



UNIVERSIDAD AUSTRAL

**MATRIMONIO HOMOSEXUAL
Y ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO**

**INFORME DE ESTUDIOS CIENTÍFICOS Y JURÍDICOS
Y EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES**

Buenos Aires, junio de 2010

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN: EL PORQUÉ DE ESTE INFORME	3
SÍNTESIS DEL INFORME: EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO Y ADOPCIONES POR PAREJAS DEL MISMO SEXO DEBE SER RECHAZADO POR LA CIUDADANÍA Y POR EL SENADO DE LA NACIÓN.....	7
ÍNDICE DEL INFORME DE ESTUDIOS.....	19
INFORME DE ESTUDIOS CIENTÍFICOS Y JURÍDICOS SOBRE MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO Y EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES.....	29
Parte I Necesidad de respetar el concepto y los caracteres estructurales de la institución del matrimonio	30
Parte II Análisis constitucional del Proyecto de matrimonio homosexual y adopción	43
Parte III La adopción por parejas del mismo sexo desde una perspectiva jurídica y científica	84
Parte IV El interés público del Estado en la regulación del matrimonio y las posibles vías legales de solución de ciertas cuestiones de las parejas del mismo sexo	114
Parte V El Proyecto de Ley adolece técnicamente de inconstitucionalidades, graves inconsistencias y mala técnica legislativa.....	122
Parte VI Efectos y consecuencias de aprobar este Proyecto de Ley.....	139
A modo de cierre del Informe: el derecho a casarse y el respeto de todos los derechos.....	161

PRESENTACIÓN: EL PORQUÉ DE ESTE INFORME

La Historia presenta de tanto en tanto verdaderos puntos de inflexión: situaciones excepcionales que marcan un antes y un después, convirtiéndose en bisagras sobre las que gira el devenir de la humanidad. No siempre es fácil advertirlos mientras ocurren, pero después de medio siglo todos los historiadores los identifican como tales. Es indudablemente importante discernir e interpretar esos “signos” de los tiempos en el momento en que suceden y, a partir de allí, responder apropiadamente a sus requerimientos.

Estamos –precisamente– ante uno de esos momentos. Se ha puesto a discusión **si el matrimonio, fundamento de la familia, es esencial e inevitablemente heterosexual, o debe darse estatuto de “matrimonio” a la unión de dos personas del mismo sexo, confiriéndoles asimismo el derecho a poder optar por la adopción de menores desamparados.** Se trata de uno de los acontecimientos más importantes de la historia no solo de nuestro país, sino de la humanidad: la cuestión del matrimonio, la minoridad y la familia es, ni más ni menos, una cuestión de supervivencia. Por este motivo, es imprescindible que toda la ciudadanía y todos los representantes del pueblo adviertan este episodio como lo que es: algo muy serio, con consecuencias profundas y duraderas.

Frente a esto, la institución universitaria no puede estar ausente, sino que debe aportar su carisma propio, el del conocimiento, con la esperanza de sumar luz e ideas claras en momentos y sobre cuestiones tan especiales.

Por lo anterior, la Universidad Austral ha elaborado este documento, que tiene como finalidad esencial **informar de modo completo y ordenado sobre los distintos estudios, investigaciones y argumentos que se han desarrollado en la vasta, compleja y extensa literatura científica, médica, psiquiátrica, psicológica, sociológica, jurídica y filosófica sobre el tema que se nos presenta.** Se busca así hacer accesible al lector la mayor cantidad de **elementos científicos, argumentos y razones sólidas sobre el problema, desde diversas perspectivas de estudio.**

A partir de este Informe, y considerando las conclusiones que se expresan en él, la Universidad Austral toma posición, para sostener con claridad que **debe rechazarse el Proyecto de Ley actualmente en estudio en el Congreso de la Nación**, que pretende legalizar y legitimar el matrimonio entre personas del mismo sexo - comúnmente llamado “matrimonio homosexual”- y darle aptitud para la adopción de menores.

Por la índole misma de este Informe, se ha procurado despojarlo lo más posible de tecnicismos, científicos o jurídicos. Los alcances y conclusiones de este trabajo admiten, así, ulteriores profundizaciones por parte del lector que quiera extenderse en uno o varios de los puntos que se tratan. Por la naturaleza del mismo, junto a muchos elementos y argumentaciones originales, se encuentran otros tantos madurados a partir de trabajos específicos y pormenorizados de una multitud de investigadores del país y del extranjero. El afán de claridad y sencillez, evitando los rigorismos habituales en la investigación científica, pudo haber conducido a alguna omisión en las citas: dejamos constancia, en todo caso, de nuestra gratitud con los investigadores de diversos países que nos han aportado sus investigaciones y sus ideas.

Es posible que el lector de este escrito no esté de acuerdo con *todos* los elementos que se aportan y los argumentos que se exponen, o que considere que alguno no es pertinente o correcto. En todo caso, es posible que sí esté de acuerdo con varios otros que aquí se explican o exponen. Vale la pena resaltar, por eso que, como se verá, **la aceptación de alguno de los argumentos brindados es suficiente para impugnar el Proyecto de Ley y propugnar su rechazo**. Por eso, es deseable que quien se acerque a este Informe no rechace el documento por no coincidir con alguna explicación aislada. Invitamos a que cada persona –según su situación, su postura, y sus convicciones– se acerque sin prejuicios a su lectura y lo analice y medite, para formarse una opinión fundada y lógica respecto del tema que se nos presenta.

No debemos dejar de mencionar que en este documento **no se discute la forma de la vida privada de las parejas del mismo sexo y, menos aún, de las personas de orientación homosexual, sino el tratamiento jurídico, la definición y los alcances de la institución matrimonial y de la adopción que rigen y regirán para todos los argentinos**. Se da por sentado que toda discriminación es una injusticia grave, que debe ser rechazada. Aun más, las personas las personas homosexuales merecen el respeto de su dignidad y libertad, y una preocupación sincera por su felicidad. Este trabajo está –de hecho– realizado con la mirada puesta en defender

también los legítimos derechos de las personas homosexuales, que **son los mismos** que los de las personas heterosexuales, dado que tener **inclinación homosexual no da derechos especiales por tal carácter.**

La investigación es abordada a partir de **fundamentos científicos y racionales.** **La inadmisibilidad del matrimonio homosexual en el Congreso de la Nación no es una cuestión religiosa,** sino un debate público, laico, civil. Como se verá, **hay razones científicas para promover la defensa del matrimonio conformado por varón y mujer.** De ahí que éste no es un trabajo que busque transmitir creencias, sino aportar argumentos relevantes **basados en la ciencia, en la razón y el sentido común al debate en una sociedad pluralista y abierta.**

Siendo un elemento estructural de la comunidad social, el concepto de matrimonio y sus elementos indispensables no pueden surgir de una convención meramente lingüística o nominativa. Por el contrario, tienen como presupuesto una comprensión de qué bienes humanos básicos y qué bienes sociales protege el Derecho cuando lo reconoce como fundamento de la familia y de la sociedad. El matrimonio es la unión plena de un hombre y una mujer ordenada al amor mutuo y la cooperación, con la apertura a la posibilidad de la procreación y la consecuente educación de los hijos propios o adoptados que pueda haber. Este concepto de matrimonio, institución primigenia de la humanidad, es el que está plasmado en nuestro sistema constitucional y en nuestro Código Civil, y no es casual, sino que se corresponde con la diversidad originaria entre varón y mujer y al modo natural en que se complementan y desarrollan su amor sexuado.

El matrimonio entre personas del mismo sexo, que se encuentra a discusión en el Senado en virtud del referido Proyecto de Ley, se contrapone abiertamente a los presupuestos biológicos y antropológicos del matrimonio. La convivencia entre personas del mismo sexo no es lo mismo que la vida conyugal, porque no puede realizar la especial complementariedad de personas, física y psíquica, que implica un matrimonio. Por esto, y **siendo indispensables e inigualables las funciones y la contribución que realizan las instituciones del matrimonio y la familia a la sociedad, existe un interés público relevante en preservarlas; y por eso extender sus estatutos y los beneficios que le corresponden a otras uniones, como las de personas del mismo sexo, implicaría una seria discriminación y un perjuicio grave e irreparable a los esposos, a los menores, a las familias y, en definitiva, a todo el pueblo argentino.** Por ello, la diferenciación es justa, porque ***nadie tiene el derecho constitucional a que una relación no matrimonial sea considerada un matrimonio.*** En este ámbito ***distinguir no es discriminar, sino hacer justicia a la reali-***

dad, ya que es tan injusto tratar distinto a los iguales, como tratar iguales a los distintos.

El matrimonio formado por un varón y una mujer, y la familia que lógicamente se funda en él, conforman el hogar de las nuevas generaciones humanas. Todos los niños tienen el derecho inalienable a desarrollarse en el seno de una relación de padre y madre, sin sustitución de su identidad, alcanzando integralmente su desarrollo y autonomía personal.

Por todo lo que aquí se expone, es deber trascendental de nuestros legisladores proteger integralmente al matrimonio entre varón y mujer, definido como tal en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y al “niño en situación de desamparo” (cfr. arts. 14 bis y 75, incs. 22 y 23, CN), dando así cabal cumplimiento y respeto al contenido de nuestra Constitución, que en su Preámbulo los impele a “afianzar la justicia, [...], promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo”.

Prof. Dr. Leonardo McLean

Decano de la Facultad de Ciencias Biomédicas

Dr. Eduardo J. Schnitzler

Director Médico del Hospital Universitario Austral

Prof. Dr. Juan Cianciardo

Decano de la Facultad de Derecho

Lic. Carlos Camean Ariza

Director del Instituto de Ciencias de la Familia

Prof. Dr. Marcelo Villar

Rector

SÍNTESIS DEL INFORME:

**EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO Y ADOPCIONES
POR PAREJAS DEL MISMO SEXO DEBE SER RECHAZADO
POR LA CIUDADANÍA Y POR EL SENADO DE LA NACIÓN**

Luego de una extensa investigación, plasmada en el Informe que sigue a estas páginas, es posible llegar a la siguiente conclusión general: **existen no menos de cien razones y argumentos científicos y jurídicos que demuestran la injusticia, la inconveniencia, la inutilidad y la inconstitucionalidad de una ley que permita considerar matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, así como concederles la posibilidad de acceder a la adopción de menores desamparados.**

Se procurará en esta Síntesis dar un esbozo general de ese cúmulo de elementos de juicio que conducen al rechazo del matrimonio entre personas del mismo sexo y a la adopción por parte de dichas parejas, agrupando algunas de las principales conclusiones de este Informe en torno a los siguientes temas:

- (I) el concepto y los caracteres estructurales de la institución del matrimonio;
- (II) la protección constitucional y de los tratados de derechos humanos hacia el matrimonio, la familia y el interés superior del niño;
- (III) la cuestión de la adopción, desde una perspectiva jurídica y científica;
- (IV) el interés público y las posibles vías de solución legal de ciertas cuestiones;
- (V) los problemas de injusticias varias, deficiencias en la técnica legislativa e incoherencias del Proyecto con el resto del ordenamiento jurídico argentino;
- (VI) los efectos y consecuencias sociales y legales de la aprobación del Proyecto.

SÍNTESIS DE LAS CONCLUSIONES DE ESTE INFORME

Las conclusiones de este Informe son las siguientes:

I. POSIBILIDAD DE LEGALIZAR UN MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO A LA LUZ DEL CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERES DEL MATRIMONIO COMO REALIDAD HUMANA

1) **El Derecho debe seguir la realidad biológica y antropológica del matrimonio y promover y defender sus bienes humanos y sociales protegiendo las instituciones básicas de la vida social.** El matrimonio, que es una estructura de unión personal con propiedades de exclusividad y permanencia, que da solidez y garantía jurídica a la convivencia de personas y a los hijos que surjan de dicha unión, encuentra su razón de ser en la diversidad radical y originaria del varón y de la mujer y en su unión complementaria biológica y antropológica, fuente de comunión y de vida, que funda el núcleo familiar.

2) **El Derecho protege y promueve el matrimonio por la especialísima función social que cumple,** por ser el ámbito donde se desarrolla la complementariedad de las personas y donde se asegura la procreación y el recambio generacional, bienes fundamentales para el Estado. Por tanto, **el Estado no puede, sin dañar gravemente aquello que debe proteger, conferir estatuto matrimonial a una realidad a la que le faltan sus características esenciales.**

3) En una unión homosexual no se dan los presupuestos biológicos y antropológicos de la complementariedad conyugal. **Por eso, las realidades biológica y antropológica de matrimonios y uniones homosexuales veda que se pueda dar estatuto de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo,** y lleva a evitar la confusión entre las mismas con los matrimonios.

4) Si el legislador elige aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, **habrá transmutado totalmente el concepto y los caracteres de la institución del matrimonio, fundamento de la familia.** Así, habrá cambiado la estructura social del país, a la vez que habrá violado la Constitución Nacional, que protege a esa familia, y los tratados internacionales, que tutelan el matrimonio como unión de varón y de mujer. La norma que lo aprobara, por eso, sería inválida.

II. CONSTITUCIONALIDAD Y CONFORMIDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DEL RÉGIMEN ACTUAL Y DEL PROYECTO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y DE LOS DERECHOS A CASARSE, A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA, A LA IGUALDAD Y A LA TUTELA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

5) La Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional **consagran y protegen explícitamente el derecho fundamental al matrimonio entre personas de distinto sexo.** Asimismo, esos instrumentos internacionales **no reconocen ni otorgan un derecho a casarse entre personas del mismo sexo.** Esta lectura de los tratados internacionales y la negación de que los tex-

tos constitucionales de países como Alemania o Italia atribuyan el derecho al matrimonio homosexual ha sido **confirmada por diversos tribunales** internacionales y extranjeros de la máxima jerarquía.

6) En virtud de que los tratados internacionales determinan que el derecho al matrimonio es sólo del varón para casarse con una mujer, y de la mujer para casarse con un varón, se deriva que **no sólo el matrimonio homosexual no se encuentra autorizado por la Constitución, y menos avalado, sino que, más aún, legalizarlo sería inconstitucional**. En efecto:

- a. La Constitución y los tratados internacionales **no exigen al Congreso que legalice un matrimonio entre personas del mismo sexo**.
- b. Más aun: el derecho fundamental al matrimonio entre personas de distinto sexo, que funda la familia, para ser plenamente efectivo, **exige una tutela específica, diferenciada**, idónea para que pueda lograr sus finalidades de bien común. De lo contrario, de nada serviría consagrar ese derecho.
- c. Una legislación que extendiera el matrimonio a las parejas del mismo sexo igualaría su tratamiento con el reservado al matrimonio que la Constitución y los tratados tutelan. Eso los confundiría en una sola realidad, *como si* fueran lo mismo.
- d. **Ese tratamiento que igualara lo distinto violaría el derecho al matrimonio entre personas de distinto sexo, pues lo privaría de la tutela diferenciada que el mismo exige**: si todo es matrimonio, nada es matrimonio. Por lo tanto, esa igualación sería inconstitucional y violaría los tratados internacionales de derechos humanos.

7) Por otro lado, se encuentra consagrado **el derecho a la protección integral de la familia** (art. 14 *bis*, de la Constitución Nacional -C.N.- y normas concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos). Este derecho, y la correlativa obligación del Estado, también exigen **un reconocimiento diferenciado al matrimonio entre personas de distinto sexo. De lo contrario, la familia, tal como fue concebida por el constituyente, carecería de una adecuada protección**, en tanto se la igualaría a otras formas de convivencia no protegidas de manera especial por la Constitución.

8) El sistema constitucional también consagra el **interés superior del niño** (art. 3, Convención sobre Derechos del Niño). Por lo que se señala en el apartado III de esta Síntesis, este interés superior del menor conduce, entre otras cosas, a que sólo se pueda reconocer estatuto de matrimonio a las uniones de diferente sexo, pues en ellas es donde se posibilita plenamente el desarrollo integral de los niños.

9) Por las anteriores razones, el régimen actual del Código Civil, que sólo acepta al matrimonio a las parejas formadas por un varón y una mujer, **no viola el derecho a la igualdad** (art. 16, C.N.): **es lógico que el Derecho trate de modo distinto a situaciones que son muy diversas entre sí**, pues sólo en una de ellas —el matrimonio entre personas de distinto sexo— subyace el ejercicio del derecho fundamental a casarse y la tutela de intereses estatales importantísimos, vinculados con la supervivencia y la plenitud de la Nación. **Distinguir lo diferente no es discriminación, sino que es la operación normal de la ciencia del Derecho, que trata igual lo igual, y diferente lo distinto.**

10) Es más: como es injusto tratar distinto a lo que es igual, es injusto tratar igual a lo que es distinto. Por eso, **el propio derecho a la igualdad impide que se otorgue un trato igualitario a dos realidades que son radicalmente diversas y que, por eso, no merecen igual tratamiento.**

11) Además, **el actual régimen del Código Civil no discrimina en razón de la orientación sexual: no discrimina a los homosexuales.** La homosexualidad no es un impedimento para casarse con personas de distinto sexo, y la cuestión no es si se trata de homosexuales o no, sino que ninguna persona, sea heterosexual u homosexual, puede casarse con otra del mismo sexo, cualquiera sea también la orientación sexual de esta pareja. Lo que hace el Código es diferenciar parejas de personas en razón de que sean del mismo sexo o de distinto sexo.

12) En otro orden de ideas, el derecho a la privacidad (art. 19, C.N.) conduce a que la orientación sexual de las personas deba ser respetada absolutamente, excluyendo toda intromisión estatal en la vida personal. Sin embargo, **del derecho a la intimidad de las acciones privadas, que es algo de la vida personal, no puede seguirse que exista un *derecho al matrimonio* entre personas del mismo sexo, que es una cuestión pública, con afectación a terceros y al orden público.**

13) Por último, **el Proyecto de Ley es también sustancialmente inválido porque el matrimonio homosexual y la adopción por personas del mismo sexo no superan el control constitucional de razonabilidad (art. 28, C.N.).** Este test es utilizado por los más importantes tribunales internacionales y extranjeros, y de acuerdo al mismo **toda norma estatal debe cumplir requisitos de validez sustancial, justicia o razonabilidad material.** El Proyecto de Ley en análisis no los cumple, por los siguientes motivos, que se exponen detenidamente en el texto del Informe:

- a. **Persigue finalidades ilegítimas**, pues pretende tutelar derechos constitucionales que no existen como tales: los derechos a adoptar y a casarse entre personas del mismo sexo.
- b. En segundo lugar, suponiendo hipotéticamente finalidades legítimas en la ley que se propone, como eliminar la discriminación en materia familiar y aumentar la cantidad de adopciones para el mejor interés de los meno-

res—, debe concluirse que **los medios que establece no son aptos o eficaces para lograrlas, ya que discriminan y desprotegen** a los matrimonios de distinto sexo y desconocen el interés superior del niño, ya que está probado científicamente que la mejor formación y educación que puede recibir es la que proviene de un padre y una madre y que están expuestos a diversos riesgos si se crían con parejas del mismo sexo.

- c. En tercer lugar, **las medidas propuestas en el Proyecto son innecesarias, pues sus finalidades pudieron lograrse de un modo más conveniente, eficiente y menos costoso**, a través de otros mecanismos tendientes a la no discriminación en la sociedad, a satisfacer los intereses patrimoniales y previsionales de las parejas de distinto sexo (contratos, sociedades, etc.) y a través del mejoramiento de la ley de adopción y de los trámites previstos, que optimizara los procedimientos y los facilitara, para evitar lo que ocurre que actualmente, donde se mantiene en extendida espera a miles y miles de matrimonios, es decir, a parejas de distinto sexo, que aguardan ansiosas la llegada de ese hijo.
- d. En cuarto término, **las medidas son desproporcionadas: ténganse en cuenta los altos costos y perjuicios sociales que generaría la norma si se aprobara**, entendidos como consecuencias sobre la población y consecuencias sobre otros derechos constitucionales. Así, la aprobación del Proyecto destruiría, irremediablemente, la realidad y la concepción del matrimonio hasta ahora entendida y legislada como bien social, alteraría el normal desenvolvimiento de numerosas instituciones del Código Civil, desconocería el interés superior de los niños y permitiría que su identidad fuese falseada y sustituida, y abriría las puertas a la legalización matrimonial de otras formas de uniones sexuales plurales o intrafamiliares que hoy no están permitidas.
- e. Finalmente, en quinto lugar el Proyecto **violentaría la garantía constitucional que protege el contenido inalterable de diversos derechos fundamentales**: entre otros, discriminaría y lesionaría gravemente el derecho de las parejas de *distinto* sexo a casarse, afectaría el interés superior del niño y lo privaría de su derecho a la identidad y minaría la institución familiar, tutelada constitucionalmente.

14) En virtud de lo anterior, **el Proyecto de Ley es inconstitucional y contrario a los derechos humanos pues incumple las garantías del derecho fundamental al matrimonio, a la protección integral de la familia y a la tutela y promoción del interés superior del niño y porque deroga un sistema matrimonial que no contradice, sino que realiza el derecho a la igualdad de lo igual y a la diferenciación de lo distinto.**

III. LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DE LA ADOPCIÓN DE MENORES DESAMPARADOS POR PAREJAS DEL MISMO SEXO

15) **No existe un derecho fundamental a adoptar. Existe, sí, un derecho de los niños huérfanos a recibir de la sociedad amparo y protección y a ser criados y educados en el seno de una familia, conforme a su interés superior.** Por eso, la adopción no es un derecho de los posibles adoptantes, sino una obligación de la sociedad y un derecho del niño huérfano —para los adoptantes, en todo caso, es un privilegio—. **Como demuestran diversos estudios científicos, el interés superior del niño reclama con énfasis la crianza y educación de los niños con la actuación conjunta de un padre y de una madre.** De este modo, **que sólo puedan adoptar matrimonios de distinto sexo, como ocurre en el régimen legal actualmente vigente en Argentina, es plenamente razonable y constitucional.** Por lo tanto, el régimen actual, que limita la adopción a parejas de distinto sexo, no priva a las parejas del mismo sexo de ningún derecho.

16) **La adopción debe asemejarse lo más que se pueda a la relación filial biológica, pues de este modo procura plenamente su finalidad tuitiva del interés superior del niño adoptado.** Sin perjuicio de que a veces las circunstancias aconsejen dar en adopción un menor a una persona sola, lo expuesto se ve corroborado por las investigaciones que señalan que una educación realizada por un padre y una madre dan usualmente mejores resultados que cuando es realizada por sólo uno de ellos. Por ende, **los derechos y los intereses superiores de los niños son mejor garantizados a través de la adopción realizada por parejas de distinto sexo.**

17) Existen numerosos trabajos científicos que demuestran que **una familia encabezada por una pareja de distinto sexo genera por sí misma un ambiente más favorable para que el desarrollo psicológico-emocional de los niños sea saludable y positivo.**

18) Multitud de investigaciones demuestran también que **los hijos adoptados por parejas del mismo sexo se ven usualmente expuestos a sufrir perjuicios graves de diverso tipo, que deberían ser evitados.**

19) **La tendencia homosexual ha sido señalada por numerosos estudios psiquiátricos como una alteración de la personalidad, que en numerosos casos ha sido modificada mediante tratamiento, o han indicado la frecuente asociación de la misma con diversas dolencias psiquiátricas.** No es concluyente desvirtuar tal cantidad de estudios científicos por el hecho de que la Asociación de Psiquiatría estadounidense (APA) haya quitado tal condición de su manual en 1973, tras una polémica y discutida votación de 58 a 42% de los psiquiatras presentes. Cabe mencionar, por ejemplo, que el Dr. Robert L. Spitzer, impulsor dentro de la American Psychiatric Association de la campaña para abolir la homosexualidad de ese catálogo en 1973, es ahora el Director

de una Asociación Nacional de Psiquiatras estadounidenses dedicada al tratamiento de la homosexualidad.

20) Los estudios de los que se pretende extraer la conclusión de que no existen diferencias ni perjuicios respecto al buen desarrollo del niño cuando ha sido adoptado por una pareja del mismo sexo **tienen errores metodológicos claros** que los descalifican como conclusiones científicas válidas.

21) En todo caso, la existencia de un gran número de estudios que sostienen la relevante posibilidad de daños a los menores en diversos ámbitos de su desarrollo físico y psíquico debe llevar a concluir que **debe ser puesta bajo serios interrogantes la afirmación de que la adopción por parejas del mismo sexo es inocua o aun favorable al niño.**

22) **Ante la duda sobre el bien del niño, y por las razones jurídicas y científicas expuestas en el Informe, la tutela de su interés superior lleva a no realizar experiencias de ingeniería social con los menores huérfanos y abandonados,** que son la parte más débil de la población, para satisfacer pretensiones subjetivas de los adoptantes. El deseo, por el hecho de ser un deseo, no se convierte en un derecho. En todo caso, lo principal consiste en resguardar el interés superior del niño o de la niña, antes que el derecho a la autodeterminación individual de los adultos.

23) **La solución a los problemas actuales del sistema de adopción argentino consiste en optimizar y facilitar los trámites de adopción a las parejas actualmente habilitadas,** y no en extenderla a las parejas del mismo sexo, que objetivamente no son las más aptas para procurar el pleno desarrollo de los menores.

24) La condición de matrimonio implica por definición “adoptabilidad”, o posibilidad de adoptar, cumpliendo diversos requisitos. Ahora bien, dar en adopción niños a parejas del mismo sexo pone en probable riesgo al menor y no va en pos de su interés superior, como demuestran diversos estudios, por lo cual no debe ser legalizado. **Ergo, una unión homosexual no puede ser un matrimonio, ya que, por imperativo constitucional, que pone el interés del niño como supremo, no puede adoptar.**

IV. INTERÉS PÚBLICO INVOLUCRADO EN EL PROYECTO Y EXISTENCIA DE VÍAS JURÍDICAS ALTERNATIVAS PARA SATISFACER LOS INTERESES PATRIMONIALES Y DE OTRA ÍNDOLE QUE PUEDAN TENER LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

25) No existe un interés público en cambiar la figura del matrimonio para incluir a las parejas entre personas del mismo sexo. **El verdadero interés público está en proteger a los matrimonios entre personas de distinto sexo, que contribuyen de modo insustituible al bien común, promoviendo que se formen familias que cobijen y eduquen a las futuras generaciones de argentinos.**

26) **No hace falta redefinir el concepto de matrimonio y trastocar totalmente la institución familiar para brindar satisfacción a intereses patrimoniales o previsionales que puedan tener las parejas del mismo sexo, pues el marco jurídico actual les permite contar con un régimen común de bienes y brindar posibilidades asistenciales, como por ejemplo:**

- a. figuras tales como el condominio y las sociedades sirven para establecer libremente y de común acuerdo un régimen de administración y disposición de cosas comunes;
- b. la institución testamentaria o el contrato de donación sirve para regular el destino de los bienes que un miembro de la pareja pretenda dejar al otro o que ambos quieran dejar a terceros; y
- c. con una simple modificación al régimen de obras sociales, o bien con una interpretación amplia del régimen actualmente vigente, podría otorgarse a los miembros de las parejas del mismo sexo posibilidades previsionales

V. INJUSTICIAS VARIAS, DEFICIENCIAS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA E INCOHERENCIAS DEL PROYECTO CON EL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO VIGENTE

27) **El Proyecto de Ley adolece de graves inconsistencias y mala técnica legislativa y genera discriminaciones irrazonables e inconstitucionales.** Eso demuestra que no ha sido suficientemente analizado, ya que no se han considerado con seriedad las consecuencias que tendrá sobre el ordenamiento jurídico vigente, desmereciendo de la tarea que es esperable del Congreso de la Nación.

28) **El Proyecto, de ser aprobado, alterará de modo inconsistente distintas facetas del régimen de filiación, ya que:**

- a. discrimina a las mujeres de los matrimonios entre personas de distinto sexo, pues permite a las mujeres de matrimonios entre personas del mismo sexo dar su apellido como único o primero al hijo adoptado en adopción plena;
- b. al suponer la posibilidad de que existan hermanos bilaterales en un matrimonio homosexual, es incongruente con el sistema jurídico; y
- c. es incompatible con el régimen milenario de presunciones de paternidad y de maternidad.

29) El Proyecto, al permitir que matrimonios entre personas del mismo sexo inscriban a niños como hijo de dos mujeres o hijo de dos varones, sea que haya sido concebido naturalmente o por fecundación artificial, **violenta el derecho a la identidad**

del niño inscripto, quien es privado de su derecho humano fundamental a conocer a sus verdaderos padres biológicos.

- a. Eso constituye una violación al Código Penal y a la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061).
- b. Esto instaura inconstitucionalmente la privación de su derecho a la identidad, tutelado por la Convención de los Derechos del Niño.

30) El Proyecto, al permitir que las parejas homosexuales adopten sin sujeción a plazo alguno, discrimina a las parejas heterosexuales quienes, en principio, deben esperar tres años para poder hacerlo (art. 315 del Código Civil).

31) Si fuera aprobado, **el Proyecto de Ley generará graves discriminaciones e inconsistencias normativas al haberse limitado, en su técnica, a modificar y sustituir los términos “padre”, “madre”, “marido”, “mujer”, “esposo”, “esposa”, por la expresión “contrayentes”**. Así, entre otras cosas:

- a. se discrimina a las mujeres borrando del Código Civil las palabras cargadas de valor femenino, sustituyéndolas por palabras neutras o masculinas;
- b. se desnaturalizan previsiones del Código sobre las nulidades matrimoniales, generando situaciones absurdas o directamente injustas;
- c. por diversos motivos, el Proyecto discrimina a parejas formadas por dos mujeres con relación a parejas formadas por dos varones;
- d. se incurren en graves inconsistencias y en discriminaciones a las parejas entre personas de distinto sexo en relación con la atribución del apellido a los menores (Ley 18.248, del Nombre);
- e. se torna incomprensible y problemático el régimen de administración y disposición de bienes de la sociedad conyugal.

32) **El Proyecto es auto-contradictorio**, pues pretende solucionar todas estas deficiencias mediante la afirmación genérica e imprecisa en su art. 42 de que los matrimonios del mismo sexo son en todo iguales a los de distinto sexo, afirmación que, en definitiva, termina privando de sentido al resto del articulado del propio Proyecto.

33) **En el ámbito tributario, de aprobarse el Proyecto se generarían incongruencias y discriminaciones a los matrimonios entre personas de distinto sexo en el modo de declarar los impuestos a las ganancias y a los bienes personales**. En el régimen de ganancias y bienes personales, el marido declara conjuntamente las ganancias y bienes de la mujer, y se toma el conjunto como una sola declaración. Por esto, **las uniones homosexuales tributarán en principio de un modo distinto a los matrimonios heterosexuales, ya que las parejas del mismo sexo, en las que no hay marido y mujer, que**

opten por casarse resultarán beneficiadas de deducciones (aplicarán doble deducción especial, por ejemplo), de alícuotas más bajas (al evitar sumar los montos y ser incluidos en alícuotas progresivas) y de exenciones, que no tendrán los matrimonios heterosexuales, los que seguirían tributando de modo conjunto, sumando los montos y sin tener esas ventajas fiscales.

