

## CAPÍTULO II

### DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y CARACTERES

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

## CAPÍTULO II

### DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y CARACTERES

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

#### **I. Introducción**

En este capítulo abordaremos las cuestiones relativas a la terminología, al concepto y a las características de las uniones de hecho homosexuales.

Creemos imprescindible conceptualizarlas, para poder diferenciar a las relaciones homosexuales de otras relaciones humanas sobre la base de la convivencia (como el concubinato heterosexual); tal diferenciación nos parece necesaria para la determinación del régimen jurídico a aplicar.

Además, estimamos esencial enunciar los caracteres de las relaciones a las que aludimos, porque sobre la base de aquellos caracteres que las distinguen y que les son propios podremos decidir las soluciones a dar a las situaciones jurídicas que se presenten.

Es muy difícil conceptualizar una forma de vida que no está institucionalizada, que no está legislada, que se puede presentar de di-

ferentes maneras, que es producto de diferentes causas y que es nombrada de formas disímiles. A saber:

La unión de dos personas fuera del matrimonio se denomina de diferentes maneras: unión de hecho, convivencia fuera del matrimonio, convivencia extramatrimonial, unión libre, unión de hecho, concubinato, familia de hecho, familia no matrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañeros no matrimoniales y convivencia *more uxorio*.

A aquellos que prefieren sexualmente a las personas de su mismo sexo se los denomina homosexuales, *gays*, *mariquitas*, *pederastas*, *sodomitas*, *amanerados*, etcétera.

Por otra parte, las personas que conviven o prefieren a personas de su mismo sexo pueden ser transexuales, bisexuales, travestis y homosexuales.

A quienes conviven se les llama convivientes, compañeros, etcétera.

Esta diversidad terminológica nos hace pensar que, previo a todo, es necesario determinar las denominaciones a utilizar.

## II. Denominaciones

En el mundo del Derecho se da una interconexión entre el lenguaje científico-jurídico y la lengua común mayor que entre ésta y cualquier otro lenguaje científico, precisamente porque el Derecho, aun disponiendo de palabras y conceptos perfectamente delimitados o delimitables en la realidad, tiene una enorme serie de conceptos cuyos límites han de establecerse en cada momento, acudiendo la mayor parte de las veces a la lengua común<sup>1</sup>.

Vamos a referirnos a una forma sexual de vida entre personas de un mismo sexo; por ello debemos comenzar por precisar cuál es el término con el que pensamos denominar a las personas que prefieren sexualmente a otras de su mismo sexo; para ello debemos partir de cómo son denominadas en nuestra lengua.

– *Pederasta*: es una palabra heredada del griego. Con el tiempo,

<sup>1</sup> LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, p. 23.

este término es utilizado para designar todo tipo de relación homosexual masculina. Tal fue la generalización de este uso que en Francia dejó de ser entendida como cultismo. La expresión francesa *péde*, diminutivo de *péderaste*, es utilizada comúnmente con significado peyorativo. Además de *péde*, también se utiliza como insulto *pédale* (literalmente, *pedal*), que en sus inicios fue un eufemismo.

- *Sodomita*: el carácter bíblico de esta palabra es por todos conocido. Proviene de sodomía, eufemismo utilizado para designar el sexo anal y, por extensión, la homosexualidad. Según los cronistas bíblicos, en Sodoma ésa era una práctica de coito por la cual Dios decidió reducir la ciudad a cenizas.
- *Homosexual*: ésta es la palabra más utilizada, aparte de *gay*, para designar asépticamente las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Se trata de un neologismo introducido a finales del siglo XIX y creado a partir del elemento griego *homos* (semejante, igual) y *sexual*.

Fuera de éstas, hay otras denominaciones más o menos eufemísticas y peyorativas tales como *invertido*, *afeminado* o *maricón*.

En la actualidad se utiliza el término *gay*, todavía no reconocido por la Real Academia de la Lengua Española en su Diccionario, que también procedería del latín. La etimología parece ser *gaudium* (alegre), adjetivo muy común en francés y en occitano, especialmente en la época medieval. La solución *gai/e* de galorromania también pasó al inglés conservando los siguientes significados iniciales: persona llena de alegría o dispuesta a ella (en conexión con esta idea estarían también denominaciones más exageradas como *folle*, *louca*, “loca”, persona aficionada al placer o a la mala vida y persona presumida). Vistas las otras asociaciones, no es de extrañarse que *gay* se asociase en inglés al homosexual. Esta denominación caería en desuso durante siglos, hasta que el movimiento homosexual contemporáneo se apropiase de ella para designar al homosexual concienciado y liberado.

Éstas son, pues, algunas de las denominaciones más usadas en Europa. Podemos ver que las más comunes y populares proceden de un tipo de asociaciones generadas para estigmatizar la homosexualidad de una forma más o menos indirecta.

De todas estas denominaciones, la de *gay* tiene la ventaja de la internacionalización, pues el término es igual en todas las lenguas e individualiza a quienes prefieren las personas de su mismo sexo. Pero elegimos la palabra “homosexual”, ya que consideramos que el término no es peyorativo y es claramente demostrativo del sujeto que se pretende hablar, sin perjuicio de lo cual utilizaremos también a modo de sinónimo el término *gay*, y desechamos por su contenido peyorativo las restantes denominaciones.

