

CAPÍTULO VI

DAÑOS DERIVADOS DE LA MUERTE

I. Introducción	175
II. Alimentos	175
1. Inexistencia del deber legal alimentario	176
2. Obligación moral de prestarse asistencia	176
III. Daños derivados de la muerte del concubino homosexual	177
1. La legitimación para accionar	177
IV. Tesis negativa	178
1. Inexistencia del deber alimentario	178
2. La unión homosexual no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes	178
3. Inmoralidad de la unión homosexual.	179
V. Tesis positiva	180
1. Privación de la ayuda que recibía	180
2. No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple	182
3. Las uniones homosexuales libres y adultas no son inmorales.	183
4. Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios	186
VI. Jurisprudencia comparada	187
1. Jurisprudencia americana.	187
A) “Raum vs. Restaurant Associates Inc. et al.”	187
B) “Coon vs. Joseph”	190
C) “Secord vs. Fischetti”	192
D) “In Solomon vs. District of Columbia”	192
2. Jurisprudencia francesa	193
VII. Conclusiones	194

CAPÍTULO VI

DAÑOS DERIVADOS DE LA MUERTE

SUMARIO: I. Introducción. II. Alimentos. 1. Inexistencia del deber legal alimentario. 2. Obligación moral de prestarse asistencia. III. Daños derivados de la muerte del concubino homosexual. 1. La legitimación para accionar. IV. Tesis negativa. 1. Inexistencia del deber alimentario. 2. La unión homosexual no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes. 3. Inmoralidad de la unión homosexual. V. Tesis positiva. 1. Privación de la ayuda que recibía. 2. No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple. 3. Las uniones homosexuales libres y adultas no son inmorales. 4. Deben aplicarse a las uniones homosexuales iguales soluciones que a las heterosexuales en la legitimación para demandar por daños y perjuicios. VI. Jurisprudencia comparada. 1. Jurisprudencia americana. A) “Raum vs. Restaurant Associates Inc. et al.”. B) “Coon vs. Joseph”. C) “Secord vs. Fischetti”. D) “In Solomon vs. District of Columbia”. 2. Jurisprudencia francesa. VII. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente capítulo nos proponemos estudiar la legitimación del conviviente homosexual sobreviviente para:

- Reclamar daños y perjuicios por el fallecimiento de su pareja.
- Reclamar la restitución de lo abonado en concepto de gastos de última enfermedad.

II. Alimentos

Tiene íntima relación con el tema que estamos analizando la prestación asistencial entre los miembros de la unión homosexual¹.

¹ Para un análisis más detallado ver Capítulo VIII, *Alimentos*.

Su determinación, sin embargo, tiene importancia para dar respuesta a interrogantes sobre 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 homosexual para reclamar alimentos.

1. *Inexistencia del deber legal alimentario*

En nuestro Derecho positivo no existe ningún deber legal de prestarse alimentos entre convivientes homosexuales, ya que el deber alimentario está establecido para los cónyuges y para algunos parientes; el conviviente, si bien puede ser considerado como familia, no es pariente, ni tampoco se le puede aplicar por analogía la obligación alimentaria establecida para los cónyuges².

Diferente es la situación en los países que regulan legislativamente la unión homosexual, donde sin excepción se establece la obligación de prestarse alimentos entre convivientes *gays*³.

2. *Obligación moral de prestarse asistencia*

Creemos que existe un deber moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión homosexual y que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica; “estimamos que la convi-

² Gustavo Bossert (*Régimen jurídico del concubinato* cit., 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; tampoco puede invocarse la obligación alimentaria recíproca que existe entre parientes, pues el concubinato no crea esa clase de vínculo.

³ Para una ampliación del tema en relación a lo dispuesto por las leyes de Aragón y Cataluña y la ley francesa de PACS ver *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, sección Legislación y Jurisprudencia Extranjeras, *Personas, familia y sucesiones*, p. 551.

vencia conlleva un deber de conciencia y un deber social de atender el sustento del conviviente”⁴.

III. Daños derivados de la muerte del concubino homosexual

1. La legitimación para accionar

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

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 extrapatrimonial⁵. Siguiendo a la doctrina moderna, afirmamos que la noción de interés se extiende al interés simple no ilegítimo⁶.