VI. EFECTOS Y CONSECUENCIAS SOCIALES Y JURÍDICOS DE LA INTRODUCCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

34) **Si se aprueba el Proyecto, se producirá una fuerte presión contra el pensamiento diferente en el sistema educativo argentino y en otros órdenes de la vida social, como demuestra la experiencia de otros países.** Si el Estado apoya que es igualmente válido como matrimonio una unión de personas de distinto sexo que una unión homosexual, y en especial si se reorma la Ley Antidiscriminatoria como piden muchos grupos de activistas pro homosexualidad, desaparecerá la posibilidad de debate para aquellos que, en conciencia, entiendan que el matrimonio está estructurado por la unión de un varón y una mujer y que por eso no puede estar constituido por personas del mismo sexo, así como que no conviene al mejor interés del niño el darlo en adopción a parejas homosexuales.

35) **No permitir el pensamiento diferente, con la hostigación y descalificación inmediata del disidente y hasta sanciones jurídicas de diverso tipo, es contrario a varios derechos fundamentales protegidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos,** comenzando por la libertad de pensamiento y de expresión y siguiendo por la libertad de conciencia, el derecho a educar y a aprender, la libertad de cátedra, el derecho de los padres a educar y elegir la formación para sus hijos, el derecho a la igualdad y el derecho a la protección integral a la familia.

36) El Proyecto **no contempla cláusula alguna de objeción de conciencia para toda persona que se vea obligada** a cumplir alguna obligación vinculada con la reforma y que, pensando distinto, quiera actuar conforme a lo que piensa, incluyendo los padres con relación a la educación de sus hijos en lo tocante a este tema.

37) **El Proyecto tiene un serio déficit democrático.** Desde la presentación del Proyecto en Diputados, se ha llevado a cabo un despliegue mediático y una gran presión sobre el Congreso, acallando, o por lo menos opacando, a aquellos que piensan de un modo distinto. Los legisladores no contenían esta propuesta en las plataformas que presentaron y sostuvieron para obtener el apoyo de la ciudadanía a la que pidieron representar.

38) Como manifiestan varias encuestas, la sociedad argentina mayoritariamente está en desacuerdo con el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas

del mismo sexo, sin que esto llegue a la consideración de los legisladores. En más de treinta Estados de los Estados Unidos de América, el tema se definió por plebiscito o referéndum, que resolvieron reformas constitucionales para impedir que se apruebe el matrimonio del mismo sexo. A diferencia de esto, **en Argentina no se ha querido consultar a la ciudadanía sobre un tema tan sensible y que afecta a toda la población y compromete el presente y el futuro de la conformación social.**

39) Existen estudios que muestran la experiencia reciente de países que han legislado el matrimonio homosexual o han permitido la adopción por parejas del mismo sexo, **en los que se muestran las consecuencias sociales negativas derivadas de tal instauración.**

40) **El matrimonio entre personas del mismo sexo es un experimento social riesgoso, no admitido en la abrumadora mayoría de los países del mundo.** Sólo un reducidísimo número, algo más del 4% de los países de la comunidad internacional, ha transformado la institución del matrimonio, permitiendo el casamiento de personas del mismo sexo. Muy pocos países, un 8%, permiten adoptar niños a parejas homosexuales. **No es serio sostener que se viola los derechos humanos, cuando más del 95% de los países del mundo sostienen el matrimonio exclusivamente heterosexual y los tratados internacionales sobre los mismos reconocen que el matrimonio es sólo entre personas de distinto sexo.**

COLOFÓN A ESTA SÍNTESIS PRELIMINAR

El Derecho es el arte y la ciencia de la justicia, del dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde. Para lograrlo trata **igual a lo que es igual, y trata de modo diverso a lo que es distinto.**

Nadie tiene derecho a que una entidad no bancaria sea considerada un banco. Nadie tiene derecho a que una entidad no universitaria sea considerada una universidad. Se perjudica gravemente a los bancos, o a las universidades, cuando se les confiere su estatuto a algo que no lo es. Y se perjudica gravemente a la sociedad cuando esto ocurre, porque hay instituciones que, por su importancia en la conformación social, tienen una regulación por el Derecho que las distingue, constituye y protege, a la vez que protege a todos los demás miembros de la sociedad.

Del mismo modo, **nadie tiene derecho a que una unión no matrimonial sea considerada matrimonio. No se comete una injusticia al negar que sea un matrimonio a una realidad que no lo es.** No se agravia la igualdad cuando se diferencia lo distinto.

Determinadas instituciones sociales importan, e importan mucho. Son el soporte del entramado social. El matrimonio, conformado por un varón y una mujer, y la familia que generan se encuentran a la cabeza de dichas instituciones, como prueba su tutela constitucional y su tutela por los tratados internacionales. **Cambiarles radicalmente su estructura, composición y finalidades tiene consecuencias:** no es una acción inocua, sin daños. Por el contrario, **genera enormes perjuicios a las personas y a la sociedad.**

De considerar matrimonio a aquello que no lo es, ni lo puede ser, se derivan multitud de absurdos e injusticias. Dentro de esas injusticias se encuentra **la injusticia con los matrimonios**, que verían que se trata igual a lo distinto, y encontrarían inundado su ámbito propio por uniones no matrimoniales. **Se haría injusticia a los menores**, que no eligen la familia que los acogerá, y deberían resignar su interés superior para crecer con parejas del mismo sexo, dificultándose o entorpeciendo gravemente su desarrollo integral. **Se haría un serio perjuicio a la sociedad**, por desnaturalizar totalmente su célula básica, que es la familia.

Y se haría asimismo injusticia a todo el que disienta con esta metamorfosis matrimonial y familiar, al que se impide disentir y se lo perjudica en sus derechos a la libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia, de religión, de educación, de aprendizaje.

Como ha consagrado la Declaración Universal de Derechos Humanos, **los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia**, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio... Tienen el derecho humano a casarse el varón con una mujer y la mujer con un varón..., y en virtud del mismo tienen también la facultad de **exigir al Estado y a la sociedad que distingan y protejan jurídicamente esa unión única e irrepetible**, esa comunión especial, fuente de amor y de vida.

Por todo lo anterior, cabe concluir que **el Proyecto de Ley presentado** que pretende la inclusión de las parejas del mismo sexo al régimen matrimonial y la adopción por parejas del mismo sexo **es sustancialmente irrazonable, es inconstitucional, no ha sido suficientemente analizado y meditado, no se apoya en bases científicas suficientes, es inútil, inconveniente e injusto, y por todo ello merece que sea rechazado por el Honorable Congreso de la Nación.**

ÍNDICE DEL INFORME DE ESTUDIOS

ÍNDICE GENERAL (2)

PRESENTACIÓN: EL PORQUÉ DE ESTE INFORME (3)

SÍNTESIS DEL INFORME:

EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO Y ADOPCIONES POR PAREJAS DEL MISMO SEXO DEBE SER RECHAZADO POR LA CIUDADANÍA Y POR EL SENADO DE LA NACIÓN (7)

INFORME DE ESTUDIOS CIENTÍFICOS Y JURÍDICOS SOBRE MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO Y EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES (29)

PARTE I

NECESIDAD DE RESPETAR EL CONCEPTO

Y LOS CARACTERES ESTRUCTURALES DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

1. El Derecho debe seguir la realidad biológica y antropológica del matrimonio y promover y defender sus bienes humanos y sociales

- 1.1. Planteamiento: el matrimonio responde a una realidad definida, con bases biológicas y antropológicas específicas, que reclama una unión exclusivamente heterosexual 31

1.2.	La diversidad biológica y la complementariedad antropológica de los sexos es el presupuesto real en el que se apoya el matrimonio, que impide considerar matrimonio a una unión de personas del mismo sexo.....	32
1.3.	El matrimonio es la unión jurídica pública de un varón y una mujer para complementarse compartiendo la vida, procrear y educar a sus hijos.....	33
1.4.	El matrimonio, indispensable para la Nación, se vería gravemente trastocado, desfigurado hasta desconocerlo, con la aprobación del Proyecto de Ley, y una vez aprobado no hay límite racional para matrimonios poligámicos, etc.	34
1.5.	Breve indagación sobre las posibles causas y consecuencias de la homosexualidad	38
1.6.	Conclusión: la unión entre personas del mismo sexo no puede ser denominada matrimonio, y la equiparación es irrazonable, inútil y profundamente injusta	40

PARTE II

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCIÓN

2. La Constitución y los tratados internacionales no sólo no avalan ni exigen el matrimonio homosexual, sino que aprobarlo sería inconstitucional

2.1.	Planteamiento: la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional sólo tutelan el derecho a contraer matrimonio entre varón y mujer, y por eso el Proyecto es inconstitucional.....	44
2.2.	El derecho a casarse consagrado en los tratados implica que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer y, por ende, no hay posibilidad de dar reconocimiento al “matrimonio” homosexual	46
2.3.	Según el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación del Tribunal Europeo, no existe el derecho al matrimonio homosexual ni a que tales uniones adopten menores.....	50
2.4.	La naturaleza del matrimonio impide legalizar el “matrimonio” homosexual, y hacerlo le haría perder sus caracteres jurídicos identificatorios.....	51
2.5.	Conclusión: el proyecto es inconstitucional por ir contra la realidad del matrimonio y por violentar la protección de los tratados de la heterosexualidad del matrimonio y la libertad de conciencia	52

**3. Las normas constitucionales sobre la familia
y el interés superior del niño implican que el matrimonio
constitucionalmente protegido es necesariamente heterosexual**

3.1. Del artículo 14 bis de la C.N. se deriva que para proteger a la familia es necesario respaldar la exclusividad del matrimonio entre varón y mujer	55
3.2. Relación entre matrimonio, familia, bien social y Estado	57
3.3. Cuando el matrimonio falla o no se forman los matrimonios, sufren los niños, mujeres, hombres y la sociedad entera.....	60
3.4. El interés superior del menor es tutelado especialmente en la Convención de la ONU sobre los niños e implica que cuando adoptan dos personas, ellas sólo pueden ser un matrimonio heterosexual	61

**4. No afecta el derecho a la igualdad que la necesaria tutela
de la familia y del matrimonio y la promoción del interior superior
del niño vedan el matrimonio homosexual
y la adopción por parejas del mismo sexo**

4.1. La justicia y el derecho a la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.) imponen tratar igual lo igual y distinto lo diferente: todo el Derecho se construye a partir de distinciones razonables y adecuadas a cada realidad, y esto no es discriminatorio..	64
4.2. El Estado no está obligado a dar igual tratamiento a las uniones homosexuales que a los matrimonios, que están constituidos por un varón y una mujer	66
4.3. La distinción entre parejas del mismo sexo y entre parejas de distinto sexo no es una “categorización sospechosa” de discriminación bajo la doctrina de las Cortes Supremas estadounidense y argentina; por el contrario, se trata de una distinción con fundamentos razonables y, por eso, constitucional	66
4.4. Derecho comparado: tribunales internacionales y cortes constitucionales de diversos países han sostenido que no existe un derecho al matrimonio homosexual y que la exigencia de que las personas sean de distinto sexo para poder casarse establece una distinción razonable	69
4.5. El Consejo General del Poder Judicial de España ha sostenido que el derecho a casarse es el derecho del varón a casarse con la mujer y el de ésta a casarse con aquél y que esto no constituye discriminación.....	70
4.6. Todo homosexual es titular de todos los derechos humanos, y tiene derecho a casarse (con persona de otro sexo), no existiendo en nuestro Derecho ningún impedimento matrimonial que afecte a la condición homosexual	70
4.7. El matrimonio y las uniones homosexuales son realidades diferentes, que precisan un tratamiento jurídico también diferente	71

4.8.	La orientación sexual está incluida en el derecho a la privacidad (art. 19, C.N.), y debe ser respetada, excluyendo la intromisión estatal.....	72
4.9.	Conclusión: el matrimonio, entendido exclusivamente como unión entre hombre y mujer, es plenamente respetuoso de la garantía de igualdad	73

**5. El Proyecto de Ley es sustancialmente inválido:
el matrimonio y la adopción por personas del mismo sexo
no supera el control de razonabilidad constitucional**

5.1.	El requisito de la razonabilidad, exigencia común a todo acto estatal	75
5.2.	Las finalidades perseguidas por el Proyecto son ilegítimas.....	76
5.3.	Posibles finalidades alternativas del Proyecto y medios para conseguirlas.....	76
5.4.	Análisis de la adecuación de los medios – El medio adoptado de dar estatuto matrimonial a las uniones homosexuales es inadecuado para lograr posibles fines legítimos de igualdad y no discriminación.....	77
5.5.	Análisis de la necesidad de los medios – Las finalidades hipotéticamente legítimas del Proyecto pueden lograrse con medios no dañinos para la sociedad y para los menores	79
5.6.	Análisis de la proporcionalidad de los medios – El Proyecto es desproporcionado, pues ocasionará daños y costos y no trae beneficio alguno para la sociedad	80
5.7.	Análisis de la alteración del contenido esencial de los derechos – El Proyecto, al dar estatuto matrimonial a las uniones homosexuales y permitirles adoptar e inscribir niños como propios, viola numerosos derechos fundamentales	82
5.8.	Conclusión: conferir carácter de matrimonio a la unión de dos personas del mismo sexo, permitiéndoles además adoptar e inscribir niños como hijos de ambos, es irrazonable y, por eso, inconstitucional.....	83

PARTE III

**LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO
DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y CIENTÍFICA**

**6. Los derechos e intereses superiores de los niños sólo son
garantizados en la adopción por parejas heterosexuales,
y se verían menoscabados si se los entrega a parejas homosexuales**

6.1.	Premisa: el Estado debe velar por el interés superior del niño.....	85
------	---	----

6.2.	No existe un derecho a adoptar y el interés superior del niño es el único parámetro que debe guiar al Estado cuando regule el instituto de la adopción	86
6.3.	La adopción debe asemejarse lo más posible a la relación filial biológica, pues sólo así logra su finalidad tuitiva del interés superior del niño.....	88
6.4.	La mejor manera de proteger el interés superior del niño huérfano o abandonado es que únicamente lo puedan adoptar matrimonios, con una pareja de personas de distinto sexo	89
6.5.	La falacia de que sin la adopción por parejas del mismo sexo habría niños abandonados	91

7. Estudios científicos demuestran que la adopción por personas de distinto sexo ofrece un ámbito más favorable para el desarrollo y que los adoptados por parejas homosexuales se ven expuestos a perjuicios graves

7.1.	Un relevamiento de estudios científicos sobre paternidad heterosexual y adopción y convivencia con parejas del mismo sexo demuestra que es inconveniente dar niños en adopción a parejas homosexuales	93
7.2.	La salud y el desarrollo integral de los niños desamparados y los estudios sobre el entorno familiar inadecuado u hostil en la infancia y adolescencia y otras probables causas de la homosexualidad	94
7.3.	Estudios sobre algunas características psicológicas y psiquiátricas asociadas a la homosexualidad e inconveniencia la adopción por parejas del mismo sexo.....	97
7.4.	Riesgos físicos y psíquicos a que se expone a los niños que se crían con parejas del mismo sexo	99
7.5.	Estudios sobre el daño a la identidad sexual en los niños criados por parejas de personas homosexuales y el daño a los derechos del menor	100
7.6.	Los perjuicios a los menores adoptados derivados de la clara tendencia de la población homosexual a la promiscuidad y a uniones sensiblemente menos estables y duraderas que las heterosexuales	102
7.7.	Datos comparativos en el rendimiento escolar y la idoneidad del matrimonio con padre y madre estable como entorno educativo para los menores frente a cualquier otra alternativa	104
7.8.	Falta de fiabilidad científica y de corrección metodológica de los estudios que afirman que es “indiferente” criarse con parejas del mismo sexo.....	105
7.9.	Algunos casos que ponen de manifiesto la necesidad de mantener el régimen de adopción exclusivamente a favor del matrimonio entre personas de distinto sexo..	110
7.10.	Conclusión: los estudios científicos muestran los graves riesgos a que se somete a un menor que se otorgue en adopción a parejas del mismo sexo, y el interés	

superior del niño impera que el Derecho no pueda obviar estos datos, tomándolo como un conejito de Indias en un experimento social	112
--	-----

PARTE IV

EL INTERÉS PÚBLICO DEL ESTADO EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS POSIBLES VÍAS LEGALES DE SOLUCIÓN DE CIERTAS CUESTIONES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

8. No existe un verdadero interés público para aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo

8.1. El interés público y las funciones del Derecho	114
8.2. Existe un verdadero e imperioso interés público en proteger al matrimonio entre personas de distinto sexo	115
8.3. No hay interés público atendible que legitime el matrimonio entre personas del mismo sexo	116
8.4. Dar estatuto de “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo frustraría el interés público en proteger el matrimonio, que es entre personas de distinto sexo	117

9. No hace falta redefinir el matrimonio para solucionar algunas cuestiones jurídicas de régimen de bienes y derechos asistenciales de las parejas del mismo sexo

9.1. El marco jurídico actual otorga a las parejas homosexuales la posibilidad de contar con un régimen de administración y disposición de bienes comunes	119
9.2. Con una interpretación amplia o una simple modificación del régimen de obras sociales podría otorgarse beneficios sin redefinir el concepto de matrimonio	120
9.3. Conclusión: no hace falta redefinir el matrimonio para solucionar las cuestiones jurídicas que puedan suscitar las parejas del mismo sexo	121

PARTE V

**EL PROYECTO DE LEY ADOLECE TÉCNICAMENTE DE INCONSTITUCIONALIDADES,
GRAVES INCONSISTENCIAS Y MALA TÉCNICA LEGISLATIVA**

**10. El Proyecto de Ley debatido
generaría graves discriminaciones e inconsistencias normativas**

10.1. El proyecto discrimina y opaca a las mujeres y a lo femenino, que pierden su especificidad en el articulado en pro de nombres masculinos o neutros, y se limita a sustituir los términos “marido” y “mujer” por el de cónyuges.....	122
10.2. El Proyecto, al permitir que los varones o las mujeres de parejas del mismo sexo puedan obtener la tenencia de los hijos menores de 5 años, discrimina a los padres varones de matrimonios heterosexuales, a quienes les está prohibido	124
10.3. El Proyecto discrimina a las parejas heterosexuales, que deben esperar tres años para adoptar, permitiendo que las parejas del mismo sexo adopten sin sujeción a plazo alguno	124
10.4. El Proyecto desnaturaliza la prohibición de invocar la nulidad matrimonial por falta de edad núbil cuando la esposa ya concibió, tornándola lingüísticamente contradictoria y axiológicamente irrazonable	125
10.5. El Proyecto, al reformar el régimen de la patria potestad, incurre en severos errores y no logra sus finalidades igualitaristas, pues él mismo discrimina en algunas situaciones a determinadas parejas	126
10.6. El Proyecto discrimina a los cónyuges en un matrimonio —ni la mujer puede dar al marido su apellido, ni el marido recibir el de la mujer— al permitir que los miembros de una pareja del mismo sexo se lo puedan dar mutuamente	127
10.7. El Proyecto no contempla la institución protectoria de la nuera viuda sin hijos para las parejas homosexuales	127
10.8. El Proyecto genera graves problemas en la interpretación y funcionamiento del régimen de administración y disposición de bienes matrimoniales.....	128
10.9. El Proyecto pretende solucionar sus deficiencias mediante una técnica genérica e imprecisa que termina privando de sentido al resto de su articulado	128
10.10. En el ámbito fiscal, el Proyecto genera incongruencias en el modo de declarar los impuestos a las ganancias (personas físicas) y bienes personales	129

11. El Proyecto de Ley debatido generaría grandes contradicciones normativas e interpretativas en torno al régimen de filiación

11.1. El Proyecto discrimina a las mujeres unidas en matrimonios heterosexuales, que no pueden dar su apellido a los hijos matrimoniales ni a los adoptados como único o primer apellido, cosa que sí permite expresamente a las mujeres en parejas del mismo sexo	131
11.2. El Proyecto es incongruente con el sistema jurídico al suponer la posibilidad de que existan hermanos bilaterales en un matrimonio homosexual	132
11.3. El Proyecto no regula el supuesto de un matrimonio homosexual entre varones que vaya a inscribir a su hijo	133
11.4. El Proyecto genera incongruencias con el régimen de presunciones de paternidad: o bien éstas deben ser desplazadas en los matrimonios homosexuales, o bien llevan la contradicción de presumir que el hijo de un padre homosexual es también hijo biológico del otro padre homosexual.....	133
11.5. El Proyecto genera incongruencias entre el régimen de presunciones de paternidad y maternidad con el régimen de acciones de reclamación e impugnación de la filiación	133

12. El Proyecto permite la sustitución de la identidad del niño y lo priva de su derecho a conocer a sus verdaderos padres biológicos

12.1. El Proyecto permite que un niño concebido artificialmente por una mujer unida a otra mujer en una pareja del mismo sexo sea inscripto como hijo de ambas y no se sepa quién es su padre	135
12.2. El Proyecto permite que un niño concebido artificialmente pueda no conocer la identidad de ninguno de sus padres biológicos.....	135
12.3. El Proyecto consiente y habilita la sustitución de identidad que viola los derechos fundamentales del menor y contradice la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	136
12.4. El Proyecto generaría un caos normativo respecto a la vigencia de ciertos delitos del Código Penal y al funcionamiento de las acciones de filiación e impugnación de la paternidad.....	137
12.5. El Proyecto provoca que un niño pueda tener ante la ley dos madres, un padre y seis abuelos, e incluso tres madres, un padre y ocho abuelos.....	137
12.6. Conclusión: el régimen de filiación el Proyecto es discriminatorio, absurdo y además inconstitucional por violar normas de tratados internacionales	138

PARTE VI

EFFECTOS Y CONSECUENCIAS DE APROBAR ESTE PROYECTO DE LEY

**13. La legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo
podría provocar daños graves a las libertades de expresión,
de educación, de conciencia y de religión**

13.1. La legalización del matrimonio homosexual llevaría a que se vulnera el derecho humano de los padres a elegir la educación para sus hijos.....	140
13.2. La reforma radical de la estructura matrimonial y familiar llevaría a que se vulneren la libertad de conciencia y las libertades de pensamiento y de expresión .	140
13.3. La aceptación del matrimonio por personas del mismo sexo conduciría a que se vulnera el derecho a la igualdad	141
13.4. La instauración de un modelo de matrimonio que trastoca totalmente el matrimonio vulneraría el derecho a la protección integral de la familia	142
13.5. El Proyecto violenta las libertades de conciencia y de religión al no contemplar cláusulas de objeción de conciencia de los funcionarios del Registro Civil, los jueces de familia, los padres y otras personas	142
13.6. La prueba de los riesgos descriptos I: Estados Unidos y la estrategia de vender la homosexualidad a la sociedad, instalarse en los medios y atacar al que piensa diferente	144
13.7. La prueba de los riesgos descriptos II: en España la legalización del ‘matrimonio homosexual’ respondió al diseño de una estrategia unificada y dirigida.....	145
13.8. La prueba de los riesgos descriptos III: un caso hipotético posterior a una eventual legalización del matrimonio homosexual y el caso Parker, de Massachusetts, U.S.A.....	146
13.9. La prueba de los riesgos descriptos IV: la Ley Antidiscriminatoria y otros casos de criminalización de la disidencia	148
13.10. La prueba de los riesgos descriptos V: el caso de donación de sangre, sobre el modo de accionar de algunos activistas pro homosexualidad para ganar legitimación, independientemente del bien social de los ciudadanos y de los fundamentos científicos contrarios	149

**14. El matrimonio entre personas del mismo sexo
es un experimento social riesgoso, no admitido en la mayoría de los
países, y la sociedad argentina no ha debatido a fondo
esta modificación profunda a su estructura familiar**

14.1. El Proyecto de Ley busca proteger intereses particulares específicos de algunos grupos de presión	152
14.2. Las encuestas indican que la opinión de la mayoría de los argentinos está en contra del Proyecto de matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo	152
14.3. La dinámica del Derecho lleva a que la reforma a la estructura social argentina será irreversible, por lo que debe ser tratada con el mayor de los cuidados y el más amplio debate	154
14.4. Sólo un porcentaje ínfimo de países ha aceptado el “matrimonio homosexual” y la adopción por parejas del mismo sexo	154
14.5. España: a 5 años de la sanción de la ley que autorizó los matrimonios entre persona del mismo sexo ya se manifiestan sus consecuencias negativas.....	156
14.6. Estados Unidos y la Ley de Defensa del Matrimonio: 30 de sus 50 Estados han realizado enmiendas constitucionales que prohíben expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo	157
14.7. La experiencia de Honduras: la reforma constitucional de 2005 prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo	160

A MODO DE CIERRE DEL INFORME:

EL DERECHO A CASARSE Y EL RESPETO DE TODOS LOS DERECHOS (161)

NOTAS Y REFERENCIAS (163)

**INFORME DE ESTUDIOS CIENTÍFICOS Y JURÍDICOS
SOBRE MATRIMONIO HOMOSEXUAL
Y ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO
Y EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES**

PARTE I

NECESIDAD DE RESPETAR EL CONCEPTO Y LOS CARACTERES ESTRUCTURALES DE LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

1. EL DERECHO DEBE SEGUIR LA REALIDAD BIOLÓGICA Y ANTROPOLÓGICA DEL MATRIMONIO

Y PROMOVER Y DEFENDER SUS BIENES HUMANOS Y SOCIALES

RESUMEN:

El concepto y los elementos estructurales del matrimonio responden a una realidad definida, con bases biológicas y antropológicas concretas. El matrimonio encuentra su razón de ser en la diversidad radical y originaria del varón y de la mujer y en su unión complementaria biológica y antropológica, fuente de comunión y de vida, que funda el núcleo familiar. En una unión homosexual estas complementariedades son imposibles, pues no se dan los presupuestos biológicos y antropológicos de la conyugalidad. Esto veda que se pueda dar estatuto de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

La equiparación es inútil y profundamente discriminatoria e injusta, porque el Derecho debe proteger las instituciones básicas de la vida social, evitando los daños que se derivarán de su confusión con realidades completamente diferentes.

El debate acerca del matrimonio homosexual en realidad esconde así errores cruciales: la visión de la sociedad como un artificio, de libre configuración, la negación de las funciones del Derecho para preservar la familia y la identificación de los derechos con los meros deseos.

1.1. Planteamiento: el matrimonio responde a una realidad definida, con bases biológicas y antropológicas específicas, que reclama una unión exclusivamente heterosexual

El hombre no es concebible sin relaciones familiares. El ser humano no se basta a sí mismo, y tiene su origen en una relación heterosexual, en la unión de masculinidad y feminidad que le dio vida. A partir de la atracción física y psíquica entre dos personas de sexo opuesto, surge un núcleo humano o comunidad de personas, que tiende a la permanencia. Allí también el ser humano, que al momento de buscar multiplicarse es incompleto, encuentra la colaboración de una persona del sexo opuesto. Esa unión con permanencia entre un varón y una mujer, con la aptitud de apertura a la vida cuajada en hijos, es el matrimonio, a ello es a lo que nos referimos cuando usamos la expresión “matrimonio”.

Sin embargo, una de las notas propias del *relativismo*, negatorio de entidad a la realidad, es la **pérdida del significado de las palabras**, lo cual resulta especialmente grave cuando se trata de aquellas sobre las que se construyen las relaciones humanas. Para estas posiciones, las palabras son puras convenciones, fórmulas vacías cuyo sentido se definiría por mero acuerdo, por ocasionales consensos mayoritarios, en una nueva versión del nominalismo medieval que tiene derivaciones dramáticas cuando lo que está en juego es la conceptualización de una institución primaria del entramado social, como es el matrimonio.

Ante ello se impone **recuperar el término “matrimonio” en su verdadera significación**, esto es, en cuanto a la realidad a la que remite: como vínculo de participación y comunicación en la virilidad y en la feminidad, por el cual dos personas quedan relacionadas en la dimensión complementaria.

En este sentido, desde el Derecho Romano (sobre cuya base se edifica esencialmente el sistema jurídico y, en general, nuestra forma de vida) hasta nuestros días siempre se entendió como “*matrimonium*” la unión estable del varón y la mujer (“*coniunctio viri et mulieris*”)¹. Por eso, y como la palabra alude al *munus* de la madre, a los hijos, ha destacado TREGGIARI que tiene que haber una mujer que se une a un varón para que haya matrimonio². Esa unión se ha encontrado orientada desde siempre a la complementariedad y a la apertura a la procreación de hijos, donde se destaca precisamente que se confiere a la mujer el “oficio de madre” (*matris-munus*), y la protección, defensa o amparo que para ella resulta del matrimonio mismo (*matris-munio*), en particular por la correlativa carga del *pater* de asistirle, de cooperar en la empresa común, asumiendo también sus “derechos-deberes naturales”, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de criar, alimentar y educar a aquéllos³.

Los especialistas en Derecho Civil nacionales, de Borda a Zannoni o Medina lo definen como una sociedad de varón y mujer para ayudarse y formar una familia⁴. El ca-

rácter heterosexual de la realidad que significa esta palabra viene también subrayado desde la misma definición de la Real Academia Española⁵.

En síntesis, todas las definiciones de matrimonio conocidas por el Derecho y la sociedad aluden a la unión sexuada y familiar de varón y de mujer.

La razón de tal definición no es otra que **el matrimonio responde a una realidad definida, con bases biológicas y antropológicas específicas**, que imposibilitan englobar bajo dicha denominación a las uniones homosexuales.

1.2. La diversidad biológica y la complementariedad antropológica de los sexos es el presupuesto real en el que se apoya el matrimonio, que impide considerar matrimonio a una unión de personas del mismo sexo

Es un **dato objetivo** que **varón y mujer nacen con ciertas características biológicas, fisiológicas y psicológicas diferentes** que los definen como tales y que se complementan entre sí.

- Dichas diferencias se observan ya desde la fecundación por la carga genética que conlleva cada sexo (existencia de cromosomas XY —en el hombre— y XX —en la mujer), y acompañan al ser durante toda su vida.
- La **carga genética** determina, entre otras cosas, el desarrollo de órganos sexuales (testículos u ovarios) desde las primeras semanas de gestación induciendo la feminización o masculinización de la persona. En especial, en las primeras dieciochos (18) semanas se produce, entre otras cosas, la construcción de la mayor parte de los circuitos neuronales específicos de cada sexo dirigido por la regulación de los genes y los efectos de las hormonas producidas por los órganos sexuales y glándulas suprarrenales (testosterona en el caso del varón y estrógenos en el caso de la mujer) sobre las áreas cerebrales.
- En el **varón** la secreción inicial de hormonas dura nueve meses y da como resultado la menor sensibilidad en las emociones y en la relación social. Por su parte, en la **mujer** la secreción hormonal dura hasta los dos años y activa circuitos cerebrales de áreas relacionadas con la comunicación y la observación y las emociones.
- Estas diferencias evidencian que **las preferencias y aptitudes no son sólo meras consecuencias de estereotipos culturales, sino de una predisposición innata** de un modo de relacionarse según el sexo.
- **Existe una integración anatómica y funcional evidente entre los órganos genitales de varones y mujeres**, así como una falta de correspondencia con los órganos genitales del mismo sexo.