Con respecto a *la forma de vida*, son muchas las denominaciones utilizadas, entre otras las siguientes:

*Unión extramatrimonial*: este término tiene mucho predicamento; sin embargo, preferimos no usarlo por las siguientes razones: el prefijo “extra” significa “fuera” (por ej. extrajudicial es fuera del juicio, extraordinario es fuera de lo ordinario). En este sentido, unión extramatrimonial significa unión fuera del matrimonio; la unión “extramatrimonial” puede existir aunque se esté casado y casi siempre indica un contacto sexual ocasional. Como no nos vamos a referir a uniones adulterinas, ni simplemente ocasionales, la terminología extramatrimonial no resulta totalmente adecuada.

*Uniones matrimoniales de hecho*: esta terminología pone el acento en la informalidad de la unión, pero no es válida para nuestro estudio porque el término matrimonial refiere a una pareja heterosexual, que no es el caso que nos ocupa<sup>2</sup>.

*Pareja*: la palabra pareja<sup>3</sup> indica conjunto de dos personas, pero también puede y de hecho es aplicada a relaciones efímeras, circunstanciales, donde no hay convivencia, motivo por el cual, aunque ocasionalmente nos refiramos a los miembros de la unión de hecho como pareja, no nos parece que esta designación sea la más adecuada<sup>4</sup>. Tam-

<sup>2</sup> Víctor Reina y Josep Martinell (*Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 34) señalan que el término matrimonial acota el fenómeno a las uniones heterosexuales.

<sup>3</sup> El término pareja de hecho tiene un gran predicamento en la obra española colectiva *Parejas de hecho*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1996.

<sup>4</sup> GILLES, Anne-Marie, *Le couple en Droit Social*, Económica, Paris, 1997, p. 37.

bién se han utilizado los términos “pareja de hecho”<sup>5</sup> o “parejas no casadas”<sup>6</sup>, y se ha señalado que no es lo mismo hablar de “familia no matrimonial” que de “pareja no casada”, que pueden parecer términos idénticos, pero que no lo son porque el primero puede implicar relaciones con los hijos, mientras que en el segundo puede no darse esta relación<sup>7</sup>.

Muchos otros son los términos utilizados para definir las uniones. En Francia, por ejemplo, se han dado infinidad de nombres que por su claridad no necesitan traducción, entre ellos: *faux ménage*, *mariage de seconde zone* o *categorie*, *ménage de fait*, *vivre maritalment*, *lien extramatrimonial*, *union ilegitime*, *mariage de fait*, *mariage apparent*, *union quasilegitime*, *singerie de mariage*, *mariage irregulier*, *ménage apparent*, *ménage sans la sanction de la loi*, *ménage hors la loi*, etcétera<sup>8</sup>. En la actualidad se utiliza la terminología *pac*, que ha originado un nuevo verbo *pacser* o *se pacser*<sup>9</sup>.

Por nuestra parte, preferimos utilizar el término “uniones de hecho homosexuales”, porque con esta expresión dejamos de lado toda referencia al matrimonio, que conforme a la ley requiere heterosexualidad; excluimos la pareja meramente transitoria; ponemos el acento en la *unión* como sinónimo de estabilidad, en la circunstancia de *hecho* porque carece de un estatuto jurídico que la regule, y en la homose-

<sup>5</sup> El término pareja de hecho fue usado por la Fundación Internacional Olof Palme en el seminario *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, que dió lugar al libro de igual nombre.

<sup>6</sup> La expresión parejas no casadas es usada por la profesora BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992.

<sup>7</sup> AGÜERO DE JUAN, Alberto, *Parejas de hecho*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1996, p. 14.

<sup>8</sup> JEANMART, Nicole, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Maison Ferdinand Larcier SA, Bruxelles, 1986, p. 6.

<sup>9</sup> La revista *L'Express* del 19-1-2000, en un artículo titulado *La presse et les faire-parts du pac*, anuncia que ha surgido un nuevo término después de la ley de PACS. Este nuevo término es *pac*, el cual es utilizado de múltiples maneras; así, por ejemplo, existen anuncios que dicen que “la familia participa del *pac* de sus hijos”. Por otra parte la voz *PAC* ha originado el verbo *se pacse*, que se utiliza por ejemplo para decir “después de cinco años por fin *se pacse*”.

xualidad porque está formada por personas que han demostrado su preferencia sexual hacia congéneres de su mismo sexo.

### III. Diferencia entre homosexuales y transexuales

Para la Corte Europea de Derechos del Hombre un transexual es una persona que pertenece físicamente a un sexo, pero que siente el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. Tales intervenciones nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen<sup>10</sup>.

En nuestro país, la doctora Kemelmajer de Carlucci explica que “el homosexualismo no debe ser confundido con el transexualismo (*gender identity*), caracterizado por una contradicción entre el sexo anatómico, determinado genética y hormonalmente, y el sexo psicológico. El transexual posee un sentimiento profundo e irreversible de pertenecer al sexo opuesto al que está inscripto en su acta de nacimiento.

”Los transexuales se presentan en un número menor que los homosexuales; su problema es más difícil de entender desde el punto de vista psicológico y médico pues no se reduce a una preferencia sexual, sino a toda una metamorfosis”<sup>11</sup>.