En definitiva, pensamos que la acción de indemnización puede ser intentada *iure proprio* por el conviviente homosexual que acredite

⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 304.

⁵ RIVERA, *Legitimados para demandar...* cit., p. 50.

⁶ En la doctrina clásica, que surge con Louis Josserand (*Derecho Civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, N° 424, p. 305), sólo se reconocía un daño cuando existía un derecho subjetivo violado; así, no se le 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, Eduardo, *Responsabilidad civil por ruptura de la promesa de matrimonio y del concubinato*, en BELLUSCIO, ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 155; SPOTA, Alberto, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana*, en J. A. 1947-II-314; BUSTOS BERRONDO, Horacio, *Acción resarcitoria del daño causado por el homicidio*, en *Jus*, N° 3, p. 74; IRIBARNE, Pedro, *De los daños a las personas*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 435. En la jurisprudencia es importante el precedente que establece el fallo de la CSJN, “Montini c/Ferrocarriles”, L. L. 1987-A-373, que acepta la legitimación para reclamar los daños por la muerte de un menor a su guardador, que no tenía un derecho subjetivo ni un interés legítimo alimentario del menor.

la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial⁷.

Como en nuestro país aún no se han presentado casos jurisprudenciales sobre el tema, trataremos de desarrollar los posibles argumentos a favor y en contra de la legitimación del conviviente homosexual para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa.

IV. Tesis negativa

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

1. *Inexistencia del deber alimentario*

No existe norma alguna que imponga al conviviente homosexual coactivamente dar alimentos a su pareja; de ello se desprende que si en vida el conviviente no tiene derecho a exigirle judicialmente a su pareja el pago de alimentos, no puede tampoco hacerlo con quien fue culpable de su muerte⁸.

2. *La unión homosexual no constituye una fuente de derecho entre sus integrantes*

La unión homosexual no constituye una fuente de derechos legales entre sus integrantes, ellos no pueden reclamarse entre sí deberes personales ni patrimoniales; así, no están legalmente obligados a ser fieles, ni a prestarse asistencia, ni a responder por los gastos comunes frente a los acreedores. Si la unión homosexual 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

⁷ En tal sentido se expidieron las I Jornadas Bonaerenses, Junín, 1984.

⁸ 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.

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”⁹.

3. *Inmoralidad de la unión homosexual*

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

Durante años la moral fue concebida como la moral católica¹⁰, por la influencia que la religión católica tenía en la sociedad. Esta tesis fue elaborada por Ripert¹¹ y seguida en nuestro Derecho por los maestros Llambías¹² y Borda¹³.

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 la religión católica.

Por otra parte, se tiene en cuenta que la nota al artículo 530 del

⁹ Conf. SCJBA, E. D. 133-795; LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 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.

¹⁰ 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.

¹¹ RIPERT, Georges, *La regle moral deans les obligations civiles*, Paris, 1949.

¹² LLAMBÍAS, ob. cit.

¹³ BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 8 y ss.

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”.

Quienes admiten esta concepción concluyen afirmando que las uniones homosexuales son inmorales, porque la moral católica sólo admite como lícitas las relaciones sexuales habidas en el matrimonio con fines de la 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”¹⁴.

Partiendo de esta posición Legarre considera que las uniones homosexuales son inmorales; concretamente dice que “la conducta homosexual es moralmente inaceptable, por su objeto constituye un acto intrínsecamente malo”, y 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”¹⁵.

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 mínimas. Por ejemplo, permitirles su inscripción en la Inspección General de Justicia como sociedad de hecho¹⁶.

V. Tesis positiva

1. *Privación de la ayuda que recibía*

Independientemente de la inexistencia del deber legal de prestarse

¹⁴ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...* cit., p. 78.

¹⁵ LEGARRE, Santiago, *Orientación sexual y Derecho*, en E. D. 168-1123.

¹⁶ Ídem nota anterior.

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 homosexual sobreviviente demuestra debidamente que vivía del auxilio y de 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 deba afectar prerrogativas jurídicas del damnificado.