- Por ello, **el sexo de la persona es el punto de partida para el desarrollo de la identidad sexual. Y esa identidad sexual, más allá de situaciones excepcionales o patológicas, viene dada.** En concreto, la atracción sexual patentiza que lo masculino está atribuido a lo femenino y viceversa. Es más, es en las tendencias del enamoramiento donde encontramos “la arquitectura natural o dada de ese vínculo jurídico genérico entre hombre y mujer”⁶.
- **La sexualidad es el elemento básico de la personalidad, un modo propio de ser, de sentir, de expresar y vivir el amor humano.** Abarca toda la persona, es una realidad dinámica y es una fuerza para desarrollar a la persona. Manifiesta valores complementarios, que lejos de opacar la dignidad, constituyen una razón para que la diferencia y la pluralidad sean factores de unión entre los hombres. Y es en esa diversidad donde varón y mujer se complementan, comenzando desde la adecuación y correlación anatómica y fisiológica que manifiestan sus órganos genitales, a la comunidad de vida integral, entre otras cosas para la transmisión y el cuidado de la vida⁷.
- Ahora bien, **el matrimonio surge a partir de un acto de consentimiento libre sobre ese objeto que constituyen la masculinidad y femineidad.** El matrimonio no es una mera convención social; es ante todo un acto de consentimiento que lleva la posibilidad de amar del hombre y la mujer a un plano cualitativamente distinto. Y a ese plano sólo se llega por la puerta de la complementariedad⁸.

1.3. *El matrimonio es la unión jurídica pública de un varón y una mujer para complementarse compartiendo la vida, procrear y educar a sus hijos*

Este concepto del matrimonio expuesto en el epígrafe (que está plasmado en nuestro Código Civil) **no es casual, contingente o fortuito**: responde al **dato de la realidad, al modo** en que varón y mujer desarrollan su amor sexuado.

- Por lo antedicho, afirmar la heterosexualidad como un requisito para el matrimonio implica partir de una realidad que se le presenta al hombre. **El matrimonio encuentra su razón de ser en la unión complementaria del hombre y de la mujer y en la diversidad radical y originaria**: el varón tiende a la mujer porque ésta tiene cualidades que lo complementan y enriquecen y viceversa.
- **En el pretendido “matrimonio” homosexual esta complementariedad es lógicamente imposible.** La unión homosexual se contrapone abiertamente a los presupuestos biológicos y antropológicos antes indicados. Una convivencia homosexual no tiene nada en común con la vida conyugal, con la complementariedad espiritual, física y psíquica, de toda la persona, que implica un matri-

monio respecto de los esposos entre sí, y, conjuntamente con esto, está ausente la apertura a la transmisión común de la vida.

- En el caso de los matrimonios heterosexuales que son estériles, en ellos se da la conyugalidad de todas maneras, puesto que, como ha señalado G. IGNACIO, “la capacidad física que exige la legislación matrimonial no es la de procrear en cada caso particular, sino la potencialidad natural de hacerlo que abre la unión de sexos biológicos”⁹.

1.4. *El matrimonio, indispensable para la Nación, se vería gravemente trastocado, desfigurado hasta desconocerlo, con la aprobación del Proyecto de Ley, y una vez aprobado no hay límite racional para matrimonios poligámicos, etc.*

Atendiendo a los fundamentos indicados en los puntos anteriores, podemos afirmar sin lugar a dudas que **el debate acerca del “matrimonio” homosexual en realidad esconde un error conceptual crucial: la identificación del concepto de Derecho con el del mero deseo de determinados grupos sociales.**

El matrimonio en tanto institución jurídica propiamente no legaliza el amor, sino la unión sexuada de los contrayentes varón y mujer que se entregan y reciben en su masculinidad y femineidad, capaz de complementarlos y de engendrar nueva vida, bien indispensable para la Nación.

- Sin embargo, **el Derecho no tiene como fin hacer realidad los deseos.** El Derecho está para regular situaciones indispensables para el desarrollo de la persona en sociedad, para el respeto del bien común y el mantenimiento del orden social. El fundamento y fin del Derecho claramente no puede ser nunca la realización de un mero deseo.
- **El simple hecho de que alguien quiera casarse con alguien no supone necesariamente que pueda casarse con él:** así, ¿podría quejarse de discriminación el varón a quien el Derecho le impide casarse con la mujer a la que quiere, solo por el hecho de que es su hermana? ¿O la mujer a la que el Derecho no deja casarse con el hombre al que quiere, por la simple razón de que él ya está casado?
- **Los derechos encuentran su razón en la promoción de bienes humanos públicos** que el hombre puede reconocer como dimensiones indiscutibles de una auténtica realización humana. La ausencia de un consenso unánime no es fundamento suficiente, y quizá ni siquiera fundamento necesario, para dejar de promover valores sociales que se perciben como verdaderos.

- **La razón de ser de la regulación jurídica del matrimonio no es propiamente ni la afectividad entre dos personas ni la mera situación de convivencia.** Quererse, mantener relaciones sexuales y vivir juntos no fundamenta el derecho a contraer matrimonio. Son aspectos circunstanciales que rodean el núcleo del matrimonio, pero no son el núcleo, no son sus aspectos esenciales. De hecho hay muchos tipos de afectividad (entre padre e hijo, entre hermanos, entre amigos, a un animal querido...) que no son matrimonio. Y afirmar eso no es minusvalorarlos, sino reconocer la diferencia. **No se trata aquí de negar que dos personas del mismo sexo se quieran, sino que su unión pueda ser un matrimonio.**
- **La estudiosa y Camarista Federal Graciela Medina, a la sazón abogada de la Comunidad Homosexual Argentina, ha sostenido en diversas oportunidades que dar estatus matrimonial a la unión de personas del mismo sexo implica cambiar radicalmente el concepto y la realidad del matrimonio y de la familia, modificando radicalmente la estructura del Código Civil a este respecto, pues el matrimonio sólo puede ser heterosexual¹⁰.**
- En la línea de lo que se viene afirmando, es de interés traer a colación una cita que expresa la visión de un activista *gay* muy conocido en Estados Unidos, Michaelangelo Signorile. Él comparte la idea de los efectos que la aprobación del matrimonio homosexual produciría sobre la misma concepción del matrimonio y la institución de la familia, destruyéndolas, cosa que dice expresamente buscar:

“Se tratar de luchar por el matrimonio del mismo sexo y sus beneficios y entonces, una vez garantizado, redefinir la institución del matrimonio completamente, pedir el derecho de casarse no como una forma de adherirse a los códigos morales de la sociedad sino de **desbanca un mito y alterar radicalmente una institución arcaica. La acción más subversiva que pueden emprender los gays y lesbianas es transformar por completo la noción de familia”¹¹.**

- **En la misma línea, desde la filosofía el profesor Robert SOKOLOWSKI explica que extender el matrimonio a parejas del mismo sexo implica modificar la definición del matrimonio mismo¹².** Afirma que el matrimonio es exclusivamente de parejas de distinto sexo, pues tiene como objetivo garantizar dos finalidades: la unión y plenificación mutua de los cónyuges y la procreación y educación de las futuras generaciones. Como afirma SOKOLOWSKI:

“El Estado no establece categorías legales para las distintas formas de amistad humana. ¿Por qué lo hace para el matrimonio? Porque tiene un interés en la futura generación de la sociedad. La continuación de la población es una condi-

ción necesaria para su supervivencia. [...] El Estado ha tradicionalmente reconocido a la reproducción como una finalidad del matrimonio”.

En virtud de esto, sigue este autor, si se permite el matrimonio homosexual, la finalidad del matrimonio debe cambiar, pues carece de aptitud intrínseca para procrear y educar adecuadamente. Y la consecuencia de ello es una pendiente resbaladiza que terminaría por vaciar de contenido y sentido la institución misma. En efecto, nada diferenciaría la relación de amor que une a dos personas del mismo sexo de la relación de amor que podría unir a dos hermanos que quisieran casarse, o a un sobrino con una tía, o a un hijo con su padre. Si se separa la regulación del matrimonio del interés estatal en la procreación y educación de las futuras generaciones, aquél pierde sentido. Sobre esto, el autor afirma:

“Pero una vez que el Estado legaliza una clase de amistad [como la homosexual], no puede parar ahí: tendrá que legalizar todas y cada una de las amistades cuya legalización se pretenda”.

- **Una vez abandonado el concepto de matrimonio heterosexual, efectivamente, se abre la puerta para darle el carácter de matrimonio a nuevas posibles uniones como ha expuesto el juez Baxter, de la Corte Suprema de California, dándose así “posteriores extensiones del derecho constitucional así percibido hacia territorios peligrosos”, con la posibilidad de quizás “en diez, quince años o veinte años”, “sobre la base de la percepción de una evolución en los valores de la comunidad”, se establezca que las leyes que prohíben los matrimonios poligámicos o incestuosos ya no están constitucionalmente justificadas¹³.** Ocurre que, como ha sostenido FINNIS, los defensores del “matrimonio homosexual” silencian la cuestión de por qué tal “matrimonio” debería ser entre *dos* personas, y no podría ser entre tres, cuatro, cinco o más individuos¹⁴.
- Por su parte, Lynn D. WARDLE , Vicepresidente de la internacional Family Law Association, explica claramente cómo **el intento de legalizar el matrimonio homosexual constituye un peligroso ataque a la institución básica de nuestra sociedad que es el matrimonio¹⁵.** Dicho autor explica que redefinir al matrimonio para incluir a las uniones de personas del mismo sexo alteraría los comportamientos, expectativas sociales y el mensaje moral asociados con el matrimonio. Si el matrimonio homosexual se legaliza los comportamientos propios de relaciones homosexuales transformarían pronto la institución del matrimonio, debilitándola.
- Con relación a lo dicho en el punto anterior, en efecto, la definición de matrimonio es una materia importante y refleja las expectativas que la sociedad de-

posita en dicha relación. Para proteger a los vulnerables, incluyendo los niños, a los adultos que invierten la mayor parte de su vida en sus familias y a las personas que dependen del afecto proporcionado por esas familias, **es necesario preservar la claridad del mensaje que el modelo matrimonial refleja a la sociedad y la intangibilidad de los valores familiares que de él se derivan.**

- La realidad, por otro lado, es que **pocos homosexuales se “casan” o quieren realmente casarse¹⁶.**

Debe subrayarse, por otro lado, que cuando el matrimonio falla, o cuando no se forman los matrimonios, sufren los niños, mujeres, varones y la sociedad entera. Y ya hemos indicado que las uniones homosexuales son inmensamente menos duraderas que las uniones heterosexuales. En este sentido, un estudio de Estados Unidos realizado por la National Association for Research and Therapy Homosexuality (NARTH) demuestra que la estabilidad de la relación sentimental homosexual es mínima, y la promiscuidad muy alta:

- el 28 por ciento de los homosexuales estudiados de una muestra de 600 habían tenido 1.000 o más compañeros sexuales;
- el 15 por ciento entre 100 y 249; el 9 por ciento entre 50 y 99;
- y un solo compañero sólo se daba en tres casos.
- De estos 600 homosexuales la mitad tenía menos de 35 años.

Por lo dicho, existe un error difundido de no identificar al matrimonio con sus aspectos sustanciales, como la estructura de unión con propiedades de exclusividad y permanencia, fines de bien de los cónyuges y procreación, sino con los aspectos formales. Esto es lo que pareciera que se reclama al pedirse el matrimonio homosexual: se reclama el matrimonio más por sus aspectos formales que sustanciales. En este sentido, el fallo de la Jueza Seijas del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires *in re* "F.A. c. GCBA s/amparo" (2009) demuestra esta idea, ya que describe al matrimonio meramente como un signo de respeto social, por un lado, y el título atributivo de ciertos beneficios, por otro lado, y no percibe la dimensión institucional del mismo ya expresada, con derechos y obligaciones que para los cónyuges se derivan del mismo. Y nadie puede negar que el matrimonio, para el Derecho y la sociedad argentina, representa mucho más que “las ventajas y el reconocimiento que conlleva”.

En consecuencia de lo anterior, puede decirse que el matrimonio involucra y afecta directamente al tejido social, en virtud de esto reviste un interés público relevante: en su diseño social está comprometida la organización o desorganización de la sociedad. Siendo así las cosas, no existen razones atendibles para modificar dramáticamente una institución que ha vertebrado la sociedad multiseccularmente, y que en

concreto ha servido a la Nación por 200 años, coadyuvando a formar su específica identidad cultural.

1.5. Breve indagación sobre las posibles causas y consecuencias de la homosexualidad

Como se ha dicho en el apartado anterior, resulta evidente que **el “matrimonio” homosexual se contrapone abiertamente a los presupuestos biológicos y antropológicos del matrimonio**. No permite el desarrollo de la complementariedad espiritual, física y psíquica de los esposos dado que, justamente, se trata de unión de personas del mismo sexo. El uno no puede dar al otro lo que la naturaleza reclama.

Pero si esto es tan claro ¿por qué entonces un hombre desea unirse con otro hombre o una mujer con otra mujer?

- La respuesta podría provenir del hecho de que, tal como lo afirma la National Association for Research and Therapy of Homosexuality (NARTH), asociación de psiquiatras de Estados Unidos, **la homosexualidad implica un desarrollo inadecuado de la personalidad**. Un fenómeno con **causa multifactorial** (resultado de la interacción entre rasgos innatos, influencias familiares, del entorno social, estilos de vida y comportamientos elegidos, entre otros) que, en general, presenta perfiles psicopatológicos¹⁷.
- Por otro lado, uno de los fenómenos que se presenta en personas homosexuales es el de la **comorbilidad**, que es el estado en que dos trastornos diversos coinciden sincrónicamente en una misma persona, en ocasiones con grados de implicación respectiva entre ellos. Los trastornos de comorbilidad más frecuentes que se dan en homosexuales van desde la depresión grave al consumo de drogas y los trastornos de personalidad grave.

Frente a estos **datos científicos**, se ha intentado probar que la homosexualidad es genética o innata, y no una alteración de la personalidad. Los estudios más relevantes sobre este punto son el del Dr. Simon LEVAY, el de los Dres. J. Michael BAILEY y Richard PILLARD, y el del Dr. Dean HAMER. Sin embargo ninguno de ellos logró probar que la homosexualidad se produzca por una diferencia o alteración genética. A continuación los describe brevemente esos estudios.

- Los estudios realizados por **LeVay (1991)**¹⁸ mostraron que encontró sutiles pero significativas diferencias entre la estructura cerebral de los homosexuales activos y de los heterosexuales. Detectó una agrupación de células en el hipotálamo conocidas como INAH-3. Esto llevó a suponer que la orientación sexual tiene un sustrato biológico. Sin embargo LeVay publicó otro artículo en 1993 en *Science Magazine* afirmando que sus hallazgos no probaban que la homosexua-

lidad es genética, porque sus investigaciones fueron realizadas en adultos que fueron sexualmente activos por un período considerable de tiempo, y esos resultados no permitían diferenciar si había diferencias estructurales presentes al nacer o si surgieron en la vida adulta como resultado de la conducta sexual¹⁹. Como es conocido el cerebro cambia y se ajusta al comportamiento, y, en el caso de este estudio, específicamente a la conducta sexual. Así, cuando alguien realiza un acto particular repetidamente, ciertos circuitos nerviosos en el cerebro son fortalecidos. Como el cerebro es un órgano físico, cuando estos circuitos nerviosos son fortalecidos, se reflejan en la química del cerebro. Estudios como el de LeVay sólo demuestran lo que la ciencia ya sabe sobre el cerebro²⁰.

- **Bailey y Pillard (1991)**²¹ se plantearon estudiar si la homosexualidad es genética analizando gemelos idénticos. Partieron de la hipótesis de que si compartían el mismo código genético, deberían tener actitudes idénticas hacia la homosexualidad. Sin embargo, no pudieron establecer esto. Su estudio probó que, cuando un mellizo era homosexual, había aproximadamente una probabilidad de 50/50 de que el otro fuese también homosexual. No obstante, esta probabilidad es más bien atribuible a la influencia de la cultura circundante y a la del otro gemelo. Como el Dr. Byrd señala: “El único punto esencial que emerge de la investigación de Bailey y Pillard realmente probó que las influencias ambientales juegan un fuerte papel en el desarrollo de la homosexualidad”²².
- Mucha gente equivocadamente cree que el **Dr. Dean H. Hamer (1993)** descubrió el “gen gay”²³. Su investigación de DNA enfocó un pequeño trecho del cromosoma X en la posición Xq28. Después de analizar esta secuencia en cuarenta pares de hermanos homosexuales. Sus hallazgos fueron mal interpretados como prueba de que la homosexualidad es genética y hereditaria. Sin embargo, como el mismo Dr. Hamer afirmó:

“El linaje no produjo lo que originalmente esperábamos encontrar: simple herencia Mendeliana. De hecho, nunca encontramos una sola familia en la cual la homosexualidad estuviese distribuida en el obvio modelo que Mendel observó en sus plantas de guisantes”²⁴.

Neil Whitehead, doctor en bioquímica, intentó replicar el estudio, y afirmó en base a sus investigaciones que la homosexualidad no es innata, no está dictada genéticamente y no es inmutable²⁵.

Dado el **fracaso de estas investigaciones**, debe concluirse que, al menos por el momento, **las explicaciones biológicas son insuficientes para aclarar el fenómeno homosexual. No hay ningún estudio científico que avale que la homosexualidad es genética.**

Por otra parte, **numerosos estudios demuestran que las prácticas homosexuales y el modo y número de llevarlas a cabo son decisivamente más riesgosas que las prácticas heterosexuales en cuestiones centrales que inciden en la vida matrimonial.** Así, existe un dramático aumento del porcentaje de incidencia de algunas enfermedades entre homosexuales activos, con relación a su impacto entre heterosexuales, y una elevadísima cantidad de parejas por año entre homosexuales, con escasa cantidad y duración de parejas estables:

- Puede resumirse aquí que **las enfermedades transmitidas por las prácticas sexuales corrientes en las personas homosexuales activas hacen que el promedio de expectativa de vida sea 20 años menor a la de personas heterosexuales**²⁶. En efecto, muchos homosexuales mueren jóvenes o en la temprana adultez como consecuencia de su estilo de vida, por lo que ha sido señalado que el estilo de vida no es saludable²⁷.
- En cuanto a la estabilidad de sus relaciones, los números son extraordinariamente diferentes entre heterosexuales y **homosexuales, donde está demostrado la alta infidelidad, poca inclinación a formar parejas estables**, y altísimo número de parejas entre homosexuales activos, que, según distintos estudios, lleva a un promedio de cincuenta parejas por año, de cien, o a promedios de entre cien y mil parejas a lo largo de la vida, etc.²⁸, y numerosas investigaciones muestran que la promiscuidad es extendida entre la población homosexual y es entendida por los *gay* como un estilo de vida²⁹.
- Una revisión de más de mil artículos de la literatura médica sobre gays y lesbianas realizada por Huges (2006)³⁰, además de apoyar lo expuesto sobre promiscuidad y dificultades psíquicas, mostró que el 75% de los homosexuales son portadores del HIV+, y que muchos otros tienen sífilis, infecciones genitourinarias y carcinomas anales, entre otras varias enfermedades, en una proporción sensiblemente mayor que los heterosexuales.

1.6. Conclusión: la unión entre personas del mismo sexo no puede ser denominada matrimonio, y la equiparación es irrazonable, inútil y profundamente injusta

Todo lo anterior implica que **la homosexualidad no puede identificarse con la realidad matrimonial dado que, justamente, no se condice con el desarrollo integral de la personalidad y con la complementariedad de los sexos.** Por ello **el trato homosexual no constituye matrimonio ni es apto para fundar una familia.** Se trata de una convivencia –estable o no; exclusiva o no– entre dos personas adultas y capaces del mismo sexo, que queda **exenta de la regulación jurídica y dentro de la inmunidad de**

las acciones privadas amparadas en el art. 19 de la Constitución Nacional, con los recaudos exigidos.

Debe reconocerse la dignidad de las personas homosexuales, pero ello no implica admitir la equiparación de la homosexualidad con la heterosexualidad y menos aún que ambas realidades puedan ser englobadas bajo el concepto de matrimonio.

El Derecho protege el matrimonio por la función social que cumple, por ser el ámbito donde se desarrolla la complementariedad de las personas y donde se asegura la procreación y el recambio generacional, bienes fundamentales para el Estado. En este sentido, la Corte Suprema estadounidense ha sostenido que **el matrimonio “es uno de los ‘derechos civiles básicos del hombre’, fundamental para nuestra propia existencia y sobrevivencia”³¹**, y que es “la más importante relación vital”, **“una institución cuyo mantenimiento en puridad interesa profundamente a la comunidad, pues es el fundamento de la familia y de la sociedad, sin el cual no habría civilización ni progresos”³²**. Por tanto, en virtud de que el Estado protege al matrimonio por su especialísima función social, **no puede, sin dañar gravemente aquello que debe proteger, conferir estatuto matrimonial a una realidad a la que le faltan sus características esenciales.**

Por eso, conferir estatuto matrimonial a una unión homosexual es absurdo e injusto:

- En efecto, en virtud de lo expuesto, **llamar matrimonio a la unión de dos personas del mismo sexo es tan absurdo como intentar designar como “compraventa gratuita” a lo que en realidad es una donación.**
- **Si para designar realidades diversas utilizamos un mismo nombre entonces entraremos en una cadena de errores que se multiplicarán exponencialmente.** Es que si matrimonio es **cualquier realidad ajena a sus presupuestos intrínsecos, amparada sólo por la libertad indeterminada de una voluntad exenta**, entonces por qué no hablar de la posibilidad del matrimonio edípico, o de matrimonio fraternal; o de matrimonio poligámico o poliándrico; o de matrimonio poliamor y grupal; o hasta del matrimonio con animales y aún con uno mismo (como el caso de Liu Ye de Zhuhai, chino de 39 años que realmente se amaba demasiado y armó su propia “boda” con más de cien invitados).

Llamar matrimonio a la unión legal de dos personas del mismo sexo es, como se dijo, además de absurdo, **injusto, inútil e inconveniente.**

- **Injusto**, porque el matrimonio, intrínsecamente heterosexual, tiene de hecho una larguísima y fructífera trayectoria, mientras que las parejas del mismo sexo —hayan sido reconocidas por la ley o no— no han demostrado su eficacia para perpetuar y educar a los integrantes de la sociedad —fines sociales estratégicos—.

cos—, a diferencia de cómo sí lo ha hecho históricamente el matrimonio, y, como se ha visto, y como luego se verá, son llamativamente lábiles y cambiantes y generan perjuicios gravísimos a los mejores que se crían con ellas.

- **Inútil**, porque aunque se llame matrimonio a una unión homosexual, ello no la hará cumplir con los fines sociales estratégicos del matrimonio, que es una institución espontánea y ecológica.
- **Inconveniente**, dado que se dará aptitud para adoptar a uniones de personas del mismo sexo, con serias dificultades y daños a los menores desamparados.

Por eso, **se dan graves injusticias e inconveniencias cuando un legislador o un juez dice que “las personas del mismo sexo pueden casarse”, pues implícitamente está afirmando lo siguiente:**

- (i) que se trata de una **unión tutelada y preferida por el Estado;**
- (ii) que esa unión es **conveniente para el fin de la sociedad;**
- (iii) que esa unión es **un modelo imitable;**
- (iv) que **no hay una sola forma de matrimonio;**
- (v) que la unión especialísima del matrimonio, que es heterosexual, **no es en absoluto especial;**
- (vi) que todos los esposos y esposas heterosexuales y sus hijos **verán trastornadas las condiciones y efectos de su vínculo recíproco.**

Se trata todo de cosas que, como ya hemos visto, resultan erróneas. El legislador, al tomar postura, deberá identificar **qué unión merece un reconocimiento estatal calificado y por qué, como ha hecho multiseccularmente y en todo ámbito geográfico con el matrimonio y la familia**, y diferenciarla claramente en nombre y estatuto de otros tipos de uniones que no revisten interés público.

PARTE II

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y ADOPCIÓN

2. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES NO SÓLO NO AVALAN NI EXIGEN EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, SINO QUE APROBARLO SERÍA INCONSTITUCIONAL

RESUMEN:

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, que tienen carácter de Derecho imperativo, entienden al matrimonio como un vínculo entre varón y mujer. Ello se deriva de una interpretación tanto gramatical, como sistemática y finalista de diversas cláusulas de la Constitución y de los tratados internacionales. Esa interpretación ha sido, también, confirmada por diversos tribunales internacionales y extranjeros, entre los que se destaca la Corte Europea de Derechos Humanos.

Por ende, la institución del matrimonio así entendida, es decir, únicamente entre varón y mujer, es la única realidad posible que no viola esas cláusulas constitucionales e internacionales. Por lógica consecuencia, el matrimonio limitado a parejas de distinto sexo no viola el derecho a casarse de las personas con el mismo sexo, pues no tienen derecho a casarse en esas circunstancias.

Aprobar una ley que iguale la unión de parejas del mismo sexo al matrimonio de parejas de distinto sexo le haría perder las características propias a éste. Por eso, importaría violar normas constitucionales y normas internacionales con jerarquía constitucional, y la ley sería inválida.

2.1. Planteamiento: la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional sólo tutelan el derecho a contraer matrimonio entre varón y mujer, y por eso el Proyecto es inconstitucional

La Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional **tipifican al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y, por ello, es inconstitucional una reglamentación infraconstitucional (como es el Proyecto de Ley que se pretende aprobar) que desconozca esta realidad.**

Si bien es cierto que nuestra Carta Magna no contiene un artículo específico en donde se refiera al matrimonio de manera expresa (tal y como lo contienen otras constituciones, como la española, que en su artículo 32.1 indica que “(e)l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”), su conceptualización se deriva fácilmente de dos plexos de cláusulas constitucionales: (i) la que incorpora ciertos tratados internacionales que reconocen el derecho a casarse (art. 75, inc. 22, C.N.) y (ii) las que hacen alusión a la familia (art. 14 bis, 73, inc. 19 y 23, etc., C.N.).

Como se verá a continuación, una interpretación tanto gramatical, como sistemática y como finalista del sistema constitucional impone la conclusión de que **el matrimonio reconocido constitucionalmente es la unión entre un hombre y una mujer y no entre un hombre con otro hombre o una mujer con otra mujer.**

En primer lugar, debe repararse en que el cuerpo de la Constitución prevé el derecho a “casarse conforme a las leyes”. Lo hace en el art. 20, dedicado a los derechos de los extranjeros que vengán a habitar el suelo nacional. Se les recuerda a los extranjeros que tienen varios derechos..., pero al llegar al derecho a testar y a casarse, se les dice expresamente que será conforme a nuestro orden público, que tenemos una idea clara de familia y que deberán amoldarse a ella. **Es evidente que el constituyente originario dio a la institución matrimonial, constituida por un varón y una mujer, una relevancia especial, porque invita a venir al país a los inmigrantes, a la parte que instaura un valladar a los extranjeros: que el casamiento que puedan hacer aquí sea conforme al orden público interno argentino, que defiende la familia fundada en un matrimonio heterosexual y monogámico.** De esta manera, ante el flujo migratorio de todo el mundo, el constituyente quiso evitar que ninguno hubiera podido decir, ni podría ahora decir, que tiene “derecho a casarse de acuerdo a sus preferencias”; por el contrario, tiene derecho a casarse siempre que cumpla con los requisitos esenciales que las leyes del país, que la configuración de nuestra sociedad, le exigen, entre los cuales es evidente que se encontraba, y se encuentra, los requisitos nombrados de monogamia y heterosexualidad. Y esto, como se verá, está ratificado por nuestro último constituyente, el de 1994, que quiso darle rango constitucional a varios tratados que expresamen-

te aclaran aquello implícito en el art. 20 de 1853: que el matrimonio es monogámico y heterosexual.

Independientemente de que se sostenga que la Constitución Argentina entiende al matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, lo cierto es que aún aceptando la ausencia de una definición constitucional concreta, por lo expuesto, a lo que deberán sumarse la protección integral de la familia y lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos, **el legislador nunca podría cambiar por una simple ley el contenido de los derechos y de las relaciones humanas básicas mediante la alteración radical de los conceptos.** Y, como se ha visto en la Parte I, el concepto de matrimonio responde a una realidad antropológica y social preexistente que indica sin lugar a dudas que el matrimonio tiene como una de sus características principales el carácter heterosexual de la unión. Es que, tal como lo ha indicado el Consejo General del Poder Judicial de España en su informe sobre la reforma de 2005 del Código Civil sobre el tema:

“(E)stamos ante un instituto central en la vida social y en la relación humana; instituto basado en realidades antropológicas obvias y variadas pero que en lo que ahora interesa se basa en la diferencia de sexos, su complementariedad, en la avocación del ser humano a la vida en común, al desarrollo de la descendencia, en aglutinar ese núcleo de convivencia básico que es la familia, etc. Lo dicho no responde a una opción ideológica, sino a la simple constatación de una realidad antropológica; abundar sobre tal extremo se reputa innecesario, repetimos, por su obviedad”.

“La ley puede y debe fijar la forma del matrimonio, los derechos de los cónyuges, las causas de separación y hasta la edad, pero **no puede alterar el concepto mismo de matrimonio. Y llamar matrimonio a la unión de personas del mismo sexo es un cambio radical, como lo sería llamar matrimonio a la unión de más de dos personas, o la unión sometida a un plazo de un año, tras el cual se produjera la disolución automática, etc.** (...). Además, admitir que el legislador puede hacer tales cambios en el contenido de los derechos supone, en realidad, admitir que el legislador adopte decisiones propias del poder constituyente, lo que es ir mucho más allá de la adaptación de la Constitución a la realidad social”³³.

Analicemos detenidamente cada uno de estos argumentos.

2.2. El derecho a casarse consagrado en los tratados implica que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer y, por ende, no hay posibilidad de dar reconocimiento al “matrimonio” homosexual

Varios de los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, de la misma, **al reconocer el derecho a casarse tipifican a la relación matrimonial como la unión entre varón y mujer**. En este sentido, se pueden mencionar los siguientes:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948):**

Art. 16, inciso 1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

- **Pacto de San José de Costa Rica (1969):**

Artículo 17. Protección a la familia, inc. 2: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

- **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:**

Artículo 16, inc. 1, punto g): Se reconoce “los mismos derechos personales como marido y mujer” a exigir de parte del Estado la igualdad de condiciones entre el varón y la mujer en el matrimonio.

Conforme explica Graciela Medina, afamada civilista, Camarista federal y abogada asesora de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), una **interpretación integradora** de las convenciones de derechos humanos antes mencionadas, **“sólo permite concluir que el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer”**:

“De no ser así, carecería de sentido la mención de hombre y mujer en las normas que establecen el derecho a casarse, ya que bastaría con afirmar que todos tienen derecho a casarse.

La mención de “hombre y mujer” en el derecho a contraer matrimonio en todas las Convenciones, sólo permite interpretar que este derecho es concebido como un derecho para ser ejercido entre dos personas de sexo diferente”³⁴.

En ese sentido, aquella autora ha criticado severamente a las sentencias que a fines de 2009 autorizaron casamientos entre personas del mismo sexo por entender

que el Código Civil era inconstitucional a ese respecto. Lo hizo en los siguientes términos:

“El magistrado que dictó la sentencia autorizando el matrimonio de dos hombres conocía perfectamente el reducidísimo número de países que aceptan el casamiento de dos hombres o dos mujeres. [...] De aceptarse esta posición salvo 7 países en el mundo, todos los demás que han legislado sobre el tema estarían en violación de los pactos humanos que han suscripto. Violación que no se ha planteado ni ante la Corte de Derechos Humanos de Europa, ni ante la Corte de San José de Costa Rica [...]”³⁵.