Pérez Cánovas aclara en el Derecho español que “no resulta cierta la afirmación de que los homosexuales masculinos se sienten interiormente mujeres y los femeninos hombres, o por lo menos desearían pertenecer al otro sexo. Tal idea es fruto de la confusión entre orientación homosexual y transexualismo. Paradójicamente se da la circunstancia de que el transexualismo es, según algunos autores, poco frecuente entre homosexuales. El individuo transexual siente una fascinación tan absoluta por los atributos del sexo contrario que llega a identificarse con él, desvalorizando los atributos de su propio sexo.

<sup>10</sup> Esta definición ha sido repetida por la Corte de Derechos Humanos de Europa en los casos “Rees”, “Cossey”, “Sheffield” y “Horshman”.

<sup>11</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, N° 13, p. 186.

Entre los individuos de orientación homosexual lo que se da es precisamente una fascinación con los atributos del propio sexo, al tiempo que los del sexo contrario aparecen, en mayor o menor grado como carentes de interés<sup>12</sup>.

En el Derecho italiano se concluye que la homosexualidad es exclusivamente la desviación del impulso erótico por la cual se prefiere la compañía sexual de una persona de la misma especie, un hombre de un hombre y una mujer de una mujer, mientras que el transexual presenta un problema de género en virtud del cual lo que se busca es pertenecer al género opuesto y en las relaciones de un transexual se busca la relación entre un hombre y una mujer y no entre iguales<sup>13</sup>.

En la excelente obra *Le sexe et l'état des personnes*, Jean Paul Branlard aclara que la homosexualidad se caracteriza por la atracción sexual preferencial por las personas del mismo sexo. El homosexual es seducido sentimental y sexualmente por los individuos de su mismo sexo físico. Por otra parte, siente indiferencia hacia las personas del sexo opuesto, y no se puede afirmar que la atracción por las personas de sexo semejante sea innata o adquirida<sup>14</sup>.

En el caso de los transexuales, sigue explicando Branlard, no existe una inversión del instinto sexual sino una inversión de la identidad sexual. El transexual siente pertenecer a otro sexo, mientras que el homosexual no, ya que el sujeto homosexual no reclama un estado sexual diferente al que le asigna su sexo biológico que le da placer.

Por otra parte, un homosexual se sirve de sus órganos genitales, mientras que un transexual siente horror hacia ellos y busca modificarlos.

<sup>12</sup> PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás, *Homosexualismo. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comarcas, Granada, 1996, p. 31.

<sup>13</sup> SERRAVALLE, Paola; PERLINGIERI, Pietro y STANXIONE, Paquale, *Problema giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, p. 19; MODUGNO, Franco, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 14; ALPA, Guido y ANSALDO, Anna, *La persone fisiche*, en *Codice Civile comentatto*, II, ps. 213 y ss.

<sup>14</sup> BRANLARD, Jean Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, L. G. D. J., Paris, 1993, ps. 473 y ss.



La homosexualidad comporta dos actitudes diferentes: activa o pasiva, pero estas dos actitudes no perturban la identidad sexual<sup>15</sup>.

Las uniones motivo de nuestro estudio serán las homosexuales y no las transexuales, que ofrecen una problemática diversa porque encierran un cambio de la identidad.

#### IV. Concepto

Una de las escasas definiciones de uniones de hecho que comprende a las uniones homosexuales como a las heterosexuales fue la dada en el Parlamento de Cataluña, en el año 1994, por el Partido Iniciativa por Cataluña y por el Grupo Socialista, en oportunidad de presentar un proyecto de ley que tenía como objeto la regulación de las uniones de hecho homo y heterosexuales; en él se definió a la unión de hecho como la *formada por aquella persona que convive maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona*.

Otra definición comprensiva de los dos supuestos fue dada por el catedrático español Martinell en oportunidad de inaugurar las XI Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lleida, dedicadas al estudio de las uniones de hecho, celebradas en España en 1996, al decir: “La unión de hecho *es la unidad convivencial alternativa al matrimonio*”<sup>16</sup>.

Dentro de estas uniones genéricamente consideradas se puede distinguir las uniones heterosexuales y las homosexuales.

En nuestro Derecho, la unión heterosexual es identificada con el nombre *concubinato* y puede ser definida como

La unión libre de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por el matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.

Mientras que

Las uniones de hecho homosexuales son uniones de dos perso-

<sup>15</sup> BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes...* cit., p. 477.

<sup>16</sup> MARTINELL, J. M. y ARECES PIÑOL, M. T. (eds.), *Uniones de hecho*, Ediciones de la Universidad de Lleida, España, 1998, p. 11.

nas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.

## V. Naturaleza

### 1. *Diferencias con el concubinato*

En ambos casos los caracteres comunes son: la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad.

La diferencia natural está dada porque las uniones heterosexuales pueden engendrar naturalmente hijos biológicos de ambos miembros de la pareja, mientras que las homosexuales no.

La diferencia esencial es que las parejas homosexuales no sólo no pueden engendrar hijos sino que tampoco pueden educar hijos con los roles diferenciados de progenitor masculino y femenino, ni contribuir a la propagación de la especie humana.

Desde el punto de vista jurídico, la diferencia radica en que las parejas heterosexuales pueden, en general, contraer matrimonio y acceder con mayor facilidad a la adopción y a las técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de parejas de homosexuales la igualdad sexual de sus miembros, en principio, los imposibilita a contraer nupcias.

