⁸⁵ S. C. N. Y. App. Div. 1998; PIZARRO y VALLESPINOS, ob. cit., p. 654.

⁸⁶ "Braschi vs. Stahl Associates Company", 74 N. Y. 2d 201 (1989).

negar al apelante la legitimación para accionar por la muerte de su compañero homosexual. Sus razones fueron las siguientes: “Bajo la normativa en cuestión, los deudos del causante tienen derecho a accionar contra aquel que provocó el hecho fatal. La norma define a los deudos como aquellas personas que tendrán derecho a una porción de la propiedad del causante si éste muere intestado. De acuerdo con la ley, los deudos son la esposa supérstite y los parientes sanguíneos hasta el cuarto grado. En ningún pasaje de la norma se limita el concepto de ‘esposo’ al de marido y mujer. La ley sólo señala que un marido o una mujer son los esposos supérstites a menos que las partes se hayan divorciado o separado, el matrimonio hubiera sido nulo, o el supérstite hubiera abandonado o dejado sin ayuda al causante”.

Desde esta óptica, la minoría explicó que existían precedentes que obligaban al tribunal a preferir la interpretación funcional por sobre la literal, sobre todo cuando el propósito de la ley era promover el bienestar general.

Resulta atractiva la disquisición que realiza con respecto a los contextos en los que se aplica el término “esposo”. Así, afirmó que un ente podía tener distinto status legal según el contexto en donde se aplicara, por razones de políticas públicas: “un feto es considerado persona cuando sus lesiones permiten accionar contra aquel que las causó, pero no en el contexto del aborto”.

De esta manera, el miembro sobreviviente de la pareja homosexual podría ser un “esposo” supérstite bajo la Wrongful Death Statute, cuando busca una reparación contra el agresor, pero no cuando busca obtener una porción de la herencia del causante. Es por ello que puede tener sentido construir una noción más estrecha del término “esposo” cuando la contraparte está constituida por herederos inocentes, y una más amplia cuando la constituyen agresores.

La minoría sostuvo que su conclusión no era contraria a la que se había adoptado en “Matter of Secord vs. Fischetti”⁸⁷. Allí, la Crime Victims Board decidió que los compañeros de vida homosexuales no podían reclamar una compensación como “esposos” supérstites bajo la Ley Ejecutiva 624. Sucede que, a diferencia de la Wrongful Death

⁸⁷ 236 AD 2d 206 91 N. Y. 2d 802.

Statute, la Ley Ejecutiva contenía una norma adicional que permitía que “cualquier otra persona que dependa para su subsistencia de la víctima pueda reclamar daños”. Por lo tanto, bajo este precepto no existía la necesidad de extender la noción de “esposo” más allá de su significado tradicional.

5. *Jurisprudencia francesa. Muerte de un concubino heterosexual*

La jurisprudencia francesa no ha admitido siempre la indemnización al concubino sobreviviente por muerte de su compañero. La cuestión dio lugar a una divergencia célebre, en el seno mismo de la Corte de Casación. Durante mucho tiempo la Cámara Civil negaba al concubino todo derecho a la reparación, motivado en que éste carecía de un interés legítimamente protegido⁸⁸. La Cámara Penal, por el contrario, acogía la acción pero la subordinaba a dos condiciones, el concubinato debía ser estable y no debía tratarse de un concubinato adulterino⁸⁹.

La divergencia entre las dos Cámaras fue zanjada con una decisión de la Cámara Mixta del 27 de enero de 1970⁹⁰, que resolvió que el concubino tiene derecho a demandar los daños e intereses contra el responsable del accidente que ha causado la muerte de su concubino. La reparación puede extenderse tanto al perjuicio material como al moral. Para ser indemnizado por el perjuicio material el actor debe demostrar que la víctima lo sostenía económicamente o, al menos, contribuía parcialmente a su sostenimiento, y que su muerte le produce una pérdida de ayuda o de recursos.

6. *Jurisprudencia francesa. Concubinato adulterino*

En un primer tiempo, los tribunales no hacían lugar a las pretensiones indemnizatorias cuando uno de los concubinos era adúltero. Pero la despenalización del adulterio, dentro de la reforma del divorcio de 1975, modificó este punto de vista.

En la actualidad, en las situaciones en las que el concubino estaba

⁸⁸ Cass. Civ., 27-7-37, DP 1938, 1, p. 5, con nota de R. Savatier; DP 1938, 1, p. 321, con nota de G. Marty.

⁸⁹ Cass. Crim., 24-2-59, JCP éd G. 1959-II-11095, note J. Pierron.

⁹⁰ Cas. Ch. Mixte, 27-1-70, D. 1970, jur. p. 201, note R. Combaldieu; JCP éd G 1970-II-16305.

casado, la jurisprudencia ha aceptado acoger las acciones de reparación del perjuicio moral y material de la esposa y de la concubina del difunto⁹¹.

7. Jurisprudencia francesa. Muerte de un conviviente homosexual

La convivencia y las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales se han ido teniendo particularmente en cuenta para el otorgamiento de efectos jurídicos a las uniones homosexuales por vía jurisprudencial, sobre todo en el ámbito de la indemnización por muerte del compañero homosexual. Uno de los precedentes más conocidos fue el resuelto el 25 de julio de 1995 por el Tribunal de Belfort. Se trataba de una pareja de lesbianas que habían vivido en concubinato durante veinte años. Una de ellas fue atropellada por un automovilista cuando circulaba en bicicleta, y su compañera demandó los perjuicios materiales y morales que le había causado la muerte de su amiga. En el plano penal, el conductor fue condenado a seis meses de cárcel; en la órbita civil, se evaluó la larga comunidad de vida y se condenó a pagar la suma de 80.000 francos por el perjuicio moral sufrido y 652.000 francos por el daño material⁹².

Consideramos que debido a la similitud entre nuestro sistema jurídico y el francés, las soluciones de nuestros tribunales deberían ser similares a la de los tribunales franceses, en orden a la aceptación de la legitimación del conviviente homosexual para reclamar los daños y perjuicios derivados por la muerte de su pareja.

VII. Conclusiones

1) El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones de hecho.

2) Las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda Constitución democrática obliga a su respeto.

3) Existe un deber moral de prestarse asistencia y alimentos entre los miembros de una unión de hecho que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica.

⁹¹ CA Riom, 9-11-78, JCP éd G 1979-II-19107.

⁹² RIVERA, *Legitimados para demandar...* cit., p. 49.

4) Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlos, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente, un deber moral o de conciencia, o un deber social.

5) Lo pagado en concepto de alimentos entre miembros de una pareja concubinaria constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales, y es irrepetible.

6) Los gastos de última enfermedad sufragados por el sobreviviente de una pareja de hecho pueden ser reclamados a los herederos, ya que la irrepetibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil.

7) La convivencia, por sí sola, no desvirtúa la presunción de que quien posee los recibos haya realizado los pagos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición.

8) Se encuentran legitimados los miembros de una unión de hecho para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos cuando el fallecido sostenía al sobreviviente o contribuía económicamente con él.

9) “Las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación, no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión, por ello corresponde solucionar los reclamos por restitución de gastos de última enfermedad, por reparación, por ruptura intempestiva del concubinato o por indemnización de daños y perjuicios efectuados por el conviviente homosexual a la muerte de su compañero, aplicando las pautas dadas para la unión heterosexual, y dirimir esas controversias teniendo en cuenta –por analogía– la basta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en este tipo de resolución de conflictos”.