En efecto, cuando las Convenciones no quieren establecer una diferenciación en cuanto al sexo, directamente utilizan la expresión “toda persona”, o “todos”, y no “hombre (marido) y mujer”. Así, por ejemplo el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 1º establece que “los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a **toda persona**”. El artículo 11 dice “toda persona tiene derecho al respeto a su honra...”; el artículo 12 dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad...”, el artículo 13 dice “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento...”; el artículo 14 estatuye que “toda persona afectada por informaciones inexactas...”; el artículo 16 dice “todas las personas tienen derecho a asociarse”... Sin embargo, el artículo 17 abandona el sintagma “toda persona” para decir con claridad que **“se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”**. **Es decir que el matrimonio a que se tiene derecho es sólo una unión heterosexual, quedando excluido un supuesto derecho al matrimonio homosexual**, ya que:

“(...) cuando el derecho es de toda persona, sin distinción de sexo, la Convención usa la palabra persona; en cambio, cuando quiere distinguir el sexo dice hombre y mujer. De no ser así, la Convención diría toda persona tiene el derecho a casarse; sin embargo no lo dice sino que aclara que el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse”³⁶.

Por ello, la mención de “hombre y mujer” en el derecho a contraer matrimonio en todas las Convenciones, sólo permite interpretar que este derecho es concebido como un derecho para ser ejercido entre dos personas de sexo diferente.

Por otro lado, una **interpretación lógica gramatical**, que se atiene al sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico, como ha pedido nuestra Corte Suprema³⁷ lleva también a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual. Es que, tal como afirma Medina,

“¿Cuál sería el sentido de mencionar a los dos sexos, únicos existentes, si no se los quisiera relacionar entre sí para contraer matrimonio? Ninguno. ¿Para qué mencionar a hombre y mujer, en el derecho a contraer matrimonio sino es para indicar que el matrimonio debe ser celebrado entre ellos? La enumeración tendría sentido si existiera otro género humano; por ejemplo, si en el mundo existieran hombre mujer y androide, y en el artículo que menciona el derecho a casarse sólo se enumerara a los dos primeros, querría decir que se pretende excluir al tercero.

Una enumeración de dos géneros unidos mediante preposición “y”, que no es excluyente porque no hay nadie a quien excluir, que está realizada en una convención de derechos que es otorgada a todas las personas, **debe lógicamente ser entendida como referida al matrimonio heterosexual**”³⁸.

La autora también afirma que,

“(p)artiendo de esta concepción de la interpretación gramatical debemos determinar cual es el sentido a dar al término matrimonio, al que hacen referencias las convenciones de derechos humanos.

Todas las definiciones de matrimonio conocidas hasta ahora aluden a la unión de hombre y mujer”³⁹.

Y, luego de citar a BORDA, PRAYONES, MAZZINGUI, GANGI, ZANNONI y el *Diccionario de la Real Academia Española* (todos en el sentido de que el matrimonio se refiere a la unión entre dos personas de distintos sexo), Medina que, como se ha dicho, **es asesora jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina**, entidad interesada directamente y promotora de la ley en discusión, concluye que,

“(…) partiendo de una interpretación gramatical, ya sea en sentido técnico o vulgar, de la norma se concluye que **el derecho a casarse otorgado al hombre y a la mujer es el derecho a casarse entre ellos**”⁴⁰.

Por último, una **interpretación finalista** también lleva a concluir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo. Tal como explica Medina,

“(…) por un lado, la interpretación debe ser vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción y con la ocasión en que fue dictada, es decir se trata de la investigación de la *ratio* y de la *ocasio legis* con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición. El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación, del cual el intérprete no se debe desvincular.

Con relación a la primera cuestión lo que debemos determinar es cuál es el fin tenido en cuenta por los tratados cuando consagran el derecho a casarse. Creemos indiscutible que **cuando se regula sobre este derecho humano no se tienen en cuenta los fines subjetivos de los individuos que pretenden contraerlo, sino que se tiene en cuenta un fin último del matrimonio, que no tiene su origen en la voluntad del hombre sino en un fundamento objetivo.**

La finalidad del derecho a casarse se enraíza con los fines esenciales del matrimonio y estos son la procreación y la educación de los hijos con roles diferenciados. Desde esta interpretación del derecho a casarse, entendemos que **los fines esenciales del matrimonio, que distinguen a esta institución de cualquier otra, no pueden ser alcanzados por dos personas de igual sexo y, por ende, consideramos que cuando se alude al derecho a casarse se piensa en que solo pueden hacerlo quienes pueden cumplir con los fines que constituyen la esencia de la institución, es decir dos personas de diferente sexo**⁴¹.

Como señala Medina, personas homosexuales no pueden cumplir con los fines del matrimonio no sólo porque no pueden asumir los fines procreacionales,

“(…) sino tampoco pueden educar hijos brindando una imagen paterna y materna diferenciada, que es lo óptimo que requiere un niño. Puede que un niño se forme bien en una familia monoparental. Pero lo que no está probado para el interés del menor es que sea óptimo que tenga dos padres o dos madres⁴².

En este sentido es claro que:

“(…) (e)n la faz teleológica del derecho a casarse no podemos interpretar el derecho partiendo de las elecciones vitales de cada individuo, ni de sus personales proyectos de vida por muy respetables que estos sean, porque es tanta la diversidad de deseos e intereses que llevan a casarse que sería imposible hablar de un derecho a casarse a partir de los fines individuales. Necesariamente ha de tenerse en cuenta la esencia del instituto, que reitero, no se encuentra en la voluntad de sus miembros, sino en la naturaleza de la institución matrimonial⁴³.

En síntesis, **el derecho a casarse contenido en los instrumentos supranacionales permite sostener que la Constitución Nacional –integrada por las cláusulas convencionales expresamente reconocidas– delimita al matrimonio como la unión de personas de distinto sexo, y por eso el impedimento de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no importa violación alguna al derecho a casarse, y si el legislador instrumentara al matrimonio homosexual violaría la Ley Fundamental.**

2.3. Según el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación del Tribunal Europeo, no existe el derecho al matrimonio homosexual ni a que tales uniones adopten menores

A mayor abundamiento, se debe destacar que al igual que los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) posee una norma que hace referencia al derecho de todo hombre y mujer de contraer matrimonio. Su artículo 12 dice:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

En base a dicha norma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo. Conviene señalar que se trata del tribunal internacional más importante en materia de derechos humanos. Los principales casos de este tribunal versaron sobre pedidos de transexuales que, luego de realizadas las cirugías pertinentes, solicitaron contraer matrimonio, el cual en Derecho interno les fue denegado de conformidad a la legislación local por referir éstas a la unión entre varón y mujer.

La jurisprudencia del TEDH ha sentado las siguientes interpretaciones:

- **el derecho “a casarse” que se tutela en el CEDH es el derecho del varón a casarse con la mujer, y el de ésta a casarse con aquél;**
- **el derecho a “fundar una familia” no implica el derecho “a adoptar”, con independencia de las regulaciones nacionales que razonablemente se establezcan.**

El primer antecedente es *Marckx v. Belgium* (1979)⁴⁴, en donde el TEDH resolvió que no se deriva del citado artículo 12 que los efectos legales del matrimonio deban aplicarse a situaciones comparables al matrimonio.

Más detalladamente y con posterioridad, el TEDH resolvió diversos casos donde se demandó al Reino Unido por violación del derecho a contraer matrimonio de transexuales con personas de su mismo sexo biológico. Esos precedentes fueron *Rees v. United Kingdom* (1986)⁴⁵, *Cossey v. United Kingdom* (1990)⁴⁶ y *Sheffield y Horsham* (1998)⁴⁷. La respuesta del TEDH en todos ellos fue que la regulación efectuada por Reino Unido no era violatoria del Convenio Europeo y que el art. 12 invocado por los demandantes sólo se refería al matrimonio heterosexual, es decir, a la unión entre varón y mujer.

Por otro lado, en *Fretté v. Francia* (2002)⁴⁸, el Tribunal sostuvo que no existía “como tal, un derecho a adoptar”. Con relación a esto el único derecho protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 9, era el derecho al respeto de la vida familiar. Éste presuponía la existencia de una familia, por lo que no podía,

por sí mismo, “proteger el simple deseo de fundar una familia”. En consecuencia, la decisión de Francia de prohibir las adopciones por homosexuales era una manera adecuada de tutelar los intereses del niño.

En síntesis, **el TEDH ha entendido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no consagra un derecho humano al casamiento entre personas del mismo sexo y que el no legislarlo no constituye una omisión de regulación que viole el tratado internacional. Asimismo, el TEDH ha interpretado que no hay un derecho a adoptar por parejas del mismo sexo que pueda estar tutelado por los arts. 9 o 12 CEDH.**

2.4. La naturaleza del matrimonio impide legalizar el “matrimonio” homosexual, y hacerlo le haría perder sus caracteres jurídicos identificatorios

Por otra parte, aún cuando se interprete que de las cláusulas antes descriptas nada se infiere acerca del carácter heterosexual del matrimonio, hay espacio constitucional para sostener sin mayor explicación que el matrimonio regulado en nuestra ley de fondo responde al que obra en la naturaleza y la conciencia general, esto es, el contraído entre dos cónyuges, sin que hiciese falta que el constituyente lo hubiere explicitado.

En efecto, aún pese a la hipotética inexistencia de límites constitucionales, los institutos jurídicos siempre tienen un contenido del que se parte para toda regulación, sin que el legislador, pese a poder, deba alterarlo haciéndoles perder su reconocibilidad jurídica. Por ello es que:

“(…) moviéndonos en la probabilidad de que el matrimonio sea una figura cuya «configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario», la cuestión radica en determinar si al no fijarse «más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza», dicho núcleo o imagen maestra, en este caso, del matrimonio, resulta reconocible con la reforma analizada”⁴⁹.

Ahora bien, como ya hemos expresado, el concepto de matrimonio responde a bases biológicas, antropológicas y sociales específicas que hacen que el matrimonio y las uniones homosexuales sean realidades diferentes. Esto se describe muy bien en el citado *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, realizado por el Consejo General del Poder Judicial de España, según el cual **el matrimonio y las uniones homosexuales se diferencian naturalmente por (i) razones de estructura, (ii) por su funcionalidad social, (iii) por su número y (iv) por su estabilidad.**

- **Por razón de su estructura:** una está compuesta por personas de distinto sexo, y otra por personas del mismo sexo.

- **Por su funcionalidad social:** las uniones heterosexuales son estructuralmente fecundas, mientras que las uniones homosexuales son estructuralmente estériles. Esto quiere decir a su vez que las uniones heterosexuales son socialmente relevantes, en la medida en que de ellas depende la continuidad de la sociedad a través del nacimiento de los nuevos ciudadanos.
- **Por su número:** pues el de las uniones homosexuales es muy poco significativo.
- **Por su estabilidad:** pues de acuerdo a como se ha explicado anteriormente, la probabilidad de ruptura en parejas homosexuales es muchísimo más alta que la de los matrimonios heterosexuales.

Asimismo, tal como se explicado en el punto anterior, la historia, la legislación y la doctrina, entienden al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Y se puede no compartir esa visión y querer cambiarla, como se pretende con el proyecto de ley en análisis:

“(...) pero entonces se está afectando a la imagen maestra del matrimonio y con ello, se infringe la garantía que el ordenamiento jurídico brinda a todo instituto que recoge y regula”⁵⁰.

En síntesis:

“Si el dato de la heterosexualidad se ha dado como evidente, obvio, consustancial es algo que, guste o no, debe tener una razón, un alcance y significado. (...). (H)ay que insistir en que a lo largo del tiempo habrán cambiado las formas de matrimonio, los requisitos para contraerlo; habrá diferencias en cuanto a su naturaleza, se habrán diseñado figuras jurídicas basadas en la aproximación analógica al matrimonio (uniones de hecho), etc., pero **lo que siempre permanece es su carácter heterosexual, de ahí que una reforma que afecte a este núcleo identificador conllevaría el riesgo de modificar una institución jurídica hasta el extremo de hacerla perder su reconocibilidad en Derecho**”⁵¹.

2.5. Conclusión: el proyecto es inconstitucional por ir contra la realidad del matrimonio y por violentar la protección de los tratados de la heterosexualidad del matrimonio y la libertad de conciencia

Si bien, la Constitución en su articulado no define expresamente qué es el matrimonio, como se dijo, su conceptualización puede extraerse sin mayores dificultades de los tratados internacionales incorporados a la constitución, así como de las cláusulas constitucionales referidas al derecho a casarse (art. 20) y a la familia, que seguidamente veremos.

De la interpretación sistemática, gramatical y finalista de los textos constitucionales aludidos se puede concluir que el constituyente argentino ha conceptualizado y entiende que cuando reconoce y protege el matrimonio lo hace como unión de un hombre con una mujer.

En este sentido, **la primera razón para entender inconstitucional la reforma legislativa es, justamente, que la misma alteraría de forma sustancial el dato de heterosexualidad establecido expresamente en los tratados internacionales de derechos humanos e implícitamente en el articulado de la propia Constitución.**

Por otra parte, con independencia de las cláusulas descriptas, hay espacio constitucional suficiente para sostener que **el matrimonio receptado en nuestro Derecho supremo es el heterosexual, que responde al sentido que obra en la realidad de las cosas y en la conciencia general, esto es, el contraído entre un hombre y una mujer, sin que hiciese falta que el constituyente lo hubiere explicitado.** Si esto no fuera así, sería tan constitucional la aprobación del matrimonio homosexual, como el poligámico, como el incestuoso, como el con la propia persona.

Las uniones homosexuales no tienen cabida dentro del concepto de matrimonio, salvo que, como señala Medina, civilista de nota y abogada de la Comunidad Homosexual Argentina:

“(...) a) cambiemos el concepto del matrimonio; b) cambiemos los fines del matrimonio; c) transformemos el matrimonio en un instituto diferente.

Si ello ocurre, habrá que variar todo el régimen de protección al matrimonio porque **el régimen actual está pensado sobre la base de un instituto que es la unión de un hombre y una mujer, que tiene entre sus fines la procreación y la educación de la prole, y entre sus requisitos la diversidad de sexo”⁵².**

Es decir, **si el legislador elige aprobar el matrimonio homosexual, habrá transmutado totalmente el concepto y los caracteres de la institución del matrimonio, fundamento de la familia, y habrá violado así, siendo inválida la norma que se apruebe, la Constitución Nacional, que protege a esa familia, y los tratados internacionales, que protegen el matrimonio como unión de varón y de mujer.**

3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA FAMILIA Y EL INTERÉS DEL NIÑO IMPLICAN QUE EL MATRIMONIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO ES NECESARIAMENTE HETEROSEXUAL

RESUMEN:

No existe el derecho constitucional al matrimonio homosexual, porque el derecho al matrimonio presupone la existencia de bases familiares (esposo, esposa, padre, madre, hijo, hija) que están ausentes en la unión homosexual. Por eso el art. 14 bis de la Constitución, que impone a los poderes públicos la protección integral de la familia, no protege el simple deseo de fundar una familia al margen del bien humano y los bienes sociales. Dar carácter matrimonial a la unión homosexual desvaloriza a la familia y a la propia institución del matrimonio, y resultaría violatorio de los arts. 14 bis y 75, incs. 19 y 23, de la Constitución Nacional, junto a los concordantes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los cuales brindan expresa protección a la familia por parte de la sociedad y el Estado, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 16 y 25) y la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 17 y 19), entre otros.

De la misma manera, el interés superior del niño, de jerarquía constitucional en virtud de la Convención de Derechos del Niño, llevan a que no se pueda reconocer un derecho al matrimonio homosexual. La razón es que el carácter matrimonial de una unión implica por esencia tener la aptitud para adoptar. Pero una pareja del mismo sexo perjudicaría seriamente al niño, como se prueba en la siguiente Parte, en lugar de ir en pos de su interés superior. Ergo, toda unión homosexual no puede ser nunca un matrimonio, ya que esa unión no puede adoptar por imperativo constitucional, que pone el interés del niño como supremo. No existe el derecho constitucional a adoptar por parte de parejas del mismo sexo, sino que existe el derecho del niño a que se tutele su interés superior. En este sentido, hay que subrayar que no se trata de satisfacer el deseo de la pareja del mismo sexo de tener un niño, sino de dar el mejor hogar posible al menor en situación de desamparo.

Sumando el interés superior del niño a la obligación pública de proteger integralmente la familia, se puede ratificar que no sólo la unión matrimonial de parejas del mismo sexo no está exigida por la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos, sino que la misma es directamente inconstitucional.

3.1. Del artículo 14 bis de la C.N. se deriva que para proteger a la familia es necesario respaldar la exclusividad del matrimonio entre varón y mujer

Una interpretación sistemática y finalista de las cláusulas constitucionales referidas a la “familia” otorgan suficientes elementos para concluir que el constituyente siempre ha entendido al matrimonio (base de la familia) como la unión entre un hombre y una mujer.

El art. 14 bis reconoce a la familia como sujeto a proteger. Dicho sujeto tiene una identidad, que es la de una unión de dos personas de distinto sexo. **Esa unión además debe tener ciertas características por la misma realidad de las cosas, de las cuales la primera es la diversidad sexual.** Si dicho ente no posee sus características propias, es otra cosa. En caso de que sea una familia se les otorga las protecciones correspondientes, como son las compensaciones económicas familiares.

Para comprender correctamente los alcances de la cláusula que brinda protección integral a la familia incorporada en el artículo 14 bis de la Constitución y en los tratados internacionales, es necesario atender a las siguientes consideraciones:

- **La familia es concebida por la Corte Suprema como el núcleo natural y célula primigena de la sociedad,** como dijo en el caso *Ramirez*⁵³. La Corte concibe la familia como el *núcleo natural*. Y si hablamos de núcleo natural, la única posibilidad biológica y antropológicamente aceptable es concluir que el matrimonio deber ser entre hombre y mujer. Lo contrario sería interpretar forzando una solución reñida con la sana crítica, respetuosa de la propia naturaleza de las cosas. Así, en virtud del art. 14 bis la Corte ha protegido la familia dentro del matrimonio⁵⁴.
- **Por otra parte, se debe recordar que la reforma del 1994 complementó el art. 14 bis, receptado en 1957, al agregar en el art. 75, inc. 23, una especial protección al niño y a la madre.** Esta norma da nuevamente la pauta que se está entendiendo a la familia en el marco de un vínculo entre un hombre y una mujer.
- **La Constitución Nacional también recepta a las familias en el art. 75, inc. 19.**
- **Las familias también están protegidas constitucionalmente por los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.).** En efecto, dichos tratados internacionales de derechos humanos coinciden en prescribir que:

“(L)a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Así puede vérselo expresamente. en el art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- **También se trata unánimemente a la familia como una institución natural que debe ser defendida en las siguientes normas de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país:** Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. V y VI), Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (art. 19), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 8).

Y no se entiende cómo se puede pretender proteger la familia cuando se está introduciendo la posibilidad de desnaturalizarla totalmente, dado que se pretende introducir una realidad que, al decir de Medina:

“(...) no puede cumplir con el rol de educación de la prole, ni de transmisión de valores culturales. (...)”

Evidentemente, si los homosexuales pueden casarse, el matrimonio conceptualmente dejaría de ser lo que es, sus fines serían otros y lógicamente el Estado tendría una diferente protección ante él, puesto que dejaría de ser la célula básica de la sociedad”⁵⁵.

Tanto la definición de la Corte Suprema como la interpretación que da de la misma los tratados internacionales son justas y adecuadas, dado que resulta evidente que la familia es una institución basada en el modo de ser del hombre.

No existe, en consecuencia, el derecho al matrimonio homosexual, porque el derecho al matrimonio presupone la existencia de bases familiares (esposo, esposa, padre, madre, hijo, hija) que están ausentes en la unión homosexual, y por eso el art. 14 bis de la Constitución no protege las uniones homosexuales, ni el simple deseo de fundar una familia.

En síntesis, **existe una garantía constitucional de la familia, que siempre ha sido pensada y concebida por el constituyente como familia formada por una unión heterosexual, abierta a los niños.** A esto se suma la protección a la infancia que se prevé en la Constitución Nacional, con las cuales cabe deducir que el constituyente siempre pensó en la familia basada en la unión heterosexual. No se entendería de otra forma

que dicho precepto se refiera a “núcleo natural”, protección de “madres e hijos”, cosas que son lógicamente imposibles en las uniones homosexuales.

3.2. *Relación entre matrimonio, familia, bien social y Estado*

Con relación a estas ideas de la relación entre matrimonio, familia, bien social y Estado, conviene tener en cuenta lo siguiente:

- **La familia es una institución preexistente al Estado, que merece su reconocimiento y protección por parte de éste en función a los intereses públicos y consecuencias sociales que cumple.** Son interesantes las conclusiones de WARDLE a este respecto, quien demuestra que el matrimonio es la institución social más antigua: es literal e históricamente una institución pre-legal, anterior a la existencia del Estado. En efecto, mientras que las familias pueden existir sin el Estado, no puede predicarse lo mismo respecto de las uniones de personas del mismo sexo. Y por eso al matrimonio se vinculan intereses públicos y consecuencias sociales de la más alta trascendencia⁵⁶.

- Tal como explica MAZZINGHI:

“El hombre es inconcebible sin relaciones familiares. La criatura humana es en sí misma incompleta, en cuanto no puede realizar normalmente una de las funciones propias de los seres vivos -multiplicarse- sin la colaboración de una persona del sexo opuesto. De este ayuntamiento, nacido de la atracción mutua, física y psíquica, entre dos seres, surge con el advenimiento de la prole, un núcleo humano, una comunidad de personas, que, aún en las culturas poco evolucionadas, tiende a estabilizarse, a formar una sociedad permanente, sujeta a ciertas reglas”⁵⁷.

- **El matrimonio entre varón y mujer es el que mejor sirve a los intereses públicos y al bien común de la sociedad.** La unión de un hombre y una mujer es única, y radicalmente distinta a la unión de las parejas de mismo sexo. Particularmente, dicha unión es *per se* capaz de transmitir la vida y de servir al interés estatal comprometido en la procreación de la especie y de las nuevas generaciones de argentinos. Es decir que, si bien puede existir procreación fuera del matrimonio, la historia demuestra que las sociedades han buscado siempre proteger el vínculo existente, natural y culturalmente, entre el matrimonio y la procreación; porque de esa manera se sirve mejor a los intereses públicos relacionados con:
 - (i) la perpetuación de la especie;
 - (ii) la salud pública y la asistencia social;

- (iii) el vínculo entre la procreación y la responsabilidad sobre los hijos; y
- (iv) la protección del orden social promovido por la institución que sirve de mejor manera la interés estatal de reproducción responsable.
- Por lo expuesto, **la institución matrimonial contribuye a la sociedad de modo inigualable, y extender la protección legal a otras uniones que no sirven de igual manera a los intereses sociales mencionados sería injusto, y en todo caso, perjudicial**⁵⁸.
- **Existe un interés del Estado en promover el matrimonio heterosexual, ya que es un valor positivo, mientras que el vínculo homosexual es una cuestión del ámbito privado de las personas.** MEDINA, pone de manifiesto que la unión matrimonial se apoya en valores positivos, los que se encuentran recogidos en nuestra Constitución, el principal de los cuales el valor de la familia. Señala esta autora que “(...) la unión matrimonial heterosexual es un valor positivo, mientras que la unión homosexual es un valor neutro; una manifestación indiferente de la pareja que decide cohabitar según sus preferencias sexuales, pero que no puede pretender ni celebrar el acto de matrimonio ni tampoco acceder al estado matrimonial que es un estado protegido por el Derecho”⁵⁹.
- La familia matrimonial está reservada sólo a personas de distinto sexo, y ello dignifica a la persona humana y fundamenta la sociedad, sin que por ello deje de haber un reconocimiento ético jurídico de la igual dignidad de cada persona humana, ya que dicha limitación no tiene por objeto agraviar, ni violentar a nadie, ni implica menoscabo alguno⁶⁰.
- **El Estado tiene un justo interés en preservar el orden familiar, y es por ello que las normas de Derecho de familia son de carácter imperativo.** Dentro del matrimonio heterosexual como lo conocemos existen infinidad de normas de las cuales los contrayentes no pueden disponer. Esto se debe a que el Estado con dichas normas protege las funciones sociales que la familia tiene dentro de la sociedad. El matrimonio funciona así: el que no lo quiere o no lo entiende no tiene porqué casarse. Por ello, la diferenciación es justa. En este ámbito distinguir no es discriminar, es hacer justicia a la realidad.
- **El Estado tiene la obligación de protección y promoción del vínculo matrimonial que se asienta entre un hombre y una mujer, que contribuye a la formación de la familia que está tutelada con especial predilección en la Constitución y en los tratados internacionales.** BASSET sostiene, en este sentido, que “el Estado está cuádruplemente obligado a promover el matrimonio: a) por el mandato constitucional de protección de la niñez; b) por los instrumentos que establecen reglas de protección especial a la mujer; c) por el mandato constitucional de protección de la familia; y, d) por el deber de velar por el bien co-

mún”⁶¹. En este sentido, resulta claro que, si las tasas de matrimonio bajaron en todos los países luego de la instauración del divorcio, creciendo las uniones de hecho, lo propio ocurrirá si se legaliza el matrimonio homosexual, pues el desprestigio de matrimonio impactará en la cantidad de casamientos heterosexuales.

Debe considerarse que lo anterior se asienta, entre otras cosas, en que el concepto de familia está asociado con funciones que le son propias e indelegables; entre ellas se encuentra la función de transmitir la vida, cometido que una pareja homosexual no puede cumplir. Como bien enseña el Prof. Italiano Francesco D’Agostino:

“La familia es fundamentalmente una estructura de humanización. Pues, de hecho, en cuanto estructura antropológica, se encuentra orientada a esto: a hacer que los individuos trasciendan el uso puramente biológico de su sexualidad, para transformarlo en «amor familiar»; y a «humanizar» a los recién nacidos, insertándolos progresivamente en una específica urdimbre de reconocimientos de «parentesco», no siendo el «parentesco» otra cosa que la dimensión jurídico-institucional del fenómeno psico-antropológico del «amor familiar». Las uniones homosexuales no pueden, qué duda cabe, acceder a estas dinámicas; y tampoco su legalización puede activar, excepto en el reino de la pura abstracción, formas miméticas correspondientes. Anida, por tanto, en las uniones homosexuales una imposibilidad de principio, que no es evidentemente la de la recíproca asistencia de los *partners*, sino la que les permitiría ponerse al servicio de la vida humana de acuerdo con el ritmo de las generaciones y del tiempo”⁶².

Reconocer la protección de la familia, como ocurre en el art. 14 bis de nuestra Constitución, implica *per se* que la misma implica vínculos heterosexuales. Por el contrario, y tal como se encuentra probado por diversos estudios, la legalización del matrimonio homosexual llevaría al debilitamiento y desvalorización de dicha familia. En efecto, legalizar el matrimonio homosexual debilitaría la fortaleza del matrimonio, igual que la moneda falsa debilita la moneda verdadera, con independencia de que uno no reciba nunca un billete falso. Con la legalización del matrimonio homosexual se da el mensaje a la sociedad de que en realidad casarse no significa nada. Como consecuencia, la gente no se casa y su compromiso (de pareja y a menudo social) es débil. Crea desconfianza en el sistema, en el compromiso interpersonal y social. Una sociedad basada en la desconfianza, la desvinculación y la falta de compromiso nunca funcionará tan bien como una basada en familias fuertes, comprometidas de por vida por el bienestar de los cónyuges, hijos y parientes⁶³.

3.3. Cuando el matrimonio falla o no se forman los matrimonios, sufren los niños, mujeres, hombres y la sociedad entera

Si el matrimonio homosexual implica que el matrimonio que conocemos deje de ser lo que es como dice Medina, conviene preguntarse, antes de pasar al tema del interés superior del niño: ¿qué pasa cuando con los niños cuando los adultos se arrogan el derecho de decidir por sí mismos entre una variedad de formas distintas de familia? Dicho de otro modo: ¿Importa la familia? ¿Importa el matrimonio? ¿Tiene interés público promover una familia fuerte y unida? ¿Qué pasa cuando el matrimonio o la familia manifiestan serias dificultades o el colapso?

Un estudio serio, hecho en Estados Unidos, demuestra que, cuando el matrimonio fracasa, o cuando los matrimonios no se llevan a cabo, sufren los propios niños, las mujeres, los varones y también la sociedad⁶⁴. Así, en la sociedad americana, cuarenta años de embates para fragmentar a la familia, y cuarenta años de experimentación, demuestran contundentemente que la llamada “diversidad familiar” ha fracasado.

Esto no se trata de una opinión personal de los autores del trabajo, sino que abundante evidencia objetiva de ciencia social que lo avala demuestra que el matrimonio entre varón y mujer no es solamente una de las tantas formas que protegen igualmente a la familia. Los siguientes datos son concluyentes:

- **Cuando un hombre y una mujer fallan en contraer matrimonio o en permanecer en el matrimonio, los niños se someten a una situación de riesgo.** Los niños criados fuera de matrimonios intactos tienen mayores tasas de pobreza, enfermedades mentales, suicidio infantil, desórdenes de conducta, enfermedades físicas, delincuencia juvenil y criminalidad adulta. Son más propensos de abandonar la escuela, de retrasar grados escolares, de lanzarse tempranamente y promiscuamente en actividad sexual, llevando a tasas más altas de enfermedades de transmisión sexual, y de paternidad temprana extramarital.
- Luego de un extenso y vigoroso debate científico, ahora conocemos que, como lo explica la organización “Child Trends”: “la investigación claramente demuestra que **la estructura familiar importa a los niños**. Las familias fueron bien estudiadas y se llegó a la conclusión de que “la estructura familiar que ayuda a los niños de un mejor modo es la familia liderada por dos parientes biológicos en un matrimonio de baja conflictividad. Niños criados en familias de un solo pariente, niños que nacen de madres no casadas, y niños en familias reconstituidas o en relaciones cohabitadas, enfrentan mayores riesgos de obtener pobres resultados... Existe, pues, un interés en promover el valor familia constituido por matrimonios estables entre dos padres biológicos”.

- **Las altas tasas de fragmentación familiar contribuyen a una amplia gama de problemas sociales** para las comunidades y sus contribuyentes, incluyendo el aumento de las tasas de pobreza, de criminalidad, la delincuencia juvenil, abuso de sustancias, embarazo en la adolescencia y otros problemas.
- Como el matrimonio es un importante generador de capital humano y social, también preocupa las formas en que los adultos, así como las comunidades enteras, sufren cuando las pautas culturales sobre de matrimonio cambian drásticamente.
- **La creciente aceptación de *fatherlessness* (ausencia de padre masculino) como “normal” promueve una visión deshumanizada del hombres y su masculinidad.** Los niños necesitan de sus padres, así como de sus madres. Esta necesidad de tener ambos padres, hombre y mujer, surge desde muy temprana edad y para muchos niños en tal situación de *fatherlessness*, es difícil superarla aceptándola como una mera ‘construcción social’. Los varones necesitan y desean una visión de la masculinidad que afirma el papel indispensable del hombre bueno de la familia en la protección de los hijos, así como en el cuidado sobre la madre.
- **Una cultura que ya no espera que la mayoría de los hombres sean padres y maridos fiables,** promueve una visión degradada de la masculinidad de los hombres y es una visión profundamente en desacuerdo con la dignidad humana de los hombres y de las mujeres y contraria a las necesidades de los niños.