Como se verá, en la mayoría de los países en los que les está autorizado casarse no les está permitido adoptar. Así, por ejemplo, la ley danesa del 1º de octubre de 1989, que fue aprobada por el Congreso no obstante el dictamen contrario de la Comisión Jurídica Previa de Estudio, equipara la unión homosexual al matrimonio heterosexual con dos restricciones fundamentales. La primera, que los homosexuales no pueden adoptar ni ejercer un derecho de guarda conjunto; la segunda, que sólo pueden celebrar un matrimonio civil pero no religioso, y que al momento del divorcio no pueden solicitar la mediación de un clérigo para reconciliar a los contrayentes<sup>17</sup>. Sin embargo, esta ley se ha flexibilizado; prueba de ello es que a partir del año 1999 se les permite adoptar a los hijos de su compañero homosexual.

<sup>17</sup> NAVARRO VALS, Rafael, *Las uniones de hecho en el Derecho Comparado*, en *Uniones de hecho* cit., p. 34.

Por su lado, la ley noruega del 1º de agosto de 1993 especifica que las uniones homosexuales registradas producen los mismos efectos que el matrimonio, salvo en lo relativo a la adopción<sup>18</sup>.

La imposibilidad de contraer matrimonio para los homosexuales, acto permitido a los heterosexuales, es fundamental en orden a la regulación de estas uniones, porque hasta el cansancio se ha señalado que si los heterosexuales no se casan es porque no quieren y que no se les puede imponer un estatuto que no tuvieron en vista o que no quisieron libremente acceder pudiendo hacerlo.

Tal fue la conclusión del X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1998, al concluir: "No corresponde aplicar a las uniones de hecho el régimen patrimonial del matrimonio"<sup>19</sup>.

La situación es muy distinta para los homosexuales, que no se casan porque no pueden, ya que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer; así ha sido admitido por las convenciones internacionales y por la Corte de la actual Unión Europea.

Otra distinción, aunque de menor importancia jurídica, es la diferencia cuantitativa; es una constante mundial que las parejas de hecho homosexuales son muchas menos que las heterosexuales.

Así, por ejemplo, en Cataluña, según el censo de 1991, de 54.000 parejas de hecho, 43.500 eran heterosexuales y 10.500 eran homosexuales<sup>20</sup>.

John Eekelaar, profesor de Oxford, informa que una estadística realizada en Dinamarca demostró que entre el año 1990, fecha en que entró en vigencia la posibilidad de registración de las uniones de hecho homosexuales, y el año 1996, 3.586 personas fueron registradas como convivientes homosexuales; ello implica que se registraron 1.793 unio-

<sup>18</sup> Una de las excepciones legislativas en orden a la imposibilidad de adopción de la pareja homosexual la constituye la ley de Vermont de abril de 2000, que concede el derecho a la adopción a la pareja homosexual.

<sup>19</sup> *Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, conclusiones de la Comisión Nº 3, *Régimen económico de la familia*, en revista *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Nº 14, p. 340

<sup>20</sup> MARTÍN CASALS, Miquel, *Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1995, t. XLVIII, p. 1721.

nes de hecho homosexuales. Este número es considerado muy bajo en relación con los matrimonios, dado que en Dinamarca se celebran alrededor de 31.000 matrimonios por año; en el período de siete años que va desde 1990 a 1996 se debieron haber celebrado aproximadamente 217.000 matrimonios, que comparados con las 1.793 uniones de hecho homosexuales registradas muestra que estas últimas constituyen el 0,8% del número de matrimonios, lo que permite afirmar que el 5% de la población es homosexual.

Por otra parte, el mismo estudio demuestra que en ese período de tiempo, de las uniones homosexuales celebradas, 172 (el 9,6%) fueron disueltas por cancelación y 115 (6,4%) por muerte, mientras que una estadística inglesa muestra que en ese período de tiempo sólo el 7% de los matrimonios celebrados se disolvía por divorcio, lo que indica que es mayor la ruptura en las parejas homosexuales registradas que en las casadas<sup>21</sup>.

Otra estadística a tener en cuenta es la informada por Talavera Fernández, quien señala: “El censo norteamericano de 1990 ha registrado 88.200 parejas de hombres homosexuales y 69.200 de mujeres, cifras que constituyen menos de la vigésima parte de las parejas de hecho heterosexuales que son 3,1 millones y menos del 0,0016 de los matrimonios”<sup>22</sup>.

## 2. *Diferencias con las uniones esporádicas, libres y transitorias*

Pueden existir diversos modelos de uniones homosexuales; las hay circunstanciales y transitorias, que son las relaciones, si se quiere, de noviazgo o de acercamiento entre dos personas del mismo sexo.

Un estudio realizado en Estados Unidos de América, sobre una muestra de 600 hombres homosexuales, ha concluido que el 9% no había tenido ninguna relación duradera, el 17% sólo una, el 16% dos, el 13% cuatro, el 16% seis. Para algunos, el cambio de parejas realizado

<sup>21</sup> EEKELAAR, John, *Registered same-sex partnerships and marriage: a statistical comparison*, en *Family Law*, t. 9, 1998, p. 561.