Ello así, si bien es cierto que la unión homosexual 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 *gay*, 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 mayor predicamento con relación a la legitimación del concubinato homosexual para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte de su compañero¹⁷.

Esta línea doctrinaria ha sido aceptada por la Cámara Civil en pleno en el fallo “Fernández, María y otro c/El Puente SAT”, al decir que: “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”¹⁸.

¹⁷ MAZEAUD, Henry y Léon y TUNC, André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1977, t. II, p. 140; BOSSERT, ob. cit., p. 170; COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana*, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, p. 727, Nº 234; SALVAT, Raymundo, *Fuente de las obligaciones. Hechos ilícitos*, 6ª ed., Tea, Buenos Aires, 1953, t. III, Nº 292, nota 26; en especial ZANNONI, Eduardo, *Concubinato*, Depalma, Buenos Aires, 1970, ps. 46 y ss.; BUSTOS BERRONDO, en *Jus*, Nº 3, 1962, p. 85, nota 38; CAMMAROTA, Antonio, *Responsabilidad extracontractual*, Depalma, Buenos Aires, 1947, t. 2, Nº 514.

¹⁸ CNCiv., en pleno, 4-4-95, “Fernández, María C. c/El Puente SAT”, J. A. 1995-II-201.

2. *No se requiere un derecho subjetivo sino un interés simple*

Insistimos en que en la legitimación del conviviente homosexual la legitimación para efectuar el reclamo no se funda directamente en su carácter de miembro de una pareja homosexual 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, la CSJN en el caso “Molteni” dijo que correspondía dejar sin efecto una sentencia que había rechazado una 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 CSJN 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, pone de manifiesto una situación familiar que obliga a tomarla en consideración a la luz de lo dispuesto por el artículo 1079¹⁹.

Mientras que 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, fundado tanto en el sacrificio de haber criado y educado a la víctima como en la frustración de su legítima esperanza de obtener una ayuda en su vejez²⁰.

Creemos importante señalar que para que el interés simple sea in-

¹⁹ CSJN, 11-9-86, L. L. 1987-A-373, con disidencia de Augusto Belluscio.

²⁰ CNCiv., sala E, 30-9-69, L. L. 138-526.

demnizable debe tratarse de un interés importante y legítimo; esto último conlleva a analizar con profundidad si las uniones homosexuales son inmorales, porque si lo son difícilmente podría sostenerse su legitimación para demandar a quien causó la muerte del conviviente.

3. *Las uniones homosexuales 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 *standard*²¹.

Por nuestra parte pensamos que el contenido de las reglas morales van 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 o evolución de las ideas sociales e ideológicas de los pueblos²².

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 concebió; a partir de la mitad del siglo la moral social varía y deja de considerar al 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 son contrarios 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 ese acto es tenido por ilícito.

²¹ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 529.

²² JEANMART, *Les effets civils...* cit., p. 277.

Es, en definitiva, la opinión de la mayoría la que debe importar; éste no es solamente un criterio sociológico, sino también democrático²³.

En nuestro país la cuestión de la moralidad de la homosexualidad fue examinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1991; en esa oportunidad se expidió sobre la personería jurídica solicitada por la Comunidad Homosexual Argentina. Allí se denegó la personería jurídica a la CHA en un fallo dividido: en la mayoría votaron los doctores Moliné O'Connor, Levene (h), Belluscio, Boggiano, Cavagna Martínez y Barra. Entre los votos de esta mayoría cabe mencionar el del doctor Boggiano, quien dijo que "la pública defensa de la homosexualidad resulta reñida con razonables valoraciones, apreciaciones y distinciones morales y jurídicas, y en definitiva del bien común...", y que "...toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos y en modo eminente a la Corte"²⁴.

En la minoría votaron Petracchi y Fayt; el primero dijo que "...la ideología que anima la Carta Magna a la luz de la cual deben interpretarse los estándares valorativos de las 'buenas costumbres', 'bien común' y 'orden público' rechaza el modelo de sociedad monolítica y uniforme y la fuerza visceral con que a veces tratan de imponerse y propicia, en cambio, la diversidad de creencia, opiniones, actitudes y formas de vivir, configurativos de una pluralidad en la que cada individuo formula su propio plan de vida desde su libertad y al mismo tiempo desde sus personales e intransferibles condicionamientos. Por lo tanto una discriminación fundada en la diversidad de ciertos comportamientos sexuales —como sucede en el caso al denegársele personería jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina— no es inconstitucional porque sea inválida cualquier distinción sobre esa base, sino porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a las aparentes preferencias de la mayoría".