3.4. *El interés superior del menor es tutelado especialmente en la Convención de la ONU sobre los niños e implica que cuando adoptan dos personas, ellas sólo pueden ser un matrimonio heterosexual*

El artículo 3.1 de la Convención para los derechos del Niño proclama:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”.

En esta interpretación teleológica que se está realizando debe ponerse el acento en que, **si se le concede a los homosexuales el derecho a casarse, lógicamente se les debe otorgar el derecho a adoptar, puesto que el matrimonio es base de la familia. Este último resultado es muy disvalioso, por ser contrario al interés de los menores el ser educado por dos padres o por dos madres, mientras que su interés superior es el ser dados en adopción a una familia que cuente con un papá y una mamá.**

La matrimonialidad, en efecto, implica por esencia “adoptabilidad”. Pero una pareja del mismo sexo perjudicaría al niño, como se verá en la siguiente Parte, en lugar de ir en pos de su interés superior. Ergo, cualquier unión homosexual no puede ser nunca un matrimonio, por imperativo constitucional, que pone el interés del niño como supremo.

En este sentido, hay que subrayar que no se trata de satisfacer el deseo de la pareja del mismo sexo de tener un niño, sino de dar el mejor hogar posible al menor en situación de desamparo.

Para concluir con la imposibilidad, conviene citar una vez más a Medina:

“[... N]os sentimos obligados a insistir en que el derecho a casarse está íntimamente unido al derecho de los niños, y que permitir el matrimonio de personas de igual sexo, irremediablemente permite la adopción de niños, o la creación de niños mediante técnicas de fecundación asistida para **que se eduquen en una familia con dos padres o dos madres. Tal situación es disvaliosa para el interés del menor, porque se lo priva *ab-initio* de tener un padre y una madre, se lo hace nacer o se lo entrega en adopción a sabiendas que se le está negando su derecho a tener un padre y una madre, pero además se lo está condenando a tener dos padres o dos madres, a tener dificultades de inserción social, porque se lo inserta en una situación esencialmente anormal y totalmente antinatural”.**

“(...) Estamos convencidos que es dañoso para un niño privarlo voluntariamente de tener un padre y una madre, que es perjudicial para un menor insertarlo en una situación antinatural y anormal y por lo tanto entendemos que la prohibición de celebración matrimonios entre personas del mismo sexo busca evitar el daño al niño”⁶⁵.

En esta línea, se debe hacer notar **la jurisprudencia francesa que deniega el derecho a la adopción a los homosexuales**. Leslie Ann MINOT comenta dos casos franceses de principios de los años 90⁶⁶.

- En 1993, una de las solicitudes fue rechazada con el siguiente argumento: “La libre elección de los adultos de vivir al margen de la sociedad no puede imponérsele a un niño en el contexto de la adopción. El interés del niño adoptivo yace justamente en evitar ser colocado directamente en una situación marginal”.
- En 1994 la otra solicitud fue rechazada con un argumento similar: “De acuerdo al lugar que ocupan las parejas homosexuales en la sociedad, así como en el Derecho y en la cultura, bajo las actuales circunstancias, no le ofrecen al menor las condiciones de integración social que él necesita [...]”⁶⁷.

En el mismo sentido también, **en *Fretté v. Francia* (sentencia del 26 de febrero de 2002), la misma Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que no existía “como**

tal, un derecho a adoptar” por parte de parejas homosexuales. En consecuencia, la decisión de Francia de prohibir las adopciones por homosexuales era una manera adecuada de tutelar los intereses del niño.

Por tanto, **no existe el derecho constitucional a adoptar por parte de parejas del mismo sexo, sino que existe el derecho del niño a que se tutele su interés superior.** Sumado a la obligación pública de proteger integralmente la familia y a la tutela que los tratados internacionales brindan al matrimonio como unión de un varón y una mujer, se puede ratificar que no sólo la unión matrimonial de parejas del mismo sexo no está exigida por la Constitución o por los tratados internacionales de derechos humanos, sino que la misma es directamente inconstitucional, y sería inválida una norma que lo apruebe.

**4. NO AFECTA EL DERECHO A LA IGUALDAD QUE LA NECESARIA TUTELA
DE LA FAMILIA Y DEL MATRIMONIO Y LA PROMOCIÓN DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO VEDEN EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL
Y LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO**

RESUMEN:

Toda la ciencia del Derecho está construida sobre las ideas de justicia e igualdad, que la configuran como la ciencia de igualar y de distinguir, dando el tratamiento jurídico adecuado a cada realidad. Es tan injusto tratar diferente a los iguales, como tratar igual a lo que es distinto. De esta manera, todo el Derecho y la legislación están constituidas por distinciones que, por estar basadas en razones y elementos reales, no implican discriminación.

La regulación del matrimonio, limitándolo a la unión entre varón y mujer, no es violatoria del derecho a la igualdad (art. 16, C.N.). Antes que nada, debe señalarse que distinguir en este punto no cae dentro de las “categorías sospechosas” de discriminación elaboradas por la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Y a ello debe sumarse que esa distinción entre parejas de distinto sexo y las del mismo sexo tiene sólidos fundamentos, que le garantizan su razonabilidad. Por eso, el Estado no está obligado a dar igual tratamiento a las uniones del mismo sexo que a los matrimonios, que están constituidos por un varón y una mujer.

En el mismo sentido, los tratados internacionales de derechos humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y cortes supremas, tribunales constitucionales de países como Alemania, Italia e Inglaterra han rechazado que exista un derecho humano al casamiento entre personas del mismo sexo y un derecho humano a adoptar niños por parejas del mismo sexo. Todos esos tratados y tribunales señalan que esta distinción no es discriminatoria, porque se basa en argumentos sustentados en la realidad, en el bien social y en el interés superior de los menores.

Sin perjuicio de ello, la persona de orientación homosexual es titular de todos los derechos humanos fundamentales, y, como los heterosexuales, tiene derecho a casarse con una persona de otro sexo, no existiendo en nuestro régimen legal civil ningún impedimento matrimonial que afecte a la condición homosexual.

Por lo dicho, el derecho a casarse es el derecho del varón a casarse con la mujer y el de ésta a casarse con aquél, y esto no constituye discriminación. Por el contrario, tratar como matrimonio a una unión que no lo es sí violaría la igualdad. Por esto, el matrimonio, entendido exclusivamente como unión entre hombre y mujer, es plenamente respetuoso de la garantía de igualdad.

4.1. La justicia y el derecho a la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.) imponen tratar igual lo igual y distinto lo diferente: todo el Derecho se construye a partir de distinciones razonables y adecuadas a cada realidad, y esto no es discriminatorio

Se ha afirmado en numerosas ocasiones que **el Estado, como forma moderna de organización de la sociedad civil, tiene como finalidad principal la realización de la justicia, entendida como la acción de dar a cada uno lo suyo o, en otros términos, dar a cada uno su derecho, justicia que hace posible la igualdad.**

Así, toda la ciencia del Derecho está construida sobre las ideas de justicia e igualdad, que la configuran como **la ciencia de igualar y de distinguir, dando el tratamiento jurídico adecuado a cada realidad.** Desde Grecia y Roma se considera unánimemente que es tan injusto tratar diferente a los iguales, como tratar igual a lo que es distinto. De esta manera, **todo el Derecho y la legislación están constituidas por distinciones que, por estar basadas en razones y elementos reales, no implican discriminación.** Se trata distinto al acreedor y al deudor, al deudor solvente que al insolvente, al donador que al donante, al que conduce respetando las normas y al que excede la velocidad, al arrendatario que al propietario, etc. En cambio, **sí se violaría la justicia y la igualdad si no se tratara de distinta manera a realidades y acciones diferentes.**

Partiendo de tal premisa y desde el nacimiento del llamado “Estado liberal”, la reivindicación de la igualdad jurídica –como forma de concretar la justicia- ha sido uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho y del Derecho constitucional. En

aquel entonces, la igualdad jurídica se presentó como una reacción contra el sistema de privilegios y discriminaciones consideradas arbitrarias y carentes de justificación.

Empero, y a pesar del reconocimiento dado en los textos fundamentales desde entonces, se han generado algunos problemas estrechamente relacionados:

- i) el primero de ellos puede limitarse al concepto mismo de la igualdad jurídica;
- ii) el segundo y consecuente al anterior, se refiere a la existencia de criterios o estándares para la creación de diferenciaciones que no sean jurídicamente reprochables.

El derecho a la igualdad ante la ley protege una igualdad *relativa a circunstancias*. Esto significa que **el Derecho está cuajado distinciones razonables y que, por tanto, no afectan ese derecho**. Sintetizando el concepto clásico, especialmente desarrollado por Aristóteles, **la igualdad jurídica consiste en tratar igual a los iguales y diferente a los distintos**. Este criterio de igualdad ha sido receptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha sostenido en abundantes precedentes que esa es la interpretación que debe darse a la igualdad reflejada por nuestra Constitución Nacional⁶⁸, que es aplicable por extensión desde la reforma de 1994 al bloque de constitucionalidad conformado también por los tratados internacionales incorporados con jerarquía suprema (art. 75, inc. 22, C.N.). En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia extranjera.

Por lo expuesto, en sus comentarios a la Constitución GELLI explica que el Derecho acostumbra a crear categorías y diferenciaciones, como las de acreedor-deudor, menores-mayores, entre tantas otras. Usar parámetros de distinción es inherente a toda la actividad regulatoria, tanto legislativa como administrativa, así como a la actividad judicial⁶⁹. Por eso, es falto de todo sustento apelar permanentemente a la noción de discriminación para descalificar cualquier clasificación sin, verdaderamente, analizarla en sus fundamentos y razonabilidad.

La relación entre igualdad y clasificaciones implica dos cuestiones: la primera indica que hay criterios clasificatorios que no son conformes a la igualdad constitucionalmente asegurada; la segunda, *a contrario sensu*, que existen otros criterios que el ordenamiento jurídico rechaza, por agraviar la igualdad. En definitiva, todo conduce a la aceptación de que el Derecho puede y debe categorizar situaciones, crear distinciones y, en muchos casos, receptar las que la realidad misma provee, como es, por ejemplo, la distinción entre las condiciones de padre e hijo.

4.2. *El Estado no está obligado a dar igual tratamiento a las uniones homosexuales que a los matrimonios, que están constituidos por un varón y una mujer*

La premisa de la que hay que partir es que, para los intereses legítimos del Estado en la promoción y tutela de los bienes sociales, la protección y fomento de las uniones matrimoniales heterosexuales es de enorme relevancia. Darle el mismo tratamiento a uniones como la homosexual, que no cumplen la misma función, es violentar la igualdad y el derecho a la promoción y tutela que la familia tiene. Los fundamentos de esta diferencia son explicados a lo largo de todo este documento, y justifican un tratamiento distinto, dado que son situaciones distintas.

A estos efectos, explica Medina:

“[...] las uniones homosexuales] son diferentes a las uniones heterosexuales y esta natural distinción justifica que la posición del orden jurídico sea diferente. El Estado puede priorizar una unión sobre otra, teniendo en cuenta el valor que se le asigna. Así, la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual tiene fundamentos razonables que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria”⁷⁰.

Graciela Medina también dice en su obra que la unión matrimonial, de carácter heterosexual, es un valor positivo para el Derecho, que lo fomenta, y que las uniones homosexuales que prefieren cohabitar según sus preferencias sexuales “no pueden pretender ni celebrar el acto de matrimonio ni tampoco acceder al estado matrimonial que es un estado protegido por el Derecho”. Por eso, dicha autora sostiene que “puede hablarse de un grado de protección máximo, del que por imperativo constitucional es acreedor la unión matrimonial”, mientras que las uniones homosexuales tienen otra posición ante el Derecho, que debe respetar los principios de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad de las personas⁷¹.

4.3. *La distinción entre parejas del mismo sexo y entre parejas de distinto sexo no es una “categorización sospechosa” de discriminación bajo la doctrina de las Cortes Supremas estadounidense y argentina; por el contrario, se trata de una distinción con fundamentos razonables y, por eso, constitucional*

Las diferenciaciones legales, o formación de categorías, como se dijo, constituyen la argamasa misma con la cual se configura el Derecho, y por eso la vasta mayoría de ellas no son discriminaciones o violaciones al principio de igualdad. De lo contrario, se caería en el ridículo de creer que toda norma es inconstitucional puesto que todas realizan categorizaciones o diferenciaciones. **Solamente las diferenciaciones**

irrazonables son contrarias a la Constitución y, más específicamente, a la garantía de igualdad (art. 16 C.N.).

Las diferenciaciones o categorizaciones que son “sospechosas” de discriminar merecen una atención particular y un control de constitucionalidad más intenso, que llega a presumir la inconstitucionalidad de algunas diferenciaciones y requerir la prueba del interés estatal. De esta manera, si una diferenciación o categorización es “sospechosa”, eventualmente podría darse lugar a una violación constitucional.

Como se explicará, la existencia de un matrimonio entre varón y mujer, en lugar de varón y varón o mujer y mujer, no constituye una diferenciación sospechosa, y no es irrazonable, por lo que el matrimonio heterosexual se muestra plenamente acorde con la Constitución también en este punto.

La llegada de las *categorías sospechosas* como doctrina a nuestro ordenamiento jurídico fue producto de una lenta evolución jurisprudencial, principalmente, mediante la actividad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ésta, en calidad de intérprete último de la Constitución Nacional, incorporó el *test* creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos estadounidense para evaluar, bajo el haz de luz proyectado por el art. 16 de la Constitución Nacional, los criterios clasificatorios utilizados por el legislador.

¿Qué son, en concreto, “categorías sospechosas”? Son criterios de distinción legal cuya mera utilización genera “sospechas”, *per se*, en el intérprete constitucional respecto a su validez y razonabilidad. Piénsese en las distinciones fundadas en el color de piel. ¿Cuál motivo razonable pueden perseguir esas distinciones? Se trata de una categoría sospechosa. En consecuencia, el control judicial de la razonabilidad de toda distinción sospechosa es el más estricto y exigente que existe, y lleva, generalmente, a la declaración de inconstitucionalidad de normas que distinguen en virtud de categorías sospechosas.

Para cuestionar la legitimidad de la regulación actual del matrimonio, se afirma que la distinción entre parejas de distinto sexo y entre parejas homosexuales del mismo sexo es discriminatoria. Ello es así, se sostiene, pues la distinción fundada en la orientación sexual de las personas sería una categoría “sospechosa”, que merece un escrutinio estricto por parte de los jueces.

La orientación sexual, sin embargo, no es una categoría “sospechosa” bajo la doctrina de la Corte Suprema argentina, y tampoco lo es para la Corte Suprema de los Estados Unidos. En efecto:

- la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado como categorías sospechosas, únicamente, a las distinciones fundadas en la nacionalidad⁷² y en la ideología política⁷³; y

- la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que son categorías “sospechosas” únicamente aquéllas en las que los sujetos pertenecen a una categoría fácilmente identificable o bien se encuentran segregados geográficamente;
- finalmente, los doctrinarios estadounidenses del Derecho constitucional han sostenido que pueden también ser categorías “sospechosas” aquellas en las que sus miembros carezcan de la capacidad de auto-protección en el sistema político, o donde las diferencias sean congénitas e inmutables, o sus diferencias físicas incidan en su capacidad para contribuir a la sociedad.

A la luz de esos precedentes, **es claro que la orientación sexual no constituye una categoría “sospechosa” de discriminación.** Ello así, pues:

- la orientación sexual no es una clase de ideología política en cuya virtud se esté distinguiendo el trato por la ley, ni tampoco es una nacionalidad;
- desde el punto de vista fáctico, la orientación sexual tampoco es una característica fácilmente identificable, como sí lo sería la raza o el sexo de las personas; en la enorme mayoría de los casos, no es posible percibir que se está en presencia de un homosexual;
- los homosexuales y las parejas del mismo sexo tampoco se hallan segregados geográficamente, sino que conviven y se interrelacionan con el resto de las personas;
- la medicina no ha podido señalar que se trate de una característica congénita, y numerosos estudios señalan que es una característica de algunos en virtud del efecto ambiental durante la formación de la psiquis, o una opción libremente asumida;
- no se trata de un grupo desaventajado políticamente; por el contrario, su posición y poder es muy fuerte y se evidencia en sus campañas en el país y en otros lugares.

Téngase en cuenta, asimismo, que no existen aquí leyes que afecten de modo directo a los homosexuales, como las que castigan la sodomía u otras de distinto tenor, como sí han existido en otros lugares del mundo.

Por tales razones, pues, la orientación sexual no es una categoría sospechosa. Por lo tanto, la distinción realizada por el Código Civil al otorgar el estatuto de matrimonio a las uniones entre personas de distinto sexo debe ser juzgada con un estándar constitucional favorable a su validez, con independencia de la reafirmación del criterio con otras normas constitucionales e internacionales que avalan la misma solución de reconocer tal entidad sólo a las uniones de este tipo. En consecuencia, y **en razón de todos los fundamentos que explican por qué es razonable una regulación heterosexual del**

matrimonio, cabe concluir que la distinción realizada por el Código Civil es constitucional y respetuosa del derecho a la igualdad ante la ley.

4.4. *Derecho comparado: tribunales internacionales y cortes constitucionales de diversos países han sostenido que no existe un derecho al matrimonio homosexual y que la exigencia de que las personas sean de distinto sexo para poder casarse establece una distinción razonable*

En primer lugar, como se expuso *supra* en el punto 2.3, debemos recordar que **la Corte Europea de Derechos Humanos o Tribunal Europeo ha entendido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no consagra un derecho humano al casamiento entre personas del mismo sexo y que no hay un derecho a adoptar por parejas del mismo sexo que puedan estar tutelados por los arts. 9 o 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

En el mismo orden de ideas, a nivel interno, cabe citar al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, insospechado para los defensores de derechos de los homosexuales (entre otros aspectos, declaró la constitucionalidad de una ley de 2001 que introducía la “unión civil”)⁷⁴. Dicho Tribunal ha destacado en dos fallos muy importantes y recientes, de 2009, lo siguiente:

“En concordancia con el mandato constitucional de protección del matrimonio y la familia (artículo 6 de la Ley Fundamental), el legislador se encuentra habilitado para establecer diferencias entre el matrimonio (Ehe) y ‘otras formas de vida’ (andere Lebensformen), incluso privilegiando a aquél”⁷⁵.

Asimismo, sostuvo el Tribunal Constitucional de Alemania:

“Al contenido del matrimonio –tal como continúa siéndolo a pesar del devenir de la sociedad y de las consiguientes modificaciones en su configuración jurídica, y como ha sido moldeado por la Ley Fundamental- pertenece el que él sea la unión de un hombre con una mujer para una comunidad de vida perdurable, “[por lo cual...] es legítimo que el legislador quiera impedir que (...) aparezcan matrimonios en los cuales los cónyuges también pertenezcan jurídicamente al mismo sexo”⁷⁶.

La Corte Costituzionale italiana, en decisión del mes de abril de 2010, ha sostenido que no existe un derecho a la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, y que cuando el Código Civil lo deniega no se violenta la Constitución de ese país⁷⁷.

También los tribunales ingleses de familia han entendido que al distinguir la institución matrimonial de las uniones entre personas del mismo sexo el legislador inglés ha buscado evitar “alterar el reconocimiento profundamente arraigado y casi universal

del matrimonio como la relación entre un hombre y una mujer”, y que esto introduce una distinción que “tiene un fin legítimo, razonable y proporcionado”⁷⁸.

Finalmente, la Corte Suprema del Estado de Washington, en Estados Unidos, en 2006 sostuvo que, dado que siempre los Estados “han considerado al matrimonio sólo como el matrimonio de sexos opuestos, y la mayoría de los Estados, incluyendo Washington, han reafirmado recientemente esta comprensión y tradición”, no había un “derecho fundamental” a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo. Al mismo tiempo, el tribunal subrayó que existía un interés imperioso del Estado de Washington en “reafirmar su histórico compromiso con la institución del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer como esposo y esposa, y con la protección de esta institución”. Por lo tanto, concluyó que las leyes que permitían el matrimonio únicamente entre personas de distinto sexo eran razonables y constitucionales⁷⁹.

4.5. *El Consejo General del Poder Judicial de España ha sostenido que el derecho a casarse es el derecho del varón a casarse con la mujer y el de ésta a casarse con aquél y que esto no constituye discriminación*

En idéntico sentido a lo ya expuesto se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial de España, el cual sostuvo que:

“[N]o hay una exigencia constitucional [de reconocer un matrimonio homosexual] ex artículo 9.2 *in fine* en relación a la doctrina constitucional (cf. Auto 222/94), del mismo modo que el TEDH tiene declarado que no es discriminatorio denegar a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar.

En consecuencia, (...) si la desigualdad se mantiene no por ello se conculca derecho fundamental alguno. Si esto es así y se da ese paso, aun cuando sea estimable el deseo de avanzar en la igualación jurídica de las personas para eliminar discriminaciones por razón de la orientación sexual, **tal avance debe parar cuando comporta adulterar una figura como el matrimonio, instituto caracterizado por basarse en la diversidad sexual y conviene insistir en la idea ya expuesta de que cuando se niega a dos homosexuales la posibilidad de casarse entre sí no hay, propiamente, discriminación**”⁸⁰.

4.6. *Todo homosexual es titular de todos los derechos humanos, y tiene derecho a casarse (con persona de otro sexo), no existiendo en nuestro Derecho ningún impedimento matrimonial que afecte a la condición homosexual*

La diferenciación que realiza el Código Civil al establecer que el matrimonio es entre varón y mujer, no implica que la ley no sea igual para todos. En efecto, **ninguna**

persona está privada del *ius connubi*, del derecho a casarse. No hay verdadera discriminación ya que los homosexuales están comprendidos en las generalidades de la ley. Así, ellos **están habilitados a casarse con los mismos derechos y obligaciones que el resto de las personas: con una persona del sexo opuesto que tenga cierta edad y dé su consentimiento.** Alegar discriminación porque no le dejan casarse con alguien del mismo sexo es como si un polígamo se quejara porque no le dejan casarse con varias mujeres. La ley es igual para todos; la sociedad tiene un modelo de matrimonio que ha demostrado su eficacia durante milenios.

Téngase en cuenta que **el punto no es lo “homosexual”, para discernir que no puede haber matrimonio, sino que lo determinante es que se trate de “personas del mismo sexo”.** Esto es así porque dos heterosexuales tampoco pueden casarse con personas del mismo sexo, sea la pareja heterosexual u homosexual, y porque un homosexual puede casarse con otro homosexual de sexo distinto o con un heterosexual, también de distinto sexo.

4.7. El matrimonio y las uniones homosexuales son realidades diferentes, que precisan un tratamiento jurídico también diferente

El matrimonio y las uniones homosexuales son realidades distintas, que precisan un tratamiento jurídico también diferente. No cabe hablar, pues, de discriminación. Lo sería, en todo caso, tratar igual a los desiguales: es decir, a la unión heterosexual (al matrimonio) y a la homosexual.

- No hay discriminación cuando no se le da a una persona los derechos que no le corresponden (una persona joven no tiene por qué sentirse discriminada si se le niega la pensión de la tercera edad). El matrimonio corresponde por realidad a **un hombre y a una mujer**. Por tanto, no hay discriminación.
- Una minoría no merece el respeto meramente por ser una minoría, sino porque sea justa su reivindicación. Y **lo que pide esa minoría -equiparar la unión homosexual al matrimonio- no es justo, pues ni tienen los mismos fines (complementariedad de sexos y procreación), ni tienen los mismos componentes (hombre y mujer).**
- En cambio, **quienes sí sufren discriminación actualmente son aquellos que defienden al matrimonio como institución entre varón y mujer. Se argumenta contra ellos el delito de “discriminación” y “homofobia”, herramienta con que gobernantes o activistas homosexuales limitan la libertad de expresión y persiguen a quien disiente con sus posturas.** Se los acusa injustamente de querer imponer creencias religiosas e impedir el reconocimiento de derechos civiles para todos.

Asimismo, **legalizar el matrimonio homosexual establece un agravio comparativo con las personas que viven juntas sin relaciones sexuales**. Dos ancianas que viven juntas, tres hermanos en una casa, cuatro amigos que comparten piso desde hace seis años... Tienen una relación con afectividad, compromiso y convivencia, igual que puedan tener dos homosexuales. Sin embargo, **se ven privadas de las ventajas legales del matrimonio gay porque no practican sexo entre ellos**.

En consecuencia, y **en razón de todos los fundamentos que explican por qué es razonable la consagración de la heterosexualidad del matrimonio, cabe concluir que la distinción realizada por el Código Civil es constitucional y respetuosa del derecho a la igualdad ante la ley**.

4.8. *La orientación sexual está incluida en el derecho a la privacidad (art. 19, C.N.), y debe ser respetada, excluyendo la intromisión estatal*

Antes de concluir este capítulo conviene hacer una aclaración importante. **Sostener un concepto del matrimonio como alcanzando sólo a las parejas de distinto sexo no lleva, en modo alguno, a negar el Estado no debe entrometerse en la vida privada de los homosexuales, sino respetarla**. Por el contrario, la orientación sexual y la vida afectiva que se decida llevar están protegidas por el derecho a la privacidad (art. 19, CN) y, en virtud de esa esfera de inmunidad de coacción, al Estado le está prohibido entrometerse con dicha vida privada.

Esto es: admitir las conclusiones de este documento —esto es, que el Proyecto de Ley sobre matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo debe ser rechazado— es del todo coherente con sostener que el Estado debe mantenerse al margen de la privacidad de las personas, sin entrometerse y regular las conductas que no afecten a terceros, ni al orden, ni a la moral pública (art. 19, C.N.). Esa afirmación constituye un gran avance en la lucha por los derechos fundamentales de las personas.

La aseveración anterior implica muchas cosas, puesto que en determinados países y existieron costumbres y leyes injustas, ilegítimas, que castigaban como delito la “sodomía”, contrariando exigencias básicas de justicia. Afortunadamente, esas leyes no existen en el país ni existen más, en general, en los países occidentales. Como lo sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en 2003, el derecho a la privacidad impide al Estado entrometerse en las conductas privadas de las personas y, por eso, no puede dictar leyes que castiguen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo⁸¹.

Sin embargo, esa barrera **no impide de ninguna manera al Estado regular la institución del matrimonio con ciertos requisitos razonables, dado que ésta excede el ámbito de lo privado para pasar al de lo público, pues no sólo se celebra en acto pú-**

blico, sino que crea una familia que se inserta en la sociedad y que procrea y educa a sus hijos⁸².

Dicho de otro modo, el derecho a la esfera de inmunidad de coacción de las acciones privadas y a la autonomía moral y de conciencia de la persona **no supone que el Estado deba optimizar plenamente todas las posibles opciones libremente elegidas por el individuo, pues las opciones no son sinónimos de derechos.** Consecuentemente, puede el Congreso rechazar la regulación del matrimonio homosexual, porque no existe el derecho a casarse con una persona del mismo sexo y porque esto no afecta la intimidad de las personas homosexuales.

Como sostiene MEDINA, quienes afirman el derecho a casarse homosexualmente pretenden un accionar positivo del Estado; no sólo que éste omita interferir (como en el caso de las leyes sancionatorias) sino que modifique el sistema matrimonial. Esto no es lógico pues bajo el argumento de la protección a la intimidad se modificaría lo que es absolutamente público: la institución matrimonial⁸³.

Por eso, **el derecho a la privacidad, que poseen todas las personas y que les permite tomar sus propias decisiones personales privadas, no impide que el Estado decida que “matrimonio” es únicamente la unión de dos personas de distinto sexo.**

4.9. Conclusión: el matrimonio, entendido exclusivamente como unión entre hombre y mujer, es plenamente respetuoso de la garantía de igualdad

Por las razones dadas en las consideraciones anteriores, así como lo que se explica a lo largo de todo este documento, resulta claro que **la distinción del legislador entre las parejas del mismo sexo y las parejas de distinto sexo es razonable y plenamente constitucional cuando otorga a éstas, únicamente, el derecho a casarse entre sí, y de ninguna manera puede considerarse discriminatorio.**

Ello así, pues:

- el matrimonio heterosexual garantiza el desarrollo y la protección integral de la familia (art. 14 bis, CN);
- corresponde presumir la constitucionalidad de las normas del Código civil relativas al matrimonio;
- el Derecho a la privacidad no prohíbe tampoco esta clase de distinciones, toda vez que el matrimonio es un acto público que afecta los derechos de terceros;
- no hay un derecho a casarse entre sí dos personas del mismo sexo;

- el Derecho comparado ha sostenido de modo extendido que es razonable limitar los matrimonios a las uniones de personas de distinto sexo, y que esto no configura discriminación, sino diferenciación de lo distinto.

Por tales razones, que se exponen en profundidad en todo este escrito, **la actual regulación del matrimonio civil es respetuosa del derecho a la igualdad ante la ley (art. 16, C.N., y normas concordantes de los tratados internacionales), pues existen motivos razonables en cuanto al establecimiento de un estatuto propio, con un régimen especial de derechos y obligaciones personales y patrimoniales, para las parejas de distinto sexo, a las que se puede consagrar como matrimonio, distinguiéndolas de las parejas del mismo sexo, sean o no homosexuales, que no pueden contraer matrimonio.**

5. EL PROYECTO DE LEY ES SUSTANCIALMENTE INVÁLIDO:

EL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN POR PERSONAS DEL MISMO SEXO

NO SUPERA EL CONTROL DE RAZONABILIDAD CONSTITUCIONAL

RESUMEN:

El Proyecto de Ley no satisface las exigencias del principio de razonabilidad, consagrado en el artículo 28 de la Constitución y utilizado por los más importantes tribunales internacionales y extranjeros, según el cual toda norma estatal debe cumplir requisitos de validez sustancial o justicia y razonabilidad material.

De un lado, el Proyecto persigue finalidades ilegítimas, pues pretende tutelar derechos constitucionales que no existen como tales: los derechos a adoptar y a casarse entre personas del mismo sexo.

De otro lado, interpretándolo como persiguiendo finalidades legítimas —eliminar la discriminación en materia familiar y aumentar la cantidad de adopciones para el mejor interés de los menores—, los medios que establece no son aptos para lograrlas: discriminan a las parejas de distinto sexo, permiten que los menores sean adoptados por adoptantes no idóneos y, por su mala técnica legislativa, discriminan a las parejas de mujeres.

Además, los medios son innecesarios, pues las finalidades pudieron lograrse a través de otros mecanismos tendientes a asegurar la no discriminación y a través de la optimización de los trámites de adopción.

También son desproporcionados, pues el Proyecto no traería ningún beneficio para la sociedad, a la par que la perjudicaría gravemente.