<sup>22</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 4.

por estas personas da idea de un alto índice de promiscuidad<sup>23</sup>. De hecho, sólo tres de los casi seiscientos habían tenido un único compañero. El 1% había tenido entre 3 y 4; el 2% entre 5 y 9; el 3% entre 10 y 14, y el 8% entre 25 y 29 compañeros.

Existen relaciones en las que la sexualidad no está presente, por ejemplo en el caso de dos amigos homosexuales que se unen para realizar un emprendimiento en común o un viaje.

Estas uniones, que también pueden tener consecuencias jurídicas, no serán objeto de nuestro estudio por carecer de los elementos de cohabitación y estabilidad que van a caracterizar a la forma de vida que estudiamos.

## VI. Características de la unión de hecho homosexual

### 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 jurídicos<sup>24</sup>.

La convivencia también 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.

El estatuto económico que rige la pareja de hecho es naturalmente variable por ser ésta una situación fáctica, pero necesariamente debe existir entre aquellos que conviven.

La cohabitación no implica solamente compartir una misma habi-

<sup>23</sup> Ídem nota anterior.

<sup>24</sup> 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, ob. cit., p. 8; en el Derecho español, ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1986, p. 52, y en el Derecho argentino, BOSSERT, Gustavo, *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 39.

tación entre dos personas, sino que también supone una vida de pareja; de otro modo no se justificarían las incapacidades para celebrar la unión que las legislaciones imponen a las personas casadas o a quienes tienen impedimento de incesto<sup>25</sup>.

La convivencia no se debe entender como cohabitación a ultranza<sup>26</sup>, ya que puede ocurrir que por razones de trabajo uno de los convivientes deba vivir en otra residencia; en este caso, la unión continuará salvo que la separación vaya acompañada de una voluntad real de disolución. En este sentido dice Pittí: “La convivencia no siempre habrá de darse bajo el mismo techo, como ocurre cuando uno de los convivientes tenga que desplazarse con regularidad de un lugar o país a otro, por razones de trabajo, de salud, inclusive cuando se pierde la libertad”<sup>27</sup>.

La convivencia resulta tan importante que de allí surge una de las denominaciones de los miembros de la unión –“convivientes”– que es usada también en el *common law*, donde la expresión utilizada es *cohabitant*<sup>28</sup>.

La convivencia y las relaciones patrimoniales entre los convivientes homosexuales se han tenido 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 había vivido en concubinato durante veinte años. Una de ellas fue atropellada por un automovilista cuando circulaba en bicicleta, y su compañera demandó los perjuicios

<sup>25</sup> Sobre la necesidad de vida de pareja y no de mera cohabitación se refirió el Consejo Constitucional francés al expedirse sobre la validez de los PACS. El Consejo manifestó que si no se tratara de personas que hacen vida de pareja no se justificarían los impedimentos basados en los vínculos del matrimonio y del parentesco (*La Semaine Juridique* del 24-11-99, III, 20173).

<sup>26</sup> ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 64.

<sup>27</sup> PITTÍ, Ulises, *Las uniones de hecho (Sus nuevos paradigmas)*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, adenda, p. 11.

<sup>28</sup> CRETNEY, S. M. and MASSON, J. M., *Principles of family law*, 6<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 1997, p. 116; BURTON, Frances, *Family law and practice*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1997, p. 442.

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 material<sup>29</sup>.

La convivencia también ha sido tenida en cuenta en una decisión reciente de la House of Lords dictada en un caso de continuación de la locación en los autos “Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ltd.”<sup>30</sup>

El señor John Thompson fue el “inquilino titular” de un departamento en Londres desde 1972 hasta la fecha de su muerte, a los 60 años, en 1994. El apelante, el señor Fitzpatrick, vivió con el señor Thompson desde 1976 y luego de la muerte de su pareja continuó viviendo en el mismo lugar.

El señor Fitzpatrick fue la pareja del causante y alegaba que bajo la Ley de Locaciones de 1977 él podía subrogar al señor Thompson en la titularidad del alquiler. Señaló que él era su “esposo”, en la medida en que habían vivido como “marido y mujer”, o alternativamente como miembros de una familia. En el año 1986 el señor Thompson sufrió un accidente que lo dejó en coma durante seis meses. Jamás pudo recuperarse por completo y, además, llegó a perder el habla. El señor Fitzpatrick lo cuidó en el departamento desde entonces y hasta el día de su muerte. El tribunal inferior concluyó que el señor Fitzpatrick no podía subrogarse en los derechos del difunto ni como esposo ni como familiar, y que en cualquier caso era tarea del Parlamento llegar a otra solución.

Fitzpatrick llevó su planteo a la House of Lords. Sostuvo que el término “esposo” debía interpretarse de tal manera que albergara a “dos personas del mismo sexo íntimamente ligadas en una relación que no fuera meramente transitoria y que presentara todas las características propias de un matrimonio, con excepción de la posibi-

<sup>29</sup> RIVERA, Julio César, *Legitimados para demandar la indemnización de daños*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 3, *Accidentes de tránsito – III*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 49.

<sup>30</sup> “Fitzpatrick vs. Sterling Housing Association Ltd.”, House of Lords, 28-10-99.

lidad de procrear”. Asimismo, señaló que la intimidad de su relación debía equipararse a la de una familia.

Para los jueces miembros de la House of Lords, la cuestión a determinar era si el señor Fitzpatrick podía ser equiparado con un esposo o con un familiar, a efectos de la aplicación de la Ley de Locaciones.