La cuestión a los fines de nuestro estudio es cómo saber si la moral media argentina actual repudia las uniones homosexuales.

Creemos que la posición de la moral media argentina ha variado

²³ Ídem nota anterior, p. 284.

²⁴ Del voto del doctor Boggiano, considerandos 18 y 19, L. L. 1991-E-703.

desde el momento del dictado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes reseñada. 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 antes cuestionado²⁵. 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.

Creemos que una demostración irrefutable de lo que es la moral argentina viene dada por la expresión de las leyes dictadas por los representantes del pueblo, por mayoría. Ello así, pensamos que si un ordenamiento de naturaleza constitucional acepta tal derecho, éste no puede ser considerado inmoral.

Los legisladores en la Argentina han tenido oportunidad de expedirse 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 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.

²⁵ E. D. 146-228.

4. *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 heterosexuales, como surge claramente de los caracteres que hemos descripto en el Capítulo II, pero también tienen profundas disimilitudes con éstas, entre ellas la circunstancia de que los homosexuales no pueden engendrar hijos en común, ni pueden educarlos con roles paterno-materno diferenciados, ni pueden contraer matrimonio. Las diferencias entre uno y otro tipo de unión justifican en muchos casos la diferencia de trato dada en lo referente a adopción y a acceso a técnicas de fecundación asistida²⁶.

Pero en el tema de la legitimación para accionar por reclamo de daños derivados de 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.

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 y Comercial 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 hete-

²⁶ Un amplio desarrollo de la cuestión de la adopción puede ser consultado en una reseña de mi autoría realizada en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2000-2, *Sucesiones*, sección Derecho Comparado, *Informe de Derecho Comparado sobre adopción y protección a la vivienda de homosexuales*, ps. 455 y ss.

rosexuales 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 esas controversias teniendo en cuenta –por analogía– la vasta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en resolución de conflictos económicos motivados por la finalización del concubinato”²⁷.

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.

VI. Jurisprudencia comparada

1. *Jurisprudencia americana*

A) “*Raum vs. Restaurant Associates Inc. et al.*”²⁸

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

Los hechos cuentan que Herbert Kashian, que en ese momento contaba 54 años, resultó envenenado por ingerir comida infectada con salmonella, que había sido elaborada en el Restaurant Brasserie el 14 de octubre de 1992. Su compañero de vida por más de veinte años, Raum, fue nombrado albacea testamentario. Raum inició acciones civiles por el dolor y sufrimiento que experimentó Kashian desde la ingesta y por su muerte.

La Ley de Nueva York de Poderes y Fideicomisos, en su sección

²⁷ CCCom. de San Isidro, sala 1ª, 22-6-99, “D. J. A. c/V. V. E. y otro”, J. A. 1999, con nota de AZPIRI, Jorge, *Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión de hecho homosexual*.

²⁸ “*Raum vs. Restaurant Associates Inc. et al.*”, S. C. N. Y., App. Div., 1998.

5-4.1, permite que la/el esposa/o inicie acciones legales por la muerte de su esposo/a. La División de Apelaciones sostuvo que el tribunal inferior había fallado correctamente cuando concluyó que la pareja homosexual no es una “esposa o esposo” legal, y que la legislatura no discriminaba contra la orientación sexual en la medida en que no extendía el derecho a iniciar acciones a las parejas solteras, fueran éstas hetero u homosexuales.

La Corte Suprema de Nueva York sostuvo que el tribunal de apelaciones había interpretado correctamente la Wrongful Death Statute (Ley de Muerte Injusta) en la medida en 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. La División 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”²⁹, ya que allí el término “familia” no estaba definido, por lo que era función del Poder Judicial precisarlo. En el caso bajo 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 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

²⁹ “Braschi vs. Stahl Associates Company”, 74 N. Y. 2d 201 (1989).

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”.