Y, finalmente, el Proyecto lesiona el contenido esencial del derecho de las parejas de distinto sexo a casarse y a obtener la protección de la familia y un trato igual por la ley, y el derecho del niño a la identidad y a que se le garantice el interés superior del niño.

5.1. El requisito de la razonabilidad, exigencia común a todo acto estatal

Este capítulo realizará un análisis de la razonabilidad del Proyecto debatido. **El principio de razonabilidad es una exigencia constitucional, contenida en el artículo 28 de la Constitución, en cuya virtud una ley que es irrazonable es, también, inconstitucional.**

Conviene tener presente que toda ley tiene uno o varios objetivos o finalidades, es decir, algo que quiere lograr en la sociedad. Para lograrlos, establece uno o más medios o mecanismos que se deben ordenar a ello.

Entonces, ¿cuándo una ley es irrazonable? En primer lugar, es irrazonable cuando, presupuesta la legitimidad constitucional del fin buscado, los medios dispuestos no son aptos para cumplir el objetivo. Carece de sentido hacer algo que no logra lo que se está buscando. En segundo lugar, es irrazonable cuando pudo lograr el objetivo a un costo menor. Carece de sentido lograr algo de una determinada manera cuando pudo lograrse de otra manera menos costosa. En tercer lugar, es irrazonable cuando los costos que trae son mayores que sus beneficios. Carece de sentido someter a la sociedad a un determinado costo para obtener un beneficio de menor importancia. Y finalmente, en cuarto lugar, es irrazonable cuando viola o altera el contenido de derechos y garantías constitucionales de las personas. Carece de sentido admisible pretender justificar, con un objetivo deseable, la violación de derechos fundamentales, pues el fin no justifica los medios.

Este método de análisis, con ligeras variantes, **ha sido adoptado por diversos tribunales en todo el mundo**, tales como la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Constitucional español y nuestra propia Corte Suprema de Justicia.

Por lo dicho, el análisis de razonabilidad se puede fragmentar en cuatro pasos:

- análisis de adecuación: esto es, ¿acaso el Proyecto tiene medios que no logran los objetivos que buscan?;
- análisis de necesidad: esto es, ¿podrían cumplirse los mismos objetivos a un costo humano y social menor?;
- análisis de proporcionalidad: esto es, ¿son mayores los costos que los beneficios que acarrearía el Proyecto?; y

- análisis de no afectación del contenido esencial de los derechos: esto es, ¿viola el Proyecto el contenido esencial de algún derecho?

Si se responde que sí a una o varias de estas preguntas, el Proyecto es irrazonable y, por lo tanto, inconstitucional y no debe ser aprobado por el Congreso.

5.2. *Las finalidades perseguidas por el Proyecto son ilegítimas*

El punto de partida del análisis deben ser las finalidades que el Proyecto persigue. Éste afirma que pretende:

- otorgar igual trato legal, en materia de derechos y obligaciones matrimoniales, a las parejas del mismo sexo que el que venía otorgándosele a las parejas de distinto sexo; y
- garantizar al mismo tiempo la plena satisfacción del derecho a adoptar de las parejas del mismo sexo.

Esas finalidades, sin embargo, son ilegítimas y no pueden ser buscadas por el Estado. Ello es así, pues:

- las parejas del mismo sexo no tienen un derecho constitucional a casarse entre sí (cfr. lo explicado en los capítulos 2, 3 y 4), por lo que el Estado mal podría promocionar un derecho que carece de sustento constitucional; y
- no existe un derecho a adoptar en general, y menos en estas circunstancias (ver lo que se explica en los capítulos 6 y 7).

Por lo tanto, **el Proyecto no puede perseguir las finalidades que persigue, porque están vedadas por la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. A partir de allí, los medios que se articulen en pro de finalidades ilegítimas, serán también por ello mismo ilegítimos.**

5.3. *Posibles finalidades alternativas del Proyecto y medios para conseguirlas*

No obstante lo expuesto en el punto anterior, y a efectos de analizar al detalle desde todos sus vértices la propuesta legislativa, es cierto que **el Proyecto podría ser interpretado como persiguiendo otras finalidades, hipotéticas, que en este caso son legítimas:**

- eliminar toda clase de discriminación legal que pueda darse hacia personas homosexuales en cuanto al régimen matrimonial y de filiación adoptiva; y

- aumentar la cantidad de adopciones para, así, garantizar en mayor medida la satisfacción del interés superior de los menores.

Para lograr esos cometidos, el Proyecto instrumenta diversas medidas, que pasan fundamentalmente por modificar diversos artículos del Código Civil relacionados con el régimen matrimonial (requisitos para su celebración, régimen de bienes, derechos y obligaciones, filiación, etcétera). Principalmente, la modificación es lingüística: donde antes decía “esposo” y “esposa” o “marido” y “mujer”, ahora propone que diga “contrayente” y “cónyuge”, para permitir el casamiento entre personas del mismo sexo. Asimismo, permite que las parejas de personas del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente y, además, que inscriban en el Registro Civil a niños concebidos mediante fertilización artificial como hijo de ambos padres o madres.

Como se explicará a continuación, **estos medios son inadecuados, innecesarios y desproporcionados para lograr la finalidad perseguida y, además, violan derechos fundamentales**. Conviene aclarar que las consideraciones que se realizarán a continuación están fundadas en los desarrollos y conclusiones del resto de los capítulos de este documento, y corresponde remitirse a ellos para un mayor detalle y profundidad.

5.4. *Análisis de la adecuación de los medios – El medio adoptado de dar estatuto matrimonial a las uniones homosexuales es inadecuado para lograr posibles fines legítimos de igualdad y no discriminación*

Pasando a lo que se ha llamado análisis de adecuación de la medida, corresponde preguntarse si los medios establecidos por el Proyecto logran los fines que éste busca. Está claro que logra la finalidad de permitirles casarse y adoptar, pero ésa finalidad, como se dijo, es ilegítima. Las preguntas deben ser: ¿Lograría el Proyecto eliminar la discriminación legal, en cuanto al régimen matrimonial y de filiación? ¿Lograría tutelar en mayor medida el interés superior de los menores abandonados o huérfanos? La respuesta es negativa para ambas preguntas.

En primer lugar, **el Proyecto no lograría eliminar la discriminación legal** pues:

- Por un lado, los medios que adopta tienen serias deficiencias de técnica legal que impiden que se dé *igual trato*, pues las parejas del mismo sexo en rigor son puestas en situación ahora privilegiada en varios puntos, discriminando a las parejas de distinto sexo (cfr. el análisis que se realiza en la Parte V); y
- por otro lado, sin perjuicio de lo anterior, en cuanto iguala parcialmente el tratamiento entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo, el Proyecto discrimina a estas últimas, pues, en cuanto a su relevancia social y estratégica, son distintas y más importantes, por lo que no merecen ser tratadas de igual modo (cfr., sobre esto, lo que se explica en los capítulos 1 a 4 y 8).

En segundo lugar, **el Proyecto no aumentaría la cantidad de adopciones ni satisfaría en mayor medida el interés superior del menor.** Ello así, porque:

- La adopción por parejas del mismo sexo es contraria al interés superior del niño (cfr. lo que se explica en la Parte III). En efecto, el niño tiene derecho al mejor ambiente que pueda dársele para su desarrollo integral, y uno en el que el rol de padre y madre sea realizado por dos padres o dos madres no es tal, pues:
 - existe una clara tendencia a la promiscuidad en la comunidad homosexual;
 - las parejas homosexuales tienden a ser inestables;
 - muchos homosexuales tienen distintas dificultades psíquicas y psiquiátricas que pueden conspirar contra el desarrollo integral del niño;
 - está demostrado que la mejor formación es la que conlleva los roles paterno y materno conjuntamente;
 - no existen estudios concluyentes y metodológicamente serios que demuestren que no hay peligro para los menores adoptados por parejas del mismo sexo, a la vez que existen otros que señalan las dificultades y perjuicios que se siguen de tal adopción; y
 - por eso, ante la duda, el interés superior del niño impone evitar toda clase de experimentación sociológica utilizando a los menores huérfanos o abandonados como conejillos de Indias.
- La experiencia del Derecho Comparado demuestra que son muy pocas las parejas del mismo sexo que han adoptado niños huérfanos o abandonados; y
- Las causas de la insuficiencia de adopciones no se debe a que no existan personas que integren parejas de distinto sexo que quieran adoptar, sino a que los procedimientos de adopción para los matrimonios heterosexuales están colapsados y son muy lentos y complicados, por lo que aumentar el abanico de posibles adoptantes no solucionaría el problema (ver capítulo 6).

En virtud de lo expuesto, se advierte cómo **el Proyecto no lograría eliminar la discriminación —pues para supuestamente evitar discriminar a unos, discriminaría a otros— y no ayudaría en absoluto a satisfacer el interés superior del niño, sino que lo perjudicaría gravemente.**

5.5. *Análisis de la necesidad de los medios – Las finalidades hipotéticamente legítimas del Proyecto pueden lograrse con medios no dañinos para la sociedad y para los menores*

Los medios que establece el Proyecto no son necesarios. **Las mismas finalidades de eliminación de la supuesta “discriminación” se podrían lograr a través de medios más eficientes —esto es, igualmente eficaces, pero menos costosos—, tales como incentivar el respeto a los homosexuales, promover contratos privados entre las parejas del mismo sexo y optimizar los procedimientos de adopción por parejas de distinto sexo.**

Téngase en cuenta que **los medios que se han instrumentado por el Proyecto de Ley para lograr sus fines tienen severos costos para la sociedad y para las familias, pues se transmuta de modo definitivo el concepto y los caracteres del matrimonio, a la vez que se expone a los niños a crecer sin marcos referenciales integrados de masculinidad y femineidad.**

En efecto, un análisis sincero de la cuestión demuestra que la finalidad de eliminar la discriminación contra los homosexuales se lograría:

- por un lado, estableciendo medios legales destinados a garantizar que se los respete y no se los dañe en su honor, intimidad y derechos laborales, entre otros;
- por otro lado, los derechos y obligaciones que puedan interesar a las parejas del mismo sexo se podrían establecer a través de contratos, o con la formación de asociaciones civiles, o incluso a través de testamentos por los que se sucedan recíprocamente (cfr. el análisis que se realiza en la Parte IV, capítulo 9).

Desde luego, la reforma a la Ley Antidiscriminatoria y al Código Penal que se encuentra en discusión en el Congreso de la Nación no es la solución a la que habría que acudir para evitar discriminaciones, pues, como se explica más adelante, **la norma propuesta no cumple con las exigencias del principio de legalidad y viola numerosos derechos constitucionales, en especial la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, pues criminaliza la disidencia** (ver el análisis al respecto en la Parte VI).

Asimismo, **la finalidad de tutela del interés superior del menor se lograría, con menor costo para los derechos de éste, a través de la optimización y mejora de los procedimientos de adopción a matrimonios heterosexuales que, en la actualidad, son terriblemente deficientes** (cfr. el análisis que se realiza en la Parte III). **Ante la duda más que razonable, basada en numerosos estudios, sobre las consecuencias que la adopción por parejas homosexuales acarrearía, hay que evitar toda clase de experimento sociológico por vía legal.**

Por estas razones, **las finalidades del Proyecto de no discriminación en materia matrimonial y aumento del número de adopciones pueden lograrse con medios alternativos menos gravosos para los matrimonios de parejas de distinto sexo y para los menores de edad, que no impliquen igualar relaciones estratégica y socialmente distintas y, a la vez, convertir a los huérfanos y abandonados en cobayas de un experimento social.**

5.6. *Análisis de la proporcionalidad de los medios – El Proyecto es desproporcionado, pues ocasionará daños y costos y no trae beneficio alguno para la sociedad*

Quizás éste sea el escollo más evidente del Proyecto: sus beneficios son inexistentes, frente a los altos costos y consecuencias negativas que traería para la sociedad y cada uno de sus habitantes y familias.

En efecto, ¿cuáles son los beneficios que traería? Como punto de partida, debe señalarse que la experiencia internacional demuestra que son muy pocos los casamientos entre parejas del mismo sexo, y muchos menos los casos de adopción (cfr. el análisis que se realiza en la Parte VI). La razón de esto, en última instancia, radica en la tendencia a la promiscuidad que caracteriza a la comunidad homosexual y en el carácter inestable de las relaciones homosexuales (cfr. el análisis que se realiza en la Parte III). Esto demuestra que, en verdad, las parejas del mismo sexo, como regla general, no están en realidad interesadas en casarse y compartir su vida juntos.

Por otra parte, como se ha señalado en las Partes I y II, el matrimonio entre personas del mismo sexo en rigor no es ningún bien social, sino una enorme fuente de perjuicios a las familias y a la idea misma de matrimonio, a la cual desnaturalizan totalmente. Por tanto, no es que existe un beneficio para una ínfima minoría de la población, sino que **no hay beneficios para la sociedad** que se deriven del Proyecto, sino perjuicios.

Y todo ello, ¿a qué costo? Si bien estos son explicados en detalle a lo largo de estas páginas, conviene aquí sintetizarlos y así recordar que la sanción de este Proyecto **traerá graves costos sociales**, tales como:

- la concepción de matrimonio, como unión entre hombre y mujer, tal como es tutelada por los tratados internacionales, y tal como se la ha concebido desde los orígenes de esta Nación, se vería irremediabilmente destruida (cfr. capítulos 1, 2 y 8);
- al haber utilizado una técnica legislativa deficiente y superficial, alteraría el normal desenvolvimiento de numerosas instituciones del Código Civil, tales como el régimen de administración y disposición de bienes, las acciones de fi-

liación y reconocimiento, y el instituto de la nuera viuda sin hijos, entre otros, dejando librada la solución de esos conflictos normativos a la interpretación ulterior e impredecible de los jueces (cfr. Parte V);

- afectaría el interés superior de los niños, al permitir que fuesen adoptados por parejas del mismo sexo que, como está probado y se explica más adelante, son inidóneas como ambiente para el mejor desarrollo y educación del niño (ver capítulos 2, 6 y 7);
- legalizaría la suposición de identidad, al permitir que parejas del mismo sexo inscriban como propio a un niño logrado a través de fecundación artificial, privándolo de su derecho a conocer su identidad y la a sus padres biológicos (cfr. capítulo 12);
- abriría las puertas a la legalización matrimonial de otras formas de uniones que hoy no están permitidas, tales como las uniones entre más de dos personas del mismo o distinto sexo (poligamia) o incluso dentro de personas unidos por cercanos vínculos familiares (hermanos, primos hermanos, tíos con sobrinos, hijos con padres) (cfr. capítulos 1 y 8);
- la libertad de expresión y los derechos de los padres a educar a sus hijos se verían gravemente menoscabados, al impedirseles enseñarles sus convicciones sobre la moralidad de la homosexualidad (cfr. capítulo 13); y
- se afectaría la libertad de pensamiento y expresión de quienes no estuviesen de acuerdo con el matrimonio entre personas del mismo sexo; así, la dinámica que ha ocurrido en otros países que han conferido estatuto matrimonial a las parejas del mismo sexo indica que luego de su dictado existen enormes dificultades para quienes disienten o disintieron con el dictado de dicha ley y, el día de mañana, con su contenido vivenciado en la praxis social, incluidos procesos penales y multas administrativas contra ministros de los distintos cultos, docentes, periodistas, políticos, jueces, funcionarios públicos y toda persona que por su situación pudiera comunicar una idea susceptible de llegar a un grupo de personas o tomar una decisión de acuerdo a sus convicciones (ver capítulo 13).

Es innegable que los costos superan ampliamente los beneficios, por lo que el Proyecto no puede ser justificado.

5.7. Análisis de la alteración del contenido esencial de los derechos – El Proyecto, al dar estatuto matrimonial a las uniones homosexuales y permitirles adoptar e inscribir niños como propios, viola numerosos derechos fundamentales

Finalmente, la adopción del Proyecto violentaría gravemente diversos derechos constitucionales. Remitiendo a lo ya dicho, y agregando sobre ello, corresponde aquí explicar que el Proyecto:

- en primer lugar, violaría el **derecho de las parejas de distinto sexo a casarse adhiriendo a una institución matrimonial no desnaturalizada y eficaz** (cfr. capítulo 1) **y a obtener un trato igualitario por la ley** (cfr. capítulo 4), pues las habría *irrazonablemente* igualado a las parejas del mismo sexo —cuando, desde un punto de vista estratégico para la sociedad, son distintas pues las parejas heterosexuales hacen una mayor contribución a ella—;
- en segundo lugar, violaría el **derecho a la protección integral de la familia** (art. 14 *bis*, CN), pues permitiría que uniones perjudiciales para la educación de las generaciones venideras convivan en igualdad de circunstancias y estatus con aquellas uniones que, en principio, contribuyen más a esa educación (cfr. capítulo 7);
- en tercer lugar, violaría el **derecho del niño a que se le resguarde su interés superior**, toda vez que se habilitaría la adopción por parejas inidóneas para ello, sin que el niño pueda escoger al respecto (cfr. lo que se analiza en la Parte III); y
- en cuarto lugar, se violaría el **derecho a la identidad del niño**, pues se permitiría que madres que hubieran tenido un hijo a través de fertilización artificial lo inscriban como hijo de ambas, sin referencia a su padre biológico y, así, privando al niño de su derecho a conocer a éste (cfr. lo que se explica en los capítulos 11 y 12).

Puede advertirse aquí que **es grande la cantidad de derechos humanos y constitucionales afectados (punto 5.6), como la gravedad del daño que se les ocasionaría: las finalidades hipotéticamente legítimas del Proyecto no pueden justificar estas violaciones, so pena de instrumentalizar los derechos humanos y olvidar sus verdaderas exigencias.**

5.8. Conclusión: conferir carácter de matrimonio a la unión de dos personas del mismo sexo, permitiéndoles además adoptar e inscribir niños como hijos de ambos, es irrazonable y, por eso, inconstitucional

Por las razones dadas hasta aquí, resulta ya claro que **el Proyecto no es idóneo para lograr los fines que se propone**, toda vez que **la reforma propuesta es insuficiente para acabar con las diferencias injustas de trato entre varones y mujeres y entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo y es netamente perjudicial para los niños cuya protección dice buscar.**

Así, las medidas propuestas son innecesarias, pues su finalidad podría lograrse de un modo más eficiente y menos costoso a través de, v.gr., la optimización de los trámites de adopción (siempre recordando que se adopta por el supremo interés del actor) y , la tutela del honor y la intimidad de los homosexuales, la promoción de contratos privados entre las parejas del mismo sexo, etc.

Las medidas, también, traerán nulos beneficios. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la población homosexual es muy minoritaria (un 2% del país) y, dentro de ella, las parejas del mismo sexo que se quieren casar son una ínfima minoría —y, *a fortiori*, los que quieren adoptar, aun menos. Los costos de esta medida serían gravísimos: la institución del matrimonio se desnaturalizaría y se abriría la puerta a uniones entre hermanos, primos o tíos y sobrinos, o a uniones entre más de dos personas, se lesionaría el interés superior de los niños al darlos en adopción a parejas inidóneas para criarlos y educarlos, se privaría a los niños concebidos con fecundación artificial al privarlos de saber quién es su padre biológico... **Y esos daños, además, serían irreversibles: por la dinámica del derecho a la igualdad, las medidas adoptadas por el Proyecto serían definitivas.**

Finalmente, el Proyecto discriminaría y lesionaría gravemente el derecho de las parejas de distinto sexo a casarse, afectaría el interés superior del niño y lo privaría de su derecho a la identidad y minaría la institución familiar, tutelada constitucionalmente.

Por estas razones, **el Proyecto no cumple con las exigencias del principio de razonabilidad y, por eso mismo, es inconstitucional.**

PARTE III

LA ADOPCIÓN POR PAREJAS DEL MISMO SEXO DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y CIENTÍFICA

6. LOS DERECHOS E INTERESES SUPERIORES DE LOS NIÑOS SÓLO SON GARANTIZADOS EN LA ADOPCIÓN POR PAREJAS HETEROSEXUALES, Y SE VERÍAN MENOSCABADOS SI SE LOS ENTREGA A PAREJAS HOMOSEXUALES

RESUMEN:

No existe un derecho fundamental a adoptar. Existe, sí, un derecho de los niños huérfanos a recibir de la sociedad amparo y protección y a ser criados y educados en el seno de una familia, conforme a su interés superior. Por eso, la adopción no es un derecho de los adoptantes, sino una carga solidaria y, en todo caso, un privilegio. Por lo tanto, el régimen actual, que limita la adopción por dos personas a matrimonios, es decir, a parejas heterosexuales legalmente constituidas, no priva a las parejas homosexuales de ningún derecho.

Por otro lado, el actual es razonable, toda vez que el interés superior del niño, fundado ante todo en consideraciones científicas, recomienda con énfasis la crianza y educación de los niños con la actuación conjunta de un padre y una madre, que garanticen su desarrollo integral. En efecto, la finalidad de la adopción es suplir la falta de una relación filial biológica, por lo que debe intentarse que aquélla se parezca lo más posible a ésta. Una pareja del mismo sexo no se asemeja en nada a la pareja heterosexual que engendró al niño huérfano o abandonado. Por eso, la adopción debe limitarse a estas últimas, pues son las que más se asemejan a la relación cuya falta está supliendo y, por eso, son las más capaces de cumplir las funciones paternales adoptivas.

6.1. Premisa: el Estado debe velar por el interés superior del niño

El punto de partida para analizar la cuestión de qué parejas deben ser capaces para adoptar niños es lo que se denomina “interés superior del niño”, cuestión que ya se ha abordado en el punto 3.4, y que conviene aquí retomar.

La Convención sobre los Derechos del Niño se refiere expresamente en dos de sus artículos a esta pauta o medida general y objetiva **de rango constitucional** que debe regir la conducta de terceros, con relación a los menores de 18 años de edad. El inc. 1 del artículo 3 dispone:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que **se atenderá será el interés superior del niño**”.

En correlación con esta norma, en el art. 18, inc. 1, de dicha Convención prescribe:

“Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. **Su preocupación fundamental será el interés superior del niño**”.

Dicha **regla del interés superior del niño en todo asunto que le compete debe ser observada por los padres o representantes legales, que son quienes tienen la responsabilidad natural y primaria, de criar y educar a la prole y, en segunda instancia, por todas las instituciones públicas y privadas que interactúen con los menores.**

Es un lugar común que, ante cualquier duda frente a intereses contrapuestos, debe primar el “interés superior del niño”. ¿Qué es el interés superior del niño y quién lo determina en cada caso concreto? La integración de ambas normas puede darnos la respuesta: son los progenitores –o en su caso, los representantes legales-, quienes determinan en cada situación, qué debe reputarse por el superior interés del menor y, en su caso, deberán decidirlo las autoridades públicas, en especial un juez. Pero su determinación no está librada absolutamente a la voluntad de los padres, aunque sean ellos los primeros obligados a respetarlo y quienes deberían ser los primeros interesados en que ello suceda, o aún de los jueces, pues **está fundado en pautas objetivas que los padres y autoridades públicas deben “interpretar” para aplicarlas a las situaciones concretas.**

Como un modo de hacer explícitas algunas de esas pautas objetivas del interés superior del niño, el Estado en la Ley 26.061 ha dado una definición de este concepto de interés superior del niño en su artículo 3, que reza:

“A los efectos de la presente ley **se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley**”.

De ahí que este interés exige que se respete del niño:

- a) su condición de sujeto de derecho;
- b) su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) **el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;**
- d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) el equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común; y
- f) su centro de vida, esto es, el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros intereses, prevalecerán los primeros.

6.2. *No existe un derecho a adoptar y el interés superior del niño es el único parámetro que debe guiar al Estado cuando regule el instituto de la adopción*

La regulación del instituto de la adopción quizás sea uno de los puntos más delicados del tema en debate. En efecto, de las condiciones que se exijan para poder convertirse, en virtud de la ley, en padre y madre de un niño, dependerá en buena medida el logro de las finalidades de la adopción.

Quizás el punto de partida más conveniente sea empezar por lo primero: ¿para qué se establece el instituto de la adopción? La respuesta que se dé a esta pregunta determina el camino que se siga. Dos respuestas diyuntivas parecen ser las más comunes: la primera sostiene que el instituto de la adopción se ordena a permitir el desenvolvimiento de un derecho de las personas *a adoptar*. La segunda, que la **adopción no está, por sí misma, satisfaciendo un derecho constitucional o natural de las personas a adoptar, sino que está satisfaciendo tanto el *derecho del niño a crecer y desarrollarse en una familia, como el interés de la sociedad en que las futuras generaciones se desarrollen y sean educadas.***

Esta última respuesta es la acertada, pues no existe un derecho a adoptar.

Como ha expuesto el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Carlos MARTÍNEZ AGUIRRE DE SALDAZ⁸⁴:

“La adopción está configurada como una institución de protección de menores necesitados de su integración definitiva en un entorno familiar que permita su desarrollo integral: ese es —hay que subrayar nuevamente— el interés prevalente, al que deben atender tanto la Administración como el Juez”.

Por lo tanto, siendo la finalidad primera de la adopción la tutela del interés del menor, no puede decirse que, además, exista un derecho a adoptar. A lo sumo, como también ha dicho MARTÍNEZ DE AGUIRRE, **el derecho será “a formular la solicitud de adopción, y a que el procedimiento de adopción se desarrolle con exclusión de la arbitrariedad y de cualquier discriminación injusta”**⁸⁵.

Esta concepción de la adopción, como un instituto ordenado al bien del menor y que no pretende satisfacer derechos a adoptar, es prácticamente unánime.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en idéntico sentido. En su sentencia en *Fretté v. Francia*⁸⁶ sostuvo que **no existía “como tal, un derecho a adoptar”**. El único derecho protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 9, era el derecho al respeto de la vida familiar. Éste presuponía la existencia de una familia, por lo que no podía, por sí mismo, “proteger el simple deseo de fundar una familia”. En consecuencia, **la decisión de Francia de prohibir las adopciones por homosexuales era una manera adecuada, dentro de su legítimo margen de apreciación como país, de tutelar los intereses del niño.**

También calificada doctrina española ha sostenido lo mismo⁸⁷.

Sobre el punto, el Consejo General del Poder Judicial Español, en el mismo sentido, concluyó que “[...] no existe un verdadero derecho a adoptar, tampoco en favor de las parejas heterosexuales [...]”. Ello es así, porque admitir que existiera un derecho a adoptar “equivaldría a anteponer el deseo de ser padres que puede tener una pareja homosexual, al interés del adoptando”⁸⁸.

Dado que no existe un derecho a adoptar, y que el fundamento de la adopción atiende a los intereses del niño y de la sociedad en que aquél se desarrolle y crezca, la pregunta que hay que responder es la siguiente: ¿es lo mejor—o, aun más, es bueno— para un niño ser adoptado por una pareja de personas del mismo sexo? En otras palabras, ¿es conveniente que cualquier pareja adopte, tanto homosexual como heterosexual, o es mejor que sólo puedan adoptar las parejas heterosexuales?

Ramón DURÁN RIVACOBÁ, Catedrático de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo plantea esta cuestión en sugerentes preguntas:

“[E]l interés de una minoría ¿puede llevarse hasta el extremo de subvertir las relaciones de paternidad y filiación?, el interés del menor ¿debe condicionarse a ese interés puramente subjetivo?”⁸⁹.

Ése es el planteo, y responderse a la luz del interés superior del niño. **¿Existen razones jurídicas y/o científicas que avalen una u otra postura? Sí, existen, y se explicarán a continuación para demostrar que el interés superior del niño sólo se ve plenamente garantizado cuando se limita la adopción a parejas heterosexuales.** En otras palabras: lo mejor posible para los niños y las futuras generaciones, es que sólo puedan ser adoptados por parejas heterosexuales. Éstas son algunas de las razones que han llevado a Australia, en 2004, a ratificar que sólo el matrimonio heterosexual puede adoptar niños⁹⁰.

6.3. *La adopción debe asemejarse lo más posible a la relación filial biológica, pues sólo así logra su finalidad tuitiva del interés superior del niño*

La procreación trae consigo, y por sí misma, derechos y obligaciones que surgen del hecho biológico que es la filiación —se trata de una juridicidad innata—. Ésta es una relación de carácter biológico, que surge naturalmente entre los progenitores y el hijo, y que se ordena a proveer a su educación y desarrollo.

Ahora bien, hay situaciones en las que, lamentablemente, ese vínculo filial ya no existe. Ello ocurre cuando el hijo es abandonado o cuando la muerte de sus padres lo convierte en huérfano. ¿Qué hacer allí? **¿Cómo proveer a su educación y desarrollo? Aquí es donde entra el Derecho. Éste, inspirándose en la relación biológica padre-madre-hijo, crea otras relaciones jurídicas por imperio de la ley. La adopción, así, permite emular aquélla relación a su semejanza, para así lograr aquéllos fines y garantizar el interés superior del niño.**

De este modo, **todas las relaciones creadas a semejanza de las biológicas—en el caso, la relación filial adoptiva, creada a semejanza de la relación filial biológica—, deben poder ser reconducidas de un modo u otro a éstas, pues el fin de éstas es el que pretenden obtener.** En otras palabras, deben esforzarse a emularlas con la mayor semejanza posible, pues de allí derivan. Esto lo ha afirmado también el catedrático MARTÍNEZ DE AGUIRRE SALDAZ:

“La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos ‘artificiales’ de filiación adoptiva: eso quiere decir que para crear una relación semejante jurídicamente a la natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural”⁹¹.

Por ello, afirma el mismo autor, se puede decir que la adopción “es una figura jurídica que consiste, fundamentalmente, en instaurar entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, vínculos jurídicos similares a los que hay entre una persona y sus descendientes biológicos”⁹².

6.4. *La mejor manera de proteger el interés superior del niño huérfano o abandonado es que únicamente lo puedan adoptar matrimonios, con una pareja de personas de distinto sexo*

De ese sentido de “relación subsidiaria” de la adopción se sigue una consecuencia radical: si la adopción busca emular la relación filial biológica ante la falta de ésta, es razonable las parejas que adopten sean personas que, con independencia de su fertilidad, hubieran podido asumir aquel rol biológico. Esto es, que sean parejas de personas de distinto sexo.

Se trata de una cuestión que, además de jurídica, científica y moral, es de sentido común. Con sencillez devastadora sostuvo el mismo Fernando SAVATER, filósofo insospechado a todos los efectos, que:

“[D]ecir que tener padre y madre puede ser sustituido por tener dos papás o dos mamás es una sandez del mismo calibre que sostener que pueden tenerse dos pies izquierdos o dos pies derechos sin que el caminar se resienta en lo más mínimo”⁹³.

Como bien sostuvo el Consejo General del Poder Judicial de España (*Estudio sobre la reofrma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, del 26 de abril de 2005), no es posible aquí crear:

“[...] un vínculo semejante al que existiría entre dos homosexuales y su descendencia biológica, porque dos homosexuales no pueden tener descendencia biológica”⁹⁴.

Civilistas como Carlos MARTÍNEZ AGUIRRE DE SALDAZ han compartido también esta postura⁹⁵.

A esa consideración lógica y biológica deben sumarse las razones psicológicas y sociológicas que demuestran la falta de idoneidad de parejas de personas del mismo sexo para proteger y educar al menor, y que serán explicadas en el acápite siguiente. Baste aquí aclarar que el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar exige la posibilidad de compartir experiencias formativas con un padre y una madre, la posibilidad de recibir los afectos diferenciados que, por sus especiales características, pueden darles un padre y una madre.