La mayoría sostuvo que el apelante no podía pertenecer a la categoría de “esposo”, debido a que este término se reservaba para el marido o la mujer. Sin embargo, argumentaron que sí podía ser considerado un familiar. Según el tribunal, los rasgos salientes de la relación eran esenciales: debía existir un cierto nivel de interdependencia mutua, de amor y cuidado, de compromiso y apoyo. Afirmó que si bien esto se presumía en las relaciones legales, no siempre era un hecho, y que las relaciones de facto eran capaces de crear lazos familiares tan fuertes como para que la pareja supérstite se subrogue en los derechos locativos del inquilino.

La mayoría de la House of Lords señaló que si un hombre y una mujer, que viven juntos y mantienen una relación sexual estable y permanente, pueden ser considerados familiares a los fines de la Ley de Locaciones, nada podría impedir el mismo reconocimiento para las parejas homosexuales.

“Cuando se habla de compañeros sexuales, ya sea heterosexuales u homosexuales, hay espacio para el íntimo amor mutuo, el afecto, y el compromiso mantenido en el tiempo, que caracteriza a la unión de un marido y una mujer. Este amor, este afecto y este compromiso pueden existir tanto en las relaciones homosexuales como en las heterosexuales”.

*De esta manera, se resolvió que detrás del concepto “miembro de una familia”, a los fines de la Ley de Locaciones, subyace la idea de compartir sus vidas en una sola unidad familiar que cohabita en una casa.*

## 2. Singularidad

En la primera mitad del siglo XX, entre los requisitos del concubinato se enumeraban la honestidad y la fidelidad.



En este sentido, López del Carril mencionaba la fidelidad recíproca, la honestidad y la exclusión de toda otra unión<sup>31</sup>.

En los estudios de la segunda mitad del siglo XX, en lugar de la fidelidad se enumeraba la singularidad. Bossert explica que la singularidad implica que “la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho que alguno de esos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel en un momento dado al concubino”<sup>32</sup>.

En las uniones homosexuales también es un requisito imprescindible la singularidad; ello implica que no serán uniones homosexuales las existentes entre tres personas del mismo signo sexual, 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, 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 homosexuales 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. Por otra parte, la falta de ese deber implícito de fidelidad puede también tener consecuencias jurídicas, como por ejemplo en la revocación de donaciones.

El requisito de la singularidad está implícitamente presente en las leyes que regulan las uniones homosexuales, puesto que en ellas se señala que la celebración de un matrimonio pone fin a la relación. Ello se da en la ley de PACS en la cual la celebración de un matrimonio da por finalizado el PAC, lo que demuestra que no se admite la existencia de múltiples uniones simultáneas, ya sean homosexuales o heterosexuales.

Ello así, si alguien se preguntara si entra en el concepto de unión

<sup>31</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 525, quien además señala que la unión de personas libres no puede ser accidental ni deshonesta.

<sup>32</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 42.

homosexual la relación existente entre dos personas del mismo sexo que conviven y al mismo tiempo uno de ellos está casado y convive con la esposa o el marido, la respuesta no puede ser sino negativa por faltar el carácter de singularidad<sup>33</sup>.

### 3. *Publicidad*

La unión homosexual, para que sea tal, debe tener “fama”, es decir reconocimiento público o demostración externa de su existencia; ello desecha las uniones homosexuales clandestinas u ocultas, aunque puede ocurrir que la unión homosexual no sea tan explícita o abierta como los concubinatos heterosexuales, por los estigmas sociales que acarreará ella.

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 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 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 familias<sup>34</sup>.

### 4. *Permanencia y duración*

La unión de dos personas del mismo sexo con los caracteres que

<sup>33</sup> Ésta ha sido la respuesta para el supuesto de concubinatos. Ver BOSSERT, ob. cit., p. 41.

<sup>34</sup> JCCom. y Minas N° 10 de Mendoza, 20-10-98, J. A. del 5-5-99, p. 69.

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 las circunstancias propias, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas.

En las parejas heterosexuales, la duración se da por supuesta por el hecho de la concepción; esta circunstancia –en tanto imposible por la mera unión de los miembros de un mismo sexo– carece de relevancia en las uniones homosexuales.

Sobre el particular, Zannoni señala que “la posesión de estado conyugal o estado conyugal aparente se nutre del carácter de permanencia, de perdurabilidad...”<sup>35</sup>

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 PACS francesa otorga ventajas impositivas a sus miembros a partir de los tres años de celebración del pacto<sup>36</sup>; la ley de Aragón, relativa a la pareja estable no casada, señala que habrá pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia durante un período de dos años como mínimo<sup>37</sup>.

La estabilidad es necesaria para poder desterrar todas aquellas uniones 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

<sup>35</sup> ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 257.

<sup>36</sup> Inc. 1 del art. 6 del Código General de Impuestos de Francia.

<sup>37</sup> Art. 3 de la ley de Aragón, Nº 6 de 1999, relativa a las parejas estables no casadas.

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 financiera<sup>38</sup>.

La jurisprudencia de Nueva York ha vuelto a sostener igual criterio pero con mayor precisión en el caso "Adler vs. Harris"<sup>39</sup>.