Bajo 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”³⁰. 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 Statute, la Ley Ejecutiva contenía una norma adicional que permitía que “cualquier otra persona que dependa para su subsistencia de la

³⁰ “Matter of Secord vs. Fischetti”, 236 A. D. 2d 206 91 N. Y. 2d 802.

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.

B) “*Coon vs. Joseph*”³¹

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

El 23 de septiembre 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*”³², 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*”³³ adhirió a la postura que permite la repa-

³¹ “*Coon vs. Joseph*”, Court of Appeals of California, 1st App. Dis., 192 Cal. App. 3d 1269, 24-6-87.

³² “*Dillon vs. Legg*”, 68 Cal. 2d 729.

³³ “*Ochoa vs. Superior Court*”, 1985 39 Cal. 3d 159.

ración 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 certeza.

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;
- 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 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 admite en principio un solo legitimado para accionar: 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 indirectos³⁴.

C) “*Secord vs. Fischetti*”³⁵

La Junta de Compensaciones a Víctimas de Delitos del Estado de Nueva York negó que un homosexual tuviera derecho a obtener una indemnización por la muerte de su compañero de vida. La División de Apelaciones afirmó la decisión de la Comisión sin explicar bajo qué circunstancias la pareja del peticionante había sido una víctima del delito. De todas maneras, la División señaló que Secord no tenía derecho a una compensación porque la interpretación de “esposo supérstite” —que no incluía a las parejas homosexuales— era consistente con decisiones previas de la Corte de Nueva York.

De acuerdo con este tribunal, Secord tampoco tenía derecho al pago de las cuotas de subsistencia, que proveen beneficios a la persona que dependía de la víctima, debido a que Secord era quien poseía el ingreso más alto y quien, en definitiva, había mantenido financieramente a la pareja en los tres años anteriores al hecho.

D) “*In Solomon vs. District of Columbia*”³⁶

En 1983 Lane y Solomon realizaron una ceremonia para compro-

³⁴ RIVERA, *Legitimados para demandar...* cit., ps. 64 y ss.

³⁵ “*Secord vs. Fischetti*”, 1997 WL 43023 (N. Y. A. D. 1st Dept., feb. 4).

³⁶ “*In Solomon vs. District of Columbia*”, 21 Fam. L. Rep. (BNA) 1316 (D. C. Super. Ct., april 26).

meterse. Pero diez años después Lane murió cuando una rama de un árbol perforó el parabrisas del automóvil que conducía. En el rodado también viajaban las dos hijas adoptivas de la pareja. Solomon inició acciones legales en su nombre y en el de sus hijas de acuerdo a la Wrongful Death Act del Distrito de Columbia, alegando que el distrito era el responsable de la muerte de su pareja por no mantener en condiciones los accesos viales. El distrito negó que Solomon pudiera tener derecho a tal indemnización, en tanto la ley sólo permitía que las esposas o los parientes iniciaran tal acción, y ella no era ni una cosa ni la otra.

El juez Dorsey, sin embargo, convalidó parcialmente las afirmaciones del distrito debido a que para él Solomon sí era una persona cercana a la víctima. Según el sentenciante, los hechos no daban lugar a dudas de que Solomon contaba con el apoyo y la asistencia de Lane en la unidad familiar no convencional que habían creado desde la adopción de las niñas. Ambas mujeres eran consideradas las madres de las menores y las dos eran responsables del cuidado y manutención de Maya y Tessa Solomon-Lane. Debido a la muerte de Lane, Solomon ya no recibe su ayuda.

A pesar de estas circunstancias el tribunal sólo sentenció que Solomon debía ser indemnizada como representante de las dos niñas, pero no por derecho propio.

2. *Jurisprudencia francesa*

La convivencia y las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales han sido tenidas 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 material³⁷.

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. Se encuentran legitimados los miembros de una unión homosexual 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.

2. Las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y las 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 indemnización de daños y perjuicios efectuados por el conviviente homosexual al autor de la muerte de su compañero aplicando las pautas dadas para la unión heterosexual y dirimir esas controversias teniendo en cuenta –por analogía– la vasta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en este tipo resolución de controversias.

³⁷ RIVERA, *Legitimados para demandar...* cit., p. 49.