Por lo tanto, resulta claro para la legislación argentina que, sin perjuicio de los argumentos científicos existentes al respecto, **el interés superior del niño, el cual busca la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos reconocidos en esa ley y en todo el ordenamiento jurídico, exige una adopción realizada por un matrimonio constituido por varón y mujer.** De otro modo no se podría respetar el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar.

Nótese que **la norma no expone un principio de mínima que regirá las conductas de los terceros ante los niños, no dice “para la adopción basta con que los padres no le hagan daño, o basta con que el niño no resulte menoscabado”; la norma exige claramente la “máxima satisfacción” que pueda recibir un niño.** Y si bien, a pesar de las numerosas pruebas existentes, no todos quieren admitir que tener padres homosexuales genera probables daños graves a los niños, **por lo dicho con anterioridad no puede sostenerse que las uniones de esa índole puedan otorgar al niño la “máxima satisfacción” de sus derechos personales, ni el más perfecto desarrollo personal.**

Sólo un padre y una madre pueden dar “máxima satisfacción” al desarrollo de los derechos del niño en su medio familiar y eso no sólo surge del sentido común, sino también de una interpretación sistemática e incluso dinámica del ordenamiento jurídico. Y para que no existan dudas la ley dispone expresamente que esta pauta es aplicable plenamente a la adopción, como ya vimos que establece el art. 3 de la Ley 26.061.

Por lo tanto, por más alta y fuerte que sea la aspiración o pretensión de adoptar, lo cierto es que **dar niños en adopción a parejas de homosexuales, haciendo así que tengan dos padres o dos madres, no es una alternativa conveniente para su interés superior.** No se trata de una cuestión de discriminación, sino de la búsqueda del mayor beneficio para los niños huérfanos y abandonados. Tal como lo sostuvo el Consejo General del Poder Judicial de España:

“La adopción está pensada en beneficio del adoptado y ni el adoptado ni la adopción como instituto pueden ser instrumento de legitimación u homologación de relaciones homosexuales. Lo que se toma en consideración de los adoptantes no son tanto sus deseos, como su idoneidad para ejercer la patria potestad. Plantear la cuestión como un problema de discriminación supone, inconscientemente, hacer pasar por delante del interés del menor las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar”⁹⁶.

Por lo demás, de hecho, las parejas homosexuales demuestran, en general, un manifiesto desinterés en adoptar niños. En efecto, en España hay dos comunidades autónomas que tienen autorizado este tipo de adopciones: Navarra, desde julio de 2000, y sólo hubo dos adopciones hasta 2005, y el País Vasco, desde mayo de 2003, y en dos años sólo hubo una adopción. Y en los tres casos se trató de hijos biológicos de una integrante de la pareja lesbiana⁹⁷.

6.5. La falacia de que sin la adopción por parejas del mismo sexo habría niños abandonados

Contra las consideraciones anteriores podría preguntarse lo siguiente: dado que hay niños en la calle, niños no queridos, niños abandonados, ¿no sería mejor lograr una mayor cantidad de adopciones, con independencia de si se trata de parejas heterosexuales u homosexuales? La respuesta es negativa, pues la propuesta de bajar los estándares sobre la idoneidad de los adoptantes, para así aumentar la cantidad de adopciones, es una salida fácil, y además irreal, porque no contempla la verdadera raíz del problema.

Es cierto que los datos actuales de la realidad argentina no son, generalmente, alentadores. Ello así, pues:

- los padres heterosexuales que quieren adoptar pueden llegar a permanecer más de cinco años en lista de espera para lograr adoptar un niño, y sólo en la Ciudad de Buenos Aires hay unas 6000 familias anotadas, esperando a tramitar la adopción de un niño;
- sólo la ciudad de Buenos Aires adhirió a la ley 25854 que crea el Registro Unico de adoptantes, por lo cual no se puede saber cuántas personas quieren adoptar en todo el país; y
- existen unos 8625 niños en institutos de menores —sólo un 12% de ellos se encuentran allí por delitos⁹⁸,

Esas dificultades a veces se evaden mediante ilegalidades o simulaciones tales como:

- falsificar el certificado de parto y la identidad (aunque actualmente está tipificado como delito);
- los propios juzgados, para acelerar los trámites, remiten a los adoptantes a listas ilegales de adopción;
- simular una relación extramatrimonial con la madre biológica y luego reconoce al chico como propio, para que después la madre biológica renuncie voluntariamente a la maternidad y la madre adoptante tramite una adopción simple; y
- la adopción directa: la madre biológica firma un contrato con los padres adoptantes, afirmando que elige libremente y sin pasar por la justicia, darlo en adopción⁹⁹.

Por tanto, no es cierto que si se niega la adopción a las parejas homosexuales se condena a los niños a la vagancia callejera y el abandono, puesto que **hay literalmente miles y miles de matrimonios, constituidos por padre y madre, buscando adoptar, y el sistema no les da respuesta, o por falta de niños, o por una burocracia que agobia.**

Sin perjuicio de lo anterior, además, **la disminución de las exigencias de idoneidad para adoptar no es la solución coherente con el interés superior del niño**. Realizar trámites y analizar la idoneidad de aquellos que requieren una adopción tiene naturalmente su sentido.

Por tanto, la solución a los problemas referidos está en optimizar y facilitar los trámites de adopción a los miles de matrimonios que lo han solicitado, y que esperan año tras año, y no extender ésta a parejas que objetivamente no tienen todas las condiciones para el desarrollo integral del niño.

7. ESTUDIOS CIENTÍFICOS DEMUESTRAN QUE LA ADOPCIÓN POR PERSONAS DE DISTINTO SEXO OFRECE UN ÁMBITO MÁS FAVORABLE PARA EL DESARROLLO Y QUE LOS ADOPTADOS POR PAREJAS HOMOSEXUALES SE VEN EXPUESTOS A PERJUICIOS GRAVES

RESUMEN:

La ciencia, en particular, la medicina, la psicología, la pedagogía y la sociología, confirman, dentro de su ámbito de competencia específico, las conclusiones a las que se arribó desde el Derecho en el capítulo anterior sobre adopción.

En este sentido, existen numerosos estudios que demuestran que una familia encabezada por una pareja heterosexual genera por sí misma un ambiente más favorable para que el desarrollo psicológico-emocional de los hijos sea saludable y positivo.

La estabilidad y un ambiente adecuado son factores fundamentales en el desarrollo de la psicología de un niño o niña. Por el contrario, frecuentemente se asocian a la población homosexual activa factores de dificultades en la salud mental, como la ansiedad y la depresión, inestabilidad de las relaciones y estilos de vida arriesgados como, por ejemplo, el abuso de sustancias en una proporción del 50%.

A este respecto, no existe ningún estudio suficientemente amplio y satisfactoriamente realizado desde el punto de vista metodológico que avale la inocuidad, o al menos la indiferencia, de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo con respecto a parejas heterosexuales establemente comprometidas en el matrimonio. Por el contrario, existen estudios bien diseñados que indican que los niños y niñas criados por personas del mismo sexo presentan peores valores en diferentes indicadores de salud o sociabilidad. La idoneidad de una pareja como para ser padres adoptivos no debería fun-

damentarse en argumentos superficiales o demagógicos, sino en trabajos científicos que muestren condiciones objetivas y problemas objetivos. En este sentido, si se no se alcanza un resultado contundente a favor de la “no distinción”, debe retrasarse la decisión legislativa hasta que existan, porque el bien de los niños es un prioridad fundamental y no se puede experimentar con ellos haciendo ingeniería social. Teniendo dudas razonables de la conveniencia de la adopción por parejas del mismo sexo, debe desaconsejarse, estando a lo mejor en los intereses superiores del niño.

En conclusión, la ciencia ha demostrado que el matrimonio heterosexual estable es el ámbito propio para lograr el mejor desarrollo y educación de los niños, y que las parejas del mismo sexo generan un contexto negativo y riesgoso para los niños, niñas y adolescentes.

7.1. Un relevamiento de estudios científicos sobre paternidad heterosexual y adopción y convivencia con parejas del mismo sexo demuestra que es inconveniente dar niños en adopción a parejas homosexuales

Se presentarán en este capítulo las conclusiones de estudios científicos, fundamentalmente tomados del mundo académico anglosajón, y en particular de los trabajos de REKERS (2005) profesor de Neuropsiquiatría de la Escuela de Medicina de la Universidad de Carolina del Sur, que cita más de 270 estudios científicos, y aún hay muchos más que coinciden en estos puntos¹⁰⁰. Se lo hace con la intención de facilitar la respuesta a la siguiente pregunta: **si consideramos el bienestar físico, psicológico y social de los niños y niñas, ¿es lo mismo ser adoptado por una pareja heterosexual que por una pareja homosexual?** Así, de estos estudios, y de otros como el BYRD (2005)¹⁰¹ o el de GOLOMBOK y TASKER (1996)¹⁰², junto al de muchos otros¹⁰³, surgen las siguientes conclusiones:

- **Los hogares de parejas de distinto sexo tienen**, por el sólo hecho de tener una figura paterna y una figura materna, **una aptitud exponencialmente mayor para la formación y la educación afectiva** de las futuras generaciones.
- **Los hogares de parejas homosexuales son más riesgosos para los niños.**
- **Hay un daño al derecho a la conformación de la identidad sexual en los niños criados por parejas de personas homosexuales.**
- **Los matrimonios homosexuales son menos estables y duraderos que los heterosexuales; y tienen una clara tendencia a la promiscuidad.**
- **El matrimonio heterosexual estable es el entorno educativo más idóneo frente a cualquier otra alternativa existente en la actualidad.**

7.2. La salud y el desarrollo integral de los niños desamparados y los estudios sobre el entorno familiar inadecuado u hostil en la infancia y adolescencia y otras probables causas de la homosexualidad

Como ya se ha apuntado, entre las causas de la homosexualidad se encuentran un entorno familiar difícil o insatisfactorio en la primera y segunda infancia, y aún en la adolescencia, como puede verse en las siguientes investigaciones.

- Estudios realizados por Bene (1965)¹⁰⁴, muestran que muchos homosexuales percibieron a su padre durante la infancia como un padre distante, hostil, violento o alcohólico, o a su madre como sobreprotectora. El Dr. Richard Fitzgibbons¹⁰⁵ director del Institute for Marital Healing de Filadelfia, sostiene que generalmente la madre es considerada por el hijo homosexual como necesitada de afecto, fría y muy exigente y es percibida por su hija lesbiana como emocionalmente vacía y distante.
- Investigaciones realizadas por Zucker y Bradley (1995)¹⁰⁶ aseguran que los padres de homosexuales no fomentaron la identidad ni la identificación del niño con el propio sexo, lo cual dificultó la construcción de una identidad sexual funcional.
- Otros autores, como Harry (1989)¹⁰⁷, hallan que muchos homosexuales han sufrido malos tratos físicos por parte de sus padres durante la adolescencia.
- Se ha relacionado la homosexualidad con el hecho de haber sufrido abusos sexuales anteriormente (Myers, 1989)¹⁰⁸.
- El resultado de los estudios del psiquiatra Richard P. FITZGIBBONS han arrojado siete factores psicológicos importantes¹⁰⁹: *Soledad y tristeza*, provenientes del rechazo, durante infancia y adolescencia, de sus padres o de sus pares; o del fracaso matrimonial y familiar en su hogar, que lleva a la necesidad de cariño y aprobación de un padre o de una madre, según los casos, que conduce a buscar afectos masculinos o femeninos, respectivamente, por medio del comportamiento homosexual, y cayendo muchos en la promiscuidad como remedo del intento de llenar el vacío de la soledad infantil y adolescente. *Profundos sentimientos de insatisfacción, inseguridad y falta de autoaceptación. Desconfianza y miedo a ser vulnerable en las relaciones heterosexuales*, con incapacidad de sentirse seguro amando a alguien del sexo opuesto, por una madre fría, adicta o crítica en el caso de los varones, o un padre muy colérico o distante, insensible hacia su madre, abusivo, duro, egoísta, adicto o falto de afecto en el caso de las mujeres, surgiendo así una fobia inconsciente de ser heridos/as como vieron que lo fueron sus padres/madres. *Intentos de evadir un excesivo sentido de responsabilidad en el amor familiar del sexo opuesto*, buscando escapar de excesivas presiones y cargas con una homosexualidad sin compromisos ni

obligaciones. *Trauma sexual en la infancia*, que desarrolla una confusión con respecto a su identidad masculina o femenina.

- Hay muchos otros estudios que arriban a conclusiones similares¹¹⁰.
- Dentro de la población homosexual se da con gran frecuencia la comorbilidad, sumando a sus dificultades la depresión grave o trastorno obsesivo compulsivo, que alcanza a casi un 45% de la población estudiada; el aumento de la idea de suicidio con relación a pacientes no homosexuales; las crisis de ansiedad generalizada; una mayor propensión al consumo de drogas, que se ubica en un 50% entre los homosexuales activos; la aparición de trastornos de conducta, especialmente durante la adolescencia; o trastornos de personalidad graves, de los cuales el más frecuente es el narcisismo patológico, con búsqueda ilimitada del hedonismo¹¹¹.
- La homosexualidad parece también ser una consecuencia de haber tenido relaciones homosexuales muy precozmente (Vallejo Ruiloba, 1999)¹¹².

Consecuentemente, es razonable pensar que las experiencias difíciles o tormentosas vivenciadas por los homosexuales en su primera y segunda infancia, e incluso durante la adolescencia, probablemente influirán en las conductas de crianza que adopten posteriormente como “padres”, tutores o educadores. Para esto la sana crítica encuentra el dato científico: está ampliamente demostrado en el ámbito psicológico que el comportamiento humano está muy influenciado por las conductas aprendidas en la infancia, y que el modelado parental ejerce un importante efecto sobre los comportamientos posteriores de los hijos.

No se ignora aquí que no todos los terapeutas están de acuerdo con lo expuesto. Una parte fundamental de los logros del conocido *lobby gay* pivota sobre dos grandes hitos.

El primero de estos hitos es el Informe Kinsey, de 1948, científico, que propaló, por ejemplo, aquello de que «un 10% de la población es homosexual», cuando multitud de estudios recientes y confiables señalan que se trata de aproximadamente casi un 3% de los varones y en torno al 2% de las mujeres.

El segundo hito fue la **exclusión en 1973 de la homosexualidad de los trastornos psicológicos** contemplados en el DSM-III (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), en una maniobra de presión y agitación muy fuerte contra la American Psychiatric Association (APA), de la cual depende dicho *vademecum*.

- En efecto, la eliminación ocurrió debido a las insistentes y fuertes protestas que activistas homosexuales protagonizaron durante las sesiones de conferencias en los congresos anuales de 1971 y 1972 que organizó esta Asociación.

- La APA había entonces formado un panel de expertos dirigidos por el Dr. Socarides, especialista en trastornos sexuales. Luego de dos años de estudios se concluyó que la homosexualidad era un trastorno del desarrollo psicosexual. Pero por las presiones el informe se archivó en 1972.
- Pero las presiones recrudecieron en 1973, con invasión de las salas, sustitución de oradores, etc. La decisión que se tomó sobre el manual fue de naturaleza política y no científica. Se llamó a votar a sus 30.000 miembros, pero votaron tan sólo el 25% de ellos. La votación concluyó por eliminar la homosexualidad del manual, y se resolvió por el 58% de los votos contra el 42%. Se hizo así del consenso y las votaciones el criterio científico, y olvidando el criterio de la certeza o diagnóstico etiológico¹¹³. Cualquier profesional que no se plegase era separado del ambiente científico. Cualquier homosexual que disintiese no era más que un reprimido. En 1977 se realizó en la APA una encuesta a 10.000 miembros y el 69% afirmó que la homosexualidad es más bien patológica.
- Es interesante subrayar que el Dr. Robert L. Spitzer, que es quien dirigiera la campaña en la Asociación Psiquiátrica Americana para que dejara de incluirse a la homosexualidad en la lista de desórdenes psiquiátricos, enfrentado luego con la evidencia de que muchos homosexuales dejaban de serlo, cambió de opinión y paradójicamente hoy está a cargo de la NARTH (National Association for Research and Therapy of Homosexuality):

“Yo pensaba que el comportamiento homosexual no podía ser resistido, pues la orientación sexual no podía ser cambiada. Ahora creo que eso es falso: algunas personas pueden hacer y hacen el cambio.”¹¹⁴.

- Spitzer publicó un fundado trabajo en 2003 la revista científica *Archives of Sexual Behavior*, en el que dio a conocer un estudio sobre epidemiología psiquiátrica, que a través de numerosos casos médicos demuestra que la homosexualidad es una dolencia y puede curarse.
- Así como en 1973 con tácticas de alta presión se eliminó la homosexualidad del DSM-III , el «diccionario que determina qué es enfermedad psiquiátrica y qué no», en 2012 se debe aprobar una nueva edición, la DSM-V. Y ya se **discute eliminar todas las parafilias como enfermedades (zoofilia, sadismo, masoquismo, necrofilia, bestialismo, electrocutofilia, vampirismo, etc., y aún pedofilia)**.
- Dos años más tarde la American Psychological Association sufrió similares presiones y tomó la misma postura que la APA. Hoy, esta Asociación se ha propuesto volver parcialmente para atrás. En efecto, la Asociación de Psicólogos revisó algunas de sus directrices para permitir que los terapeutas ayuden a los

homosexuales que lo soliciten a rechazar a controlar sus impulsos y a conformar una nueva identidad sexual¹¹⁵. **La propuesta de la APA anexa un estudio de seis años que demuestra que más de un 38% de casos han revertido su homosexualidad, o al menos se sienten desvinculados de ella.** Por primera vez desde el negacionismo de 1973 se permite tratar de alguna manera la homosexualidad a profesionales de la medicina o la salud mental, con tratamientos que no sean exclusivamente la aceptación o la promoción. Este cambio de actitud supone una vuelta a la cordura y a los criterios científicos y médicos, además de humanitarios.

- Como reacción a esas presiones sobre los psiquiatras, y buscando cuidar y curar a los homosexuales que decidieran cambiar su orientación sexual, se fundó por varios psiquiatras estadounidenses la National Association for Research & Therapy of Homosexuality (www.narth.com). Actualmente está presidida por el Dr. Joseph Nicolosi. Todos estos psiquiatras no adhieron a esa eliminación del listado de problemas psiquiátricos, considerando que la homosexualidad es un síntoma de un problema emotivo y que representa necesidades emotivas insatisfechas desde la infancia, especialmente en la relación con el progenitor del mismo sexo, pues ese niño puede desarrollar un síntoma de atracción hacia el propio sexo u homosexualidad.
- Por otro lado, el Institute for Marital Healing de Filadelfia, Estados Unidos, actualmente dirigida por el Dr. Richard Fitzgibbons tampoco aceptó la postura que tomó la APA frente a la homosexualidad¹¹⁶.

7.3. Estudios sobre algunas características psicológicas y psiquiátricas asociadas a la homosexualidad e inconveniencia la adopción por parejas del mismo sexo

Conviene señalar algo más sobre determinadas características psicológicas y psiquiátricas que suelen ser asociadas a la homosexualidad: neuroticismo y psicoticismo, tendencia al suicidio, tendencia al abuso de sustancias y persecución sexual. Son elementos importantes para tener en de que no se puede hacer experimentos con los menores, que no son conejitos de Indias.

- **Neuroticismo y Psicoticismo:** Investigaciones recientes realizadas por Zietsch, Verweij, Bailey, Wright y Martin (2009)¹¹⁷ muestran que los homosexuales presentan indicadores de mayor vulnerabilidad a estos desordenes que los heterosexuales. Estas evaluaciones se realizaron con la conocida escala de medición de la personalidad: NEO-P-R de Costa y McCrae.

- **Abuso de sustancias:** Existen estudios realizados por Hughes (2006)¹¹⁸ que muestran que el 50% de los homosexuales activos admiten consumir sustancias ilícitas. Por otro lado, estos mismos estudios muestran que las lesbianas beben más que las mujeres heterosexuales.
- Investigaciones realizadas por Cochran y Cauce (2006)¹¹⁹ hallaron que cuando lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales ingresan a tratamientos por consumo de sustancias lo hacen con niveles más severos de problemas de abuso y mayores psicopatologías, comparados con los pacientes heterosexuales.
- **Tendencia al suicidio:** Investigaciones muy bien diseñadas y controladas realizadas por Fergusson, Horwood & Beautrais (1999)¹²⁰ y por Herrell, Goldberg, True, Ramakrishnan, Lyons, Eisen y Tsuang (1999)¹²¹, han reportado que los homosexuales varones, las lesbianas y los jóvenes bisexuales presentan mayores riesgos de tener conductas suicidas en comparación con los heterosexuales. McBee y Rogers¹²² realizaron una amplia revisión de la literatura científica sobre tendencia al suicidio, y sostienen que está aumentando el riesgo de suicidio en los *gays* y las lesbianas. Otros estudios de Bagley y Tremblay¹²³ sugieren que los homosexuales y los bisexuales hombres tienen 14 veces más riesgos serios de suicidios que los hombres heterosexuales. En el estudio realizado por Remafedi, Farrow y Deisher (1991)¹²⁴ se estudiaron a 137 *gays* y bisexuales varones entre 14 y 21 años. Estos autores descubrieron que aquellos quienes tuvieron intento de suicidio habían adoptado una identidad *gay* y bisexual en edades tempranas.
- **Secuelas de persecución sexual:** Varios estudios han informado proporciones significativamente más altas de abuso sexual en la niñez de los homosexuales en comparación a los adultos heterosexuales (Dimock, 1998¹²⁵; Johnson, Diane y Shrier, 1985¹²⁶ y 1987¹²⁷). En una muestra muy representativa de 16.000 adultos homosexuales un alto porcentaje refirió haber sufrido agresión sexual de niños por un adulto (Trajaden, Thoennes y Allison, 1999¹²⁸). Consistente con los estudios recientemente mencionados investigaciones realizadas por Cameron y Cameron (1995)¹²⁹, con una muestra de 5182 adultos, descubrieron que un porcentaje importante de los homosexuales habían tenido relaciones incestuosas durante la niñez: el 35% de los homosexuales varones reportaron haber sido abusados sexualmente en contraste con el 5% de los heterosexuales. Investigaciones posteriores han mostrado que las lesbianas y los *gays* han sufrido grandes niveles de persecución sexual en edades tempranas (ej., coerción sexual), significativamente mayores que los heterosexuales. Aún la literatura no es clara acerca de la relación con el hecho de que los que perpetraron esa coerción sexual fueron personas del mismo sexo o no (Burke y Follingstad, 1999¹³⁰; Duncan, 2000¹³¹; Waldner-Haugrud y Linda V., 1997¹³²). Un amplio estudio realiza-

do en hombres homosexuales mostró que el 27.6% había sufrido agresión sexual o habían tenido sexo contra su voluntad (Hickson, Davies, Hunt, Weatherburn, McManus y Coxon¹³³).

- Un estudio realizado con 1100 participantes mostró que el 93% de los homosexuales habían tenido experiencias sexuales con parejas más adultas o más poderosas que ellos durante la niñez o la adolescencia, y en el 37% de los casos esos contactos con adultos fueron coercitivos antes de llegar a los 19 años. El abusador en el 94% de los casos era un hombre. El 51% de las veces habían sido forzados y el 33% tuvo sexo anal (Doll, Joy, Bartholow, Harrison, Bolan, Douglas, Saltzman, Moss y Delgado, 1992)¹³⁴. Una investigación con una muestra más pequeña realizado con 110 *gays* y bisexuales latinos mostraron tendencias similares. La mitad de la muestra reportó haber sido abusado sexualmente en la niñez antes de los 16 años (Diaz, Morales, Bein, Dilan y Rodriguez, 1999)¹³⁵.

7.4. Riesgos físicos y psíquicos a que se expone a los niños que se crían con parejas del mismo sexo

Por lo anterior, los hogares de parejas homosexuales **pueden ser seriamente riesgosos para la salud e integridad de los niños desamparados**. Investigaciones empíricas y experiencias clínicas demuestran que los hogares con adultos que tienen relaciones sexuales de tipo homosexual introducen inherentemente más factores estresantes a los niños y niñas adoptados porque **estos adultos presentan más problemas psicológicos, como la ansiedad, la depresión, ideas e intentos de suicidio, suicidio y desórdenes de la conducta, y de HIV. También se dan con mayor frecuencia el abuso de sustancias y la violencia en la pareja. Son sustancialmente menos estables que las familias heterosexuales y privan a los niños y niñas de los beneficios de tener padres relativamente mejor ajustados desde el punto de vista psicológico y de los beneficios de tener una figura paterna y materna.**

- Entre 1990 y 2004, se han registrado ocho libros que contienen entrevistas documentadas a hijos de padres homosexuales, en total son 251 casos: de los 57 hijos e hijas de padres homosexuales reportados por RAFKIN y SAFFRON, más del 90% mencionó uno o más problemas, y el 90% los atribuyó directamente al hecho de la homosexualidad de sus padres.
- Respecto del SIDA, en el año 2002, en Estados Unidos, la incidencia del SIDA entre las defunciones constatadas por dicha enfermedad fue de 27 veces más entre la población homosexual que entre la heterosexual.
- Estudios científicos¹³⁶ demuestran que hay una mayor **incidencia de riesgo de abuso sexual** a los menores y mayor uso de sustancias tóxicas por los adultos

de orientación homosexual. En hogares en los que habita un adulto homosexual, los niños tienen más probabilidades de experimentar estrés y perjuicios asociados al abuso sexual por parte de un adulto homosexual, que por su lado, existen más probabilidades el homosexual perpetúe un abuso sexual que una figura parental heterosexual¹³⁷.

- Estudios científicos demuestran que la crianza por progenitores homosexuales es más estresante para los niños¹³⁸, que las uniones homosexuales son significativamente más inestables que las heterosexuales¹³⁹, que las parejas homosexuales tienen una incidencia mayor de trastornos depresivos¹⁴⁰, y una mayor incidencia de ideación suicida e intentos de suicidio¹⁴¹.
- Un estudio de Shea *et al.*, en 2005, confirma que hay una gran cantidad de evidencia que vincula la desintegración de la familia con resultados adversos para la salud de los niños y la sociedad en su conjunto. El matrimonios *gay*, con su inestabilidad inherente, contribuirá a los muchos efectos adversos que la desintegración de la familia tiene en los niños y en la sociedad¹⁴².
- Desde el punto de vista psicológico, hay indicios de que los homosexuales presentan más problemas de soledad, baja autoestima y también depresiones (Vallejo Ruiloba, 1999)¹⁴³, lo que crea un clima no propicio para la crianza de un niño.

7.5. Estudios sobre el daño a la identidad sexual en los niños criados por parejas de personas homosexuales y el daño a los derechos del menor

Numerosos estudios científicos concluyen que hay un **desmedro del derecho a la conformación de la identidad sexual** en los niños criados por parejas de personas homosexuales¹⁴⁴. De esta manera, **los menores adoptados por parejas de personas homosexuales del mismo sexo tienen una mayor tendencia a desarrollar la misma orientación sexual**.

- Existen estudios que demuestran que un hijo de padres homosexuales del mismo sexo tienen una mayor tendencia a desarrollar, a lo largo de su vida, una orientación homosexual. En efecto, en el estudio de GOLOMBOK y TASKER¹⁴⁵ llegó a esa conclusión por las siguientes razones:
- el exceso de hormonas puede incrementar la probabilidad de que la persona en cuestión sea homosexual, o al menos bisexual;
- el hecho de tener padres homosexuales hace que los niños carezcan de modelos de conducta y afectividad heterosexual; y

- la mayoría de los menores estudiados que admitieron haber considerado tener una relación homosexual eran provenientes de hogares con padres homosexuales del mismo sexo (14 menores, frente a sólo 2 que, proviniendo de hogares heterosexuales, admitieron lo mismo).
- En síntesis, este estudio concluye que, si bien no hay evidencia que sugiera que los padres influyen directamente en la orientación sexual de sus hijos, sí la hay respecto a que la orientación sexual de los padres y la ausencia de los roles paterno y materno crean un ambiente de aceptación a la homosexualidad, y ello se traduce en una mayor tendencia de los menores a la homosexualidad.
- La Academia Americana de Pediatría, en 1995, publicó una investigación en donde se estudió a 75 jóvenes adultos entre 17 y 43 años que eran hijos de bisexuales o homosexuales. Su resultado fue que:

“el 9% de ellos eran homo o bisexuales, mostrando una tasa de homosexualidad mayor de la sugerida por estudios poblacionales, que puede encontrarse alrededor del 1% en adolescentes estadounidenses y alrededor del 3,7% en adultos británicos”¹⁴⁶.

- En similar sentido, Enrique ROJAS, reconocido psiquiatra español, ha afirmado:

“Los hijos de padres homosexuales tienen más probabilidades de ser ellos homosexuales, les falta información sobre la riqueza de la naturaleza humana y es más probable que crezcan con desajustes de personalidad”.

- Finalmente, puede mencionarse el documento *“No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo”*, publicado en Madrid en 2005¹⁴⁷. En ese trabajo, donde los investigadores contaron con la colaboración del Instituto de Política Familiar y el Foro Español de la Familia se aporta **información y documentación muy relevante sobre los riesgos para los niños que plantea la adopción por uniones de homosexuales, identificados en numerosos estudios y artículos científicos a los que se hace referencia. Incluye citas y comentarios de más de 230 trabajos de investigación de todo el mundo.** En sus primeras páginas resume la conclusión del trabajo:

“Resulta chocante que se afirme que hay un consenso entre los investigadores sobre la inocuidad de la adopción por parejas homosexuales, cuando muchos de los más relevantes no están de acuerdo con esa afirmación”.

- En dicho Informe de 2005 puede verse, por otra parte, que en tal conclusión coinciden el Presidente de la Asociación Mundial de Psiquiatría (J.J. López-Ibor), la Asociación Española de Pediatría (que ha comunicado que “un núcleo familiar con dos padres o dos madres es claramente perjudicial para el armónico

desarrollo de la personalidad y adaptación social del niño”) e incluso el American College of Pediatricians en su Informe “Parenting Issue: Homosexual Parenting: Is It Time For Change?”.

7.6. *Los prejuicios a los menores adoptados derivados de la clara tendencia de la población homosexual a la promiscuidad y a uniones sensiblemente menos estables y duraderas que las heterosexuales*

A lo señalado hasta aquí hay que sumar que en la población homosexual activa hay una clara tendencia a una alta promiscuidad, y que sus uniones, sean de hecho, sean con legalización como unión civil o como matrimonio en los países donde se aceptó dicha figura, son mucho menos estables, fieles y duraderas que las heterosexuales.