Adler inició un procedimiento para recuperar la posesión de un departamento, ubicado en el Estado de Nueva 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 señora Blaine. La señora 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 artículo 9, sección 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 extensivo 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

<sup>38</sup> Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, 1989 ("544 N. YS ad 784 Braschi vs. Stahl Associates Co"), E. D. 159-17.

<sup>39</sup> "Adler vs. Harris", N. Y. City Civil Ct., 24-3-99).

y un compromiso emocional y económico”. La Corte explica cuáles son los factores relevantes a tener en cuenta a la hora de determinar si una persona posee o no tales derechos. Básicamente el tribunal evalúa:

- 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 afinidad;
- g) cualquier otro patrón que evidencie que ellos han mantenido una relación prolongada en el tiempo.

Para el tribunal no existía ninguna duda con respecto a la relación que la señora Harris había mantenido con su pareja por más de treinta y dos años: ellas compartían cuentas bancarias; en el testamento de la causante ésta le legaba a la señora Harris la mayor parte de los bienes; además la señora Harris estaba autorizada a tomar decisiones médicas por su pareja y, mediante un poder general, era quien se encargaba de administrar los gastos e ingresos cotidianos. La Corte Civil consideró, entonces, que la señora Harris era un miembro de la familia con derecho a continuar la locación de su pareja difunta.

##### *5. Inexistencia de impedimentos de parentesco. Incesto*

En nuestro Derecho existe una gran polémica sobre si el concubinato puede celebrarse entre personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio o si sólo existe concubinato cuando no existen dichos impedimentos. Bossert sostiene que “en el concepto de concubinato cabe incluir a las uniones en las que existan impedimentos matrimoniales entre los miembros, y que sus efectos se producen igualmente haya o no tales impedimentos; los efectos quedan determinados por las cir-

cunstancias fácticas que rodean el hecho, entre los cuales figura la vida en común de la pareja y esto evidentemente no se altera por la existencia de impedimentos matrimoniales<sup>40</sup>.

En cambio, López del Carril distingue la unión libre, en la que no existen impedimentos para contraer matrimonio, y la unión de dos personas que tienen impedimentos para contraer matrimonio, que se daría cuando existe incesto o adulterio, y a estas últimas uniones las descalifica por inmorales e ilícitas<sup>41</sup>.

La cuestión de la existencia o no de los impedimentos cobra relevancia en los supuestos en que el sistema jurídico regula los efectos de las uniones homosexuales, pues en estos casos los efectos pueden negarse a quienes tienen algún impedimento para contraer matrimonio<sup>42</sup>. Así por ejemplo, la ley francesa de PACS prohíbe la celebración de los PACS:

- a) A los ascendientes y descendientes en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive;
- b) entre dos personas de las cuales al menos una esté comprometida en los vínculos de matrimonio, y
- c) entre dos personas de las cuales al menos una esté comprometida por un pacto civil de solidaridad<sup>43</sup>.

Pero cuando sólo se trata de regular las consecuencias jurídicas de un hecho no contemplado en general por la ley —como ocurre en el Derecho argentino—, la posibilidad de que exista algún impedimento para contraer matrimonio resulta indiferente, sin perjuicio de que esa situación pueda ser tenida en cuenta para arbitrar soluciones diferentes según que los impedimentos se presenten o no.

La existencia de un matrimonio válido o la característica adulterina de la relación tiene importancia frente a las leyes de previsión social. Así, la ley 23.226 establece que el conviviente o la conviviente excluyen del derecho a pensión al cónyuge supérstite, salvo que el causante

<sup>40</sup> BOSSERT, ob. cit., p. 48.

<sup>41</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 525.

<sup>42</sup> BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit., t. II, p. 421.

<sup>43</sup> Art. 516, 2 del Cód. Civ. francés.

hubiera estado contribuyendo al pago de alimentos o que el supérstite estuviera separado por culpa del causante, en cuyo caso la pensión se divide por mitades.

Hasta acá hemos reseñado caracteres comunes a las uniones homosexuales y heterosexuales. Ahora vamos a señalar los caracteres propios de las uniones homosexuales.

#### 6. *Imposibilidad de engendrar hijos comunes*

La pareja homosexual puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación similares a la pareja heterosexual, pero biológicamente está impedida de engendrar hijos comunes.

De hecho, los miembros de la pareja pueden concebir hijos con otras personas en el caso del hombre, o mediante técnicas de reproducción humana asistida en el supuesto de las lesbianas, pero nunca van a poder tener hijos biológicos de ambos miembros.

Es cierto que algunas parejas heterosexuales no pueden tener descendencia y por ello recurren a la adopción o a las técnicas de fecundación humana asistida, pero esta situación es excepcional, puesto que lo normal es que la unión de un hombre y una mujer sea apta para la concepción.

Esta característica es muy importante en orden a definir la pareja homosexual, ya que su imposibilidad de engendrar hijos limita su realidad existencial a la asistencia y solidaridad mutua, sin que se pueda extender a la prole en común. *Ello así, la unión homosexual desde su nacimiento está destinada a quedar limitada a una pareja de dos personas sin posibilidades de ampliarse mediante la creación de una nueva vida.*

#### 7. *Incapacidad para educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados*

Compartimos el criterio de que la preferencia sexual no les impide a los homosexuales ejercer su rol paterno y materno<sup>44</sup>. Ello es cierto y está comprobado científicamente; así lo informan, al menos, los es-

<sup>44</sup> FELDMAN, David, *Civil liberties and human rights in England and Wales*, Oxford, Great Britain, 1993, p. 495.

tudios presentados como prueba en el precedente “Baher vs. Mike” del Tribunal de Gran Instancia de Honolulu<sup>45</sup>. Entre ellos es de destacar el informe del doctor Brodzinski que concluyó en afirmar que la orientación sexual de una persona no le impide ser buen padre.

Pero una cosa es afirmar que el homosexual puede ejercer su rol paterno o materno y otra muy distinta es afirmar que la pareja homosexual puede brindar al niño los roles de padre y madre. Eso evidentemente no es posible, puesto que los homosexuales, a diferencia de los transexuales, no se sienten como pertenecientes a otro sexo; por ello, una pareja homosexual podrá brindar a un niño el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no le podrá dar la diversidad necesaria para la educación óptima.

Nuevamente rescatamos las pruebas producidas en el fallo “Baher vs. Mike” del Tribunal de Gran Instancia de Honolulu<sup>46</sup>. El primer experto, el doctor Pruett, psiquiatra especialista en desarrollo infantil, aseguró que los padres biológicos tienen una predisposición que facilita la tarea de educar los hijos. Para Pruett, la situación ideal para educar un hijo se da en una familia que comprende un padre y una madre.

Puede asegurarse que hay muchos niños que son educados en familias monoparentales, de madres solteras o de progenitores divorciados o viudos y que, no obstante, la educación del hijo se logra correctamente.

Pero en el caso de la unión homosexual la situación varía, porque no es una familia monoparental sino una unión bipersonal de un mismo sexo que originariamente nunca va a poder brindar al niño el entorno ideal para su educación, cual es el de tener un padre y una madre.

Esencialmente, la pareja homosexual está impedida de crear una situación óptima para el menor. Ciertamente es que la familia monoparental tampoco la brinda, pero ello es accidental y no esencial; además, tiene en sí la aptitud para otorgarla con una nueva unión materna o paterna.

<sup>45</sup> La reseña de este fallo es prácticamente la reproducción del realizado por ERRANTE, Edward, *Le mariage homosexuel aux États Unis: les arrêts des Tribunaux de l'État de Hawaï et leurs implications au niveau national*, en BORRILLO, Daniel, *Homosexualité et Droit*, Puf, France, 1998, p. 293.

<sup>46</sup> Ídem nota anterior.



La pareja homosexual, en cambio, no puede jamás brindar la imagen diversificada de roles femenino y masculino necesarios para la educación infantil.

#### 8. *Incapacidad de la unión para la continuación de la especie*

Como corolario de su falta de aptitud para engendrar hijos, la unión homosexual no tiene aptitud para la continuación de la especie.

La aptitud de la pareja homosexual se limita a la satisfacción de sus miembros en el desarrollo de su personalidad individual, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana.

Ello es un dato de mucha importancia en relación a las políticas de crecimiento demográfico del Estado, ya que, en aras de priorizar, seguramente deberán preferirse las uniones que sean útiles para el perfeccionamiento individual y la continuación de la especie por sobre aquellas que sólo contribuyan al perfeccionamiento de sus miembros.

Señala Graciela Ignacio: “El matrimonio es y ha sido un medio de protección de la unión sexual entre el varón y la mujer, de la que nacerán nuevos miembros para que la sociedad no se extinga, si es que la naturaleza sigue su curso. La finalidad del legislador es imperativa y no depende de la autonomía de la voluntad porque satisface necesidades primordiales del grupo social”<sup>47</sup>.

Si bien, en los hechos, la procreación queda al arbitrio de cada pareja en función de la intimidad familiar, los fines del legislador no se cumplen ab initio en los casos de parejas de idéntica biología sexual<sup>48</sup>.

## VII. Conclusiones

### 1. *Denominación*

1. Existen múltiples denominaciones dadas en el idioma español a las personas que tienen preferencia sexual por congéneres del mismo

<sup>47</sup> IGNACIO, Graciela, *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*, en J. A. del 3-2-99, p. 5, citando a RAVINOVICH BERKMAN, Ricardo, *Transexualidad (una aproximación jurídica integradora)*, Dunken, Buenos Aires, 1996, p. 14.

<sup>48</sup> IGNACIO, ob. cit. en nota anterior.

sexo; la mayoría de ellas son peyorativas. A los fines del presente trabajo elegimos “homosexuales”, sin perjuicio de utilizar *gay* como sinónimo.

2. “Unión de hecho” es la terminología que preferimos para la denominación de la convivencia estable y pública de dos personas del mismo sexo que mantienen una relación de afecto y solidaridad. No obstante, también nos referiremos a ellas utilizando la denominación “pareja”.

## 2. *Concepto*

Las uniones de hecho homosexuales son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.

## 3. *Caracteres*

La unión de hecho homosexual tiene que tener los siguientes caracteres:

- a) Cohabitación;
- b) singularidad;
- c) estabilidad;
- d) publicidad;
- e) inexistencia de impedimentos de parentesco, incesto;
- f) imposibilidad de engendrar hijos comunes;
- g) incapacidad para educar hijos con los roles diversificados de hombre y de mujer;
- h) ineptitud para la continuación de la especie;
- i) ineptitud para la transmisión de valores culturales tradicionales.