- La mayor promiscuidad en las relaciones homosexuales es un dato cierto. Un autor *gay*, Gabriel Rotello, sostuvo que toda la liberación homosexual se fundó sobre una fraternidad de promiscuidad. Esta afirmación se sustenta con muchos datos científicos.
- Un famoso estudio realizado por BELL y WEINBERG en 1978 en la Universidad de Indiana arrojó que sobre 574 hombres blancos homosexuales, el 43% reportaba 500 ó más compañeros sexuales en su vida, y el 60% 250 ó más. El 79% de los hombres homosexuales blancos reportaron que más de la mitad de sus compañeros sexuales eran extraños para ellos; sólo el 1% testimonió que todos sus contactos sexuales eran personas conocidas para él. Asimismo, advirtió que más del 75% de hombres blancos homosexuales tuvieron relaciones sexuales con más de 100 hombres.
- Un estudio llevado a cabo por MICHAEL, GAGON, LAUMANN y KOLATA (1994) encontró que la mayoría de parejas heterosexuales eran monogámicas mientras duraba su matrimonio. El 94% de parejas casadas habían tenido una sola pareja en los últimos 12 meses. En cambio, los hombres homosexuales que habían tenido relaciones sexuales con alguien además de su pareja rondaban el 66% durante el primer año, y ascendían al 90% si la relación duraba más de cinco años. Asimismo, únicamente 15% de los hombres homosexuales y 17.3% de las mujeres homosexuales duraban mas de 3 años en una relación¹⁴⁸.
- Estudios realizados por el conocido psiquiatra holandés Gerard van den Aardweg, holandés, Doctor en Psicología por la Universidad de Amsterdam y especialista en terapia de la homosexualidad, afirma que los "matrimonios" homosexuales representarían las relaciones más duraderas entre homosexuales. Pero incluso las más duraderas no son en absoluto lo equivalente al matrimonio. Una carac-

terística constante de estas relaciones es su breve duración y la **ausencia de fidelidad**. Un amplio estudio realizado en Estados Unidos sobre 574 hombres homosexuales ha concluido que el 9% no había tenido una relación “duradera”, el 17% una, el 10% dos, el 13% cuatro, el 16% seis. **Hay que interpretar estos datos considerando que la cuarta parte tenían menos de 25 años y la mitad menos de 35**. El número de parejas sexuales daba idea también de la promiscuidad de este grupo: sólo tres personas habían tenido un solo compañero, el 1% había tenido entre 3 y 4, el 2% entre 5 y 9, el 3% entre 10 y 14, el 8% entre 25 y 49, y de ahí hacia arriba...

- El estudio de Philip Blumstein y Pepper Schwartz, que investigó en detalle sobre la vida sexual de las parejas norteamericanas (1983), demostró que, de entre la población homosexual que deciden formar pareja, sólo un tercio de los que formaban pareja consideraba importante la monogamia¹⁴⁹. Los autores concluyen que **"un homosexual monógamo es una figura tan rara que los otros homosexuales no la creen posible"**.
- Estudios realizados por numerosos autores, tales como Hsu, Ko, Hsueh, Yeh y Wen, (2000)¹⁵⁰, Markowitz (1993)¹⁵¹, Shernoff (1999)¹⁵² y Goode y Troiden (1980)¹⁵³, entre otros, **manifiestan que la promiscuidad es entendida por los gays como una estilo de vida**.

Las cifras confirman que entre los rasgos de las parejas homosexuales no figura precisamente la estabilidad. **Estos datos son importantes no sólo para comprender lo improbable que es un "matrimonio" homosexual, sino también para entender en qué situación se acabarían encontrando los niños que fueran adoptados por tales parejas. En comparación con las parejas heterosexuales, ya que la proporción de parejas homosexuales que se separan en los primeros 18 meses es significativamente más alta, y a esto debe sumarse que los homosexuales presentan además porcentajes enormemente más altos de infidelidad.**

El Consejo General del Poder Judicial de España aludió a estos datos cuando emitió su dictamen sobre el proyecto de ley español de 2005, **sosteniendo su inconstitucionalidad, concluyendo que la “inestabilidad que caracteriza sociológicamente” a las parejas del mismo sexo las torna inidóneas para “proporcionar al niño adoptado un ambiente de humanización y socialización adecuado”**¹⁵⁴.

7.7. Datos comparativos en el rendimiento escolar y la idoneidad del matrimonio con padre y madre estable como entorno educativo para los menores frente a cualquier otra alternativa

La literatura científica coincide en señalar que **el matrimonio heterosexual estable es el entorno educativo más idóneo** en comparación con cualquier alternativa existente en la actualidad.

- Estos resultados se confirman para una variedad de indicadores: indicadores escolares y académicos como los niveles adquiridos de lenguaje, matemáticas o el menor fracaso académico; mayor integración social y sociabilidad; menor abuso de sustancias; menor delincuencia o problemas con la ley; menor frecuencia de trastornos del comportamiento alimentario como la anorexia o la bulimia; mejor salud mental y autoestima; mejor proceso del desarrollo de la identidad sexual y menos conductas sexuales arriesgadas.
- Un estudio de Rigs señala que los niños que han crecido en hogares con padres del mismo sexo tienden a ser más promiscuos.
- El ex homosexual Stephen Bennett que está casado con su esposa y tiene dos niños declaró: “La concesión a los homosexuales del derecho a casarse o adoptar niños es, deliberadamente, la creación de familias disfuncionales”.

Lo anterior no llama la atención. Los hogares heterosexuales, por el sólo hecho de tener una figura paterna y una figura materna, tienen una aptitud exponencialmente mayor para la formación y la educación afectiva de las futuras generaciones.

En efecto, es un hecho que padre y madre tienen significados diversos. Es decir, cada uno contribuye de un modo muy distinto al desarrollo del niño. El Dr. Dean BYRD destaca que en cuanto a modos de ser, se ha documentado que las madres son más flexibles y simpáticas, mientras que los padres suelen ser más directos y consistentes¹⁵⁵. Las madres tienden a poder leer las expresiones faciales de sus hijos, mientras que los padres no tanto. En el ámbito de la disciplina, los padres suelen ser más estrictos y firmes mientras que las madres suelen ser más comprensivas y dispuestas a negociar¹⁵⁶.

- Incluso en el modo que los niños juegan se observan diferencias ya que las madres suelen dejar que los niños se adaptan y jueguen a su ritmo, mientras que los padres suelen ser más de repartir y seguir instrucciones¹⁵⁷.
- Estos niños suelen tener problemas de conducta y autoestima bajo entre otros problemas. Esto se debe a la ausencia de padre o madre en el hogar, lo que provoca inestabilidad tanto en la vida social como escolar del menor. Es innegable que la presencia de una madre y un padre es la mejor opción para el de-

sarrollo del niño. Lo cual no obsta a que luego incluso en este ambiente optimo no surjan problemas, pero en definitiva, las probabilidades son menores¹⁵⁸.

7.8. Falta de fiabilidad científica y de corrección metodológica de los estudios que afirman que es “indiferente” criarse con parejas del mismo sexo

Existen artículos publicados en revistas científicas cuyas conclusiones sostienen que no se advierten diferencias en la salud, educación e integridad de niños criados y educados por dos padres del mismo sexo frente a aquéllos que lo fueron por padres de distinto sexo. Sin embargo, **esos estudios carecen de evidencia científica sólida, tienen crasos errores de metodología científica, y están contaminados con subjetividades “a priori”**.

Como han afirmado en un amplísimo y documentado estudio de más de 150 páginas Robert Lerner y Althea Nagai¹⁵⁹, estos estudios presentan, en general, alguno de los **siguientes defectos metodológicos**:

- **definición de la hipótesis y los objetivos de la investigación de modo impreciso y poco claro;**
- **ausencia de grupos de comparación o utilización de grupos de comparación inadecuados;**
- **mediciones auto-construidas, poco confiables o inválidas;**
- **ausencia de muestras aleatorias, utilizando, en cambio, participantes que voluntariamente se ofrecen o son reclutados específicamente para el estudio;**
- **muestras muy pequeñas como para ser significativas; y**
- **ausencia o falta de adecuación de análisis estadísticos.**

Eso los priva de valor científico serio. Por lo tanto, ante la duda, el “interés superior del niño” proscribire la adopción de políticas que implican, en el fondo, experimentación social con nuevas formas de crianza y educación cuya seguridad no ha sido debidamente comprobada. Como dice DURÁN RIVACOBBA, Catedrático de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo:

“Mientras las innovaciones no cuenten con suficiente apoyo, tampoco deberían ser probadas en población que por diversas razones sufre la carencia del abandono previo. [E]l beneficio único de los menores aconseja operar con la cautela debida y no someterles a experimentos sociales de riesgo”¹⁶⁰.

El análisis científico, concretamente el método científico, es un proceso complejo que, si bien resulta beneficioso a la hora de realizar encuestas y arribar a conclusiones,

también puede ser perjudicial y las mismas conclusiones pueden resultar erróneas si los pasos que requiere el método científico no son llevados a cabo adecuadamente.

A la hora de tomar en cuenta los resultados que arroja un estudio, y especialmente en esta temática, **no hay que olvidar que en su mayoría las personas o organizaciones que las realizan tienen mucho interés en la obtención de un resultado dado. Asimismo, hay que tomar en cuenta que, a la hora de modificar una determinada legislación y política pública, la utilización de encuestas o estudios científicos deficientes o inadecuados puede tener consecuencias gravísimas.**

Veamos brevemente, uno a uno, los defectos de método científico apuntados.

Los estudios carecen de hipótesis y objetivos de investigación definidos conforme al método científico. Cualquier estudio que se precie de ser científico debe partir de una hipótesis bien definida. Si falla en este primer paso, necesariamente fallará en todos los demás, y por lo tanto en la conclusión. La hipótesis debe definirse por medio de una relación conceptual explícita entre dos variables donde una cosa causa la otra¹⁶¹.

Los estudios que sostienen que no hay diferencias en las relaciones familiares y de desarrollo emocional en familias de padres homosexuales y en las de padres heterosexuales, en general, no parecen haber formulado adecuadamente sus hipótesis. Un ejemplo. En el estudio de BREWAEYS ET AL (1997), se examinó las relaciones familiares y desarrollo emocional, de comportamiento y de género en menores de 4 a 8 años, frutos de inseminación en una mujer homosexual, comparadas con las relaciones de una familia heterosexual que concibieron sus hijos por medio de la inseminación y con aquellas familias heterosexuales que concibieron por medios naturales. Su conclusión fue que no había diferencias significativas¹⁶².

Sin embargo, ese estudio presentó sus hipótesis como medio de buscar posibles diferencias. Mas eso no es una hipótesis, sino meramente una formulación descriptiva. Si uno se centraliza en lo que resulta “característico” de una población, se termina excluyendo un hecho que puede no ser característico, pero ser recurrente¹⁶³.

Es común que en los estudios no se rechace la hipótesis nula, que como bien se sabe está construida para anular y así apoyar una tesis alternativa, y consecuentemente se concluye falsamente que no existe diferencia en el resultado final de menores criados por homosexuales y menores criados por heterosexuales. Por lo tanto, como la regla general en un análisis es rechazar la hipótesis nula, aquellos estudios que no intentan demostrar que no existe diferencia entre homosexuales y heterosexuales en cuanto a cómo se proyectan los menores, tienen deficiencias graves¹⁶⁴.

Los estudios carecen de medios de control y grupos de comparación adecuados que aislen las variables involucradas en el análisis. Una vez formulada la hipótesis, y si ésta está bien hecha, se pasa al próximo paso: examinarla. Es muy común que los estudios hechos en materia del impacto sobre el menor en cuanto a padres homosexuales o heterosexuales fallen a la hora de aislar variables. Si uno desea demostrar que “A” causa “B”, debe eliminar las demás causas de “B”. Para eso es necesario un grupo alternativo con el cual comparar y controlar, pues no se puede fiar únicamente en los resultados de los exámenes realizados¹⁶⁵.

Patterson (1997), en estudios realizados en los Estados Unidos¹⁶⁶, concluyó que los hijos criados por madres homosexuales casadas no presentaban deficiencias educativas significativas.

Sin embargo, **esos estudios carecían de un grupo “control”**: era imposible saber si las muestras de madres lesbianas utilizadas en el estudio se diferenciaban de otras muestras debido a la “orientación sexual” o por otro factor completamente distinto.

Cuando se realiza un estudio, los grupos analizados deben ser idénticos con la excepción de un variable independiente. De los 49 estudios que analizan los autores, únicamente 23 han controlado posibles variables externas que puedan influenciar en los resultados. Estos estudios fueron los de Bigner y Jacobsen (1989, 1989, y 1992); Breways et al (1997); Chan et al (1998); Flaks et al (1995); Golombok and Tasker (1996); Golombok et al (1983); Green (1982); Green et al (1986); Harris and Turner (1985); Hoeffler (1982); Huggins (1989); Javaid (1992); Kirkpatrick et al (1981); Koepke et al (1992); Kveskin and Cook (1982); Lewin and Lyons (1982); Lyons (1983); Miller et al (1982); Pagelow (1980); Riddle and Arguelles (1989); Tasker and Golombok (1995); Turner et al (1990). Koepke, Riddle y Turner no tenían grupos heterosexuales de control¹⁶⁷.

Se deben tener en cuenta una serie de variables externas en este tipo de análisis. Uno de ellos es la edad, que muchas veces en los estudios que se realizan las muestras son mínimas y por lo tanto se obtienen resultados insignificantes. En el estudio “Flaks et al” (1995) se compararon niños y niñas concebidos por medio de inseminación a través de un donante y criados por lesbianas y por otro lado, por parejas heterosexuales. Los investigadores tienen 8 niñas y 7 niños en cada grupo. Téngase presente que aquí se estaría violando unos de los principios estadísticos más importante que postula que para probar una diferencia de media entre variables es necesario que al menos cada grupo estudiado esté compuesto por 30 sujetos, aunque lo óptimo sería tener 120 sujetos por grupo para lograr una distribución normal de los datos¹⁶⁸. Dado las dos variables independientes que utiliza el grupo-preferencia sexual y el sexo del menor las probabilidades de encontrar un resultado de poco impacto son altas. Otro factores a tener en cuenta son la educación: en el estudio Golombok (1976) los resultados de-

mostraron que el nivel de educación en las madres lesbianas era más alta que en padres heterosexuales. A pesar de ser un dato importante, muchas veces este factor no se toma en cuenta en el análisis¹⁶⁹.

Los estudios carecen de validez, parcialidad y confiabilidad en las medidas utilizadas. En el método científico es de suma importancia analizar las medidas que se usan y preguntarse si son auto-construidas, si son confiables y por último, si son válidas. La clave para que las medidas utilizadas en los estudios sean precisas es que se utilicen medidas que han sido comprobadas científicamente que funcionan.

Un ejemplo de esto es el estudio de Patterson quien, luego de haberse negado ante tribunales del Estado de Florida a presentar la documentación que los respaldaba, admitió que la comparación no se había realizado entre parejas de mujeres homosexuales y parejas heterosexuales, sino entre aquéllas y madres solteras.

De los 49 estudios analizados, 23 aparentan haber creado sus propias medidas. Y esto es generalmente desaconsejable o al menos torna el estudio dudable¹⁷⁰.

Los estudios utilizan muestras seleccionadas en forma no aleatoria y muestras tan pequeñas que no pueden generalizarse. En lo que hace a las muestras, estas pueden ser de dos tipos: muestras probabilísticas y muestras no probabilísticas. Esta distinción es fundamental ya que no se puede generalizar utilizando muestras no probabilísticas.

De los 49 estudios en cuestión, 44 utilizaron muestras no probabilísticas. Uno no puede generalizar en base a estos estudios. Como dice el autor, es posible derivar tendencias a lo sumo pero nada confiable ni definitivo¹⁷¹.

En el estudio Patterson, ella dice que un 10% de la población estadounidense es homosexual, fundándose en el estudio Kinsey. Asimismo dice que esa cifra es menor a la actual, sin tener ningún fundamento científico para ello. Uno no puede realizar estimaciones de la población basándose en muestras voluntarias. El estudio Kinsey se basa exclusivamente en muestras no probabilísticas que se apoyan mayoritariamente en voluntarios y poblaciones subrepresentadas como reos¹⁷².

Por lo tanto, todos los estudios tenidos en cuenta sobre padres homosexuales y sus hijos, con la excepción de sólo cinco estudios, utilizan métodos no probabilísticos y por lo tanto no pueden contestar el interrogante de si hay o “no hay diferencia” entre homosexuales y heterosexuales y sus hijos¹⁷³.

Además, generalmente estos estudios están plagados de subjetividad porque como regla el público general es inactivo, por lo tanto los que pertenecen a alguna organización tienden a participar más en encuestas y estas personas suelen ser activas en estas cuestiones. La utilización de publicaciones fue una forma de atraer homosexuales y no heterosexuales para los estudios. 17 estudios se basaron en el público obtenido

de panfletos de organizaciones feministas o gay-lesbianas mientras que una muestra heterosexual fue obtenida de una *Newsletter* feminista. Esto lleva a minimizar antes que maximizar las diferencias¹⁷⁴.

Los estudios carecen de análisis estadísticos adecuados. Finalmente, de los 49 estudios analizados por Robert LERNER y Althea NAGAI:

- *cuatro no contienen ningún análisis estadístico del data recopilado* (BARRETT and ROBINSON, 1990); McCANDISH, 1987; Ross, 1988; WEEKS et al, 1975);
- *18 utilizan estadísticas descriptivas, sin base para poder generalizar los resultados obtenidos;*
- *cinco utilizan testing vía estadísticas pero no utilizan un grupo de control* (Bailey et al, 1995; CROSBIE-BURNETT and HELBRECHTY, 1993; RAND et al, 1982; Turner et al, 1990; KOEPKE et al, 1992;
- *22 grupos testing vía estadísticas en comparación con al menos un grupo de control;* y
- *48 de los estudios carecen de estadísticas suficientes como para convalidar sus resultados.*
- Ello impide realizar, a partir de esos estudios, generalizaciones confiables¹⁷⁵.

También en el documento “*No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*” (2005)¹⁷⁶ se demuestra, tal como hemos visto en los párrafos anteriores, que desde el punto de vista metodológico muchos de los estudios que se citan para apoyar la adopción por uniones homosexuales carecen del mínimo rigor exigible para ser calificados de científicos.

De todo esto, cabe concluir que **los resultados de una familia de padres homosexuales son desconocidos**, pues **los estudios a largo plazo**, como el de Nanette GARTREL¹⁷⁷, **son escasos, y pecan de los mismos errores metodológicos ya indicados**. El estudio de GARTREL, si bien lleva 24 años, se ha limitado únicamente al rendimiento escolar de niños y niñas de entre 10 y 17 años en hogares con madres homosexuales. Sin extenderse en la crítica, adviértase a este respecto que el estudio es parcial en la característica personal que se compara (el rendimiento escolar, excluyendo, v.gr., la capacidad y madurez afectiva) y en las edades de los niños (10 a 17, excluyendo las edades cuando las tendencias a la homosexualidad se hacen más notorias).

7.9. Algunos casos que ponen de manifiesto la necesidad de mantener el régimen de adopción exclusivamente a favor del matrimonio entre personas de distinto sexo

Por otra parte, diversos testimonios de niños que han crecido en hogares homosexuales dan cuenta de los serios problemas o de las difíciles situaciones a los que son sometidos los mismos. Sirvan como ejemplo de muchos de ellos **los casos de Dawn Stefanowicz y Ry y Cade.**

El caso de Dawn Stefanowicz¹⁷⁸

Dawn creció en un hogar homosexual en los años 60 y 70 en Toronto, Canadá. Desde niña sufrió el abandono de su padre, que se iba de viaje con sus compañeros (incluso, su padre vestía ropa *unisex*, lo cual le dificultaba diferenciarlo varón y mujer).

Como la mayoría de los niños que son creados en estos ambientes, Dawn fue de vacaciones a destinos *gays*, expuesta al estilo de vida de los LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), concibiendo “el sexo como gratuito”, y sin ningún tipo de pudor. Estuvo expuesta a prácticas sexuales explícitas, de todo tipo: sexo en casas de baño, exhibicionismo, sodomía, pornografía, voyeurismo, nudismo y charlas de alto contenido erótico.

Nadie le enseñó valores morales, autoridad, matrimonio y amor paterno.

Vio cómo su padre cambiaba de pareja constantemente, y los trataba como si fueran objetos. Sufrió los comentarios discriminatorios de su padre cuando salía con amigas o amigos.

Su padre murió de H.I.V. en 1991. Sus parejas también fallecieron, producto del SIDA o de un suicidio. Recién entonces, Dawn logró liberarse y contar su dramática experiencia.

La situación estresante que vivió le causó inseguridad en sí misma, depresión, pensamientos suicidas, ansiedad, baja auto-estima, insomnio y confusión sexual. El ambiente en donde creció la llevó a prometer que nunca se casaría ni tendría hijos, pues creía que de seguro fracasaría. Todo esto lo refiere en su testimonio, para que el mundo lo conozca.

Ahora bien, ¿qué enseñanza de vida deja un padre que un día tiene una pareja y al otro día, otra, y que explicita su promiscuidad ante su hija? Situaciones como la Dawn proliferarán con la sanción del Proyecto de matrimonio homosexual. ¿Hasta dónde se podrá llegar? ¿Hay un modo de proteger al adoptado?

El caso de Ry y Cade.

Un artículo publicado en la *New York Times Magazine* en 2004¹⁷⁹ cuenta la historia de Ry y Cade -hermanas que tenían en el momento del artículo 22 y 24 años y que habían vivido y crecido con una pareja de mujeres-.

Si se le pregunta a Ry por su padre, aclara que es mejor llamarlo “donante de es-perma”. El artículo intenta presentar una imagen positiva de que tener dos mamás es un “experimento grande, complicado, e increíble” que “funcionó”. Sin embargo, el largo artículo revela las muchas maneras en que el experimento en verdad *no funcionó*.

Sus dos madres no dieron a las jóvenes claros modelos de feminidad o masculinidad. Ry recuerda a Cade adolescente buscando algo diferente y cuando no lo encontró, a los 18 años se convirtió en lesbiana.

Del artículo se deduce que las madres de Ry formaban parte de una comunidad de feministas radicales que tenían puntos de vista muy negativos sobre el matrimonio, y que estos puntos de vista afectaron a sus hijas.

Hubo un momento en que a Ry le “repugnaban” las relaciones heterosexuales y tenía miedo del “dominio y opresión sexista que te aniquila” y que ella asociaba con las relaciones hombre-mujer. A los 16 años, escribió: “No puedo comprender o relacionarme con los hombres porque estoy inmersa en una cultura homosexual y no familiar con la que tengo una estrecha relación”.

Según el artículo, “durante gran parte de su vida, Ry ha tenido sentimientos paternales y filiales al mismo tiempo hacia sus madres”.

Las madres de Ry la animaron a tener relaciones sexuales con su novio, lo que hizo, pero al mismo tiempo se sentía angustiada por “tener relaciones sexuales con un hombre, lo que significa crecer y alejarme de mis madres”. Ahora ha logrado confiar más en los hombres, pero todavía se siente como si la consideraran extraña.

Como puede verse, el experimento ciertamente ha pesado sobre las jóvenes de muy diversas maneras, todas negativas.

El caso de Francisco Llancaqueo.

Francisco Llancaqueo, declarado homosexual, quiso y tuvo la opción de adoptar, pero finalmente la descartó. El, que se crió sin padre, asegura que le hizo falta su figura, y ha declarado lo siguiente:

“En este planeta es importante la imagen masculina y femenina, sobre todo en una edad en que se está descubriendo el mundo. El niño tendrá un colegio, amigos, ¿porqué voy a meter en mi cuento a un niño al que le pregunten: ‘y tu

mamá?'. 'No, yo tengo dos papás y mis papás duermen juntos'? Sería bien egoísta de mi parte"¹⁸⁰.

7.10. Conclusión: los estudios científicos muestran los graves riesgos a que se somete a un menor que se otorgue en adopción a parejas del mismo sexo, y el interés superior del niño impera que el Derecho no pueda obviar estos datos, tomándolo como un conejito de Indias en un experimento social

Conviene sintetizar aquí lo dicho en este capítulo y relacionarlo con el anterior. **No existe un derecho a adoptar, sino que sólo existe un derecho del niño a ser adoptado en las condiciones más favorables posibles. Ese derecho no es satisfecho, sino que se violenta, cuando se habilita a que un niño sea hijo de dos personas del mismo sexo.**

Por un lado, esto es así porque **la adopción, en cuanto sustituye a la filiación biológica, debe asemejarse a ésta: y, dado que la filiación biológica sólo puede existir en parejas de distinto sexo, la filiación adoptiva debe únicamente admitirse en esas circunstancias.**

Por otro lado, ello se explica con fundamentos científicos: **una pareja con personas de distinto sexo configura, en líneas generales, el ambiente más propicio para el cuidado y desarrollo de una persona.**

Ante la problemática de la adopción, por tanto, **lo principal consiste en resguardar el interés superior del niño o de la niña, antes que el derecho a la autodeterminación de los homosexuales.** Existe un claro interés público en la conservación de la sociedad y en la formación de sus nuevos integrantes. Lo principal es proteger el interés superior del niño, de acuerdo a lo ya expuesto sobre las exigencias constitucionales e internacionales contenidas en la Convención de Derechos del Niño. Entonces: ¿Qué unión se debe privilegiar? ¿La que reporte más beneficios a la autonomía de la voluntad de las personas de orientación homosexual o la que mejor proteja a los niños? ¿El derecho de los niños o la autonomía de la voluntad de los adultos?

Frente a esto se puede llegar a argumento que "no es que siempre, en todos los casos, un matrimonio heterosexual vaya a constituir lo mejor para el hijo". ¿Es posible que un homosexual o una pareja de homosexuales críen mejor a un niño o a una niña que determinado heterosexual o una concreta pareja heterosexual? Sí, es posible. Pero eso no quita que el dato de la homosexualidad, por los rasgos y riesgos analizados, conduzca a que se deba desalentar la adopción por parte de personas con esta orientación. Esto debe ser la norma general para interpretar el interés superior del niño, si bien después deberá estarse a los casos concretos, que pueden ser una excepción. **Pero al dictar una ley se la debe hacer para la generalidad de los casos, no para excepciones.**

La estabilidad es uno de los factores fundamentales en el desarrollo de la psicología de un niño o niña. Entre los factores más frecuentemente encontrados podemos señalar problemas de salud mental, como la ansiedad y la depresión, la promiscuidad y la inestabilidad de las relaciones homosexuales y los estilos de vida altamente arriesgados como, por ejemplo, el mayor abuso de sustancias. **Junto a decenas o centenas de estudios que señalan estos problemas, no existe ningún estudio suficientemente amplio y satisfactoriamente realizado desde el punto de vista metodológico que avale la inocuidad, o al menos la indiferencia, de la adopción de niños y niñas por parejas del mismo sexo con respecto a parejas heterosexuales establemente comprometidas en el matrimonio.**

Por el contrario, existen estudios aceptablemente diseñados que indican que los niños y niñas criados por personas del mismo sexo presentan peores valores en diferentes indicadores de salud o sociabilidad. **La idoneidad de una pareja como para ser padres adoptivos no debería fundamentarse en argumentos superficiales o demagógicos, como la lectura de un poema emotivo, sino en trabajos científicos que muestren condiciones objetivas y problemas objetivos.**

En este sentido, si no se alcanza un resultado contundente a favor de la “no distinción” debe retrasarse la decisión hasta que se arribe a estudios incontestados, porque el bien de los niños es una prioridad fundamental y no se puede experimentar con ellos como si fueran conejitos de Indias. Vale decir que, habiendo tantos estudios que afirman los riesgos físicos, psíquicos, psicológicos y educativos de los menores que se crían con parejas formadas por personas del mismo sexo, no debe haber dudas. Pero, con tantos estudios publicados en decenas de *journals* científicos, debe admitirse que existen al menos dudas razonables de que dichas parejas sean aptas para adoptar.

Permitir que parejas del mismo sexo puedan adoptar a nombre de ambos sería, en definitiva, experimentar sobre la parte más débil de la población: los menores huérfanos o abandonados quienes, cual conejillos de indias, se verían reducidos a la calidad de “cosa” para satisfacer pretensiones parentales que no se ordenan al máximo beneficio posible para el niño. Y, **ante la duda debe desaconsejarse, por el principio de *in dubio, pro minoris, o favor minoris*, que en Argentina ha sido además superado y elevado a una categoría superior, constitucional, al congregar su interés como el superior a tener en cuenta en cualquier problemática jurídica que se presente.**

PARTE IV

EL INTERÉS PÚBLICO DEL ESTADO EN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS POSIBLES VÍAS LEGALES DE SOLUCIÓN DE CIERTAS CUESTIONES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

8. NO EXISTE UN VERDADERO INTERÉS PÚBLICO

PARA APROBAR EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

RESUMEN:

No existe un interés público imperioso en regular los matrimonios entre personas del mismo sexo. El interés público está en proteger los matrimonios entre personas de distinto sexo, pues son los que contribuyen, por excelencia, al bien común, la formación de la familia, la complementariedad de los sexos, y permitiendo que procreen y eduquen a las futuras generaciones de argentinos.

Por lo tanto, no habiendo un interés público, el Proyecto carece de razón de ser, y el Estado debe destinar su energía y sus esfuerzos para regular situaciones relevantes para el bien común.

8.1. El interés público y las funciones del Derecho

Este debate sobre el matrimonio homosexual, en buena medida, se funda en distintos argumentos que aluden al interés público que los sustenta. Y es que existe una necesidad de interés público de toda intervención legislativa. En efecto, el interés público constituye la justificación básica de la intervención estatal: si no hay interés público, el Estado no debe intervenir.

- **El derecho no está para proteger afectos sino instituciones:** no es de interés público la amistad y los afectos sexuados heterosexuales u homosexuales de los ciudadanos, aunque formen parte de la realidad social. Luego, no hay legisla-

ción ni debería haberla al respecto. Las situaciones de interés patrimonial que se deriven de dichas relaciones particulares, tienen en nuestro régimen legal vigente vías de prevención y de reparación: sociedad de hecho, teoría del enriquecimiento sin causa, donaciones, testamento, renta vitalicia, etc.

- **Un deseo no es un derecho:** hay muchos amores sinceros que no tienen ninguna ventaja. No parece claro por qué el amor que se profesan las uniones homosexuales se diferencia de otros, mereciendo semejante beneficio legal.

La unión homosexual es un caso de relación afectiva con contenido sexual, pero sin consecuencias sociales relevantes derivadas de su propia constitución. Desde este punto de vista, no interesa al Derecho.

El Estado debe tutelar la continuidad y la supervivencia de la sociedad y no los vaivenes del “afecto” humano, ya que si éste último fuera el valor tutelable nada impediría en el futuro la legalización de otros tipos de uniones como la poligamia o poliandria, el poliamor, el incesto y aún el bestialismo (unión de un hombre y un animal).

- **Legislar sólo sobre lo importante:** no corresponde al legislador regular legalmente todas las relaciones humanas afectivas (v.gr., amistad, compañerismo u otros afectos sexuales) dentro de una sociedad, porque no en todas existe un interés público. Sólo debe ocuparse de las funciones sociales estratégicas, donde hay interés público relevante. El modelo matrimonial no pretende la protección de simples relaciones asistenciales, amicales o sexuales; lo que pretende es, además, un estilo de vida que asegura la estabilidad social, la estructuración de la familia y el recambio y educación de las generaciones.
- **El Derecho no es un regulador de todos los hechos,** sino que debe regular y proteger las instituciones en las que hay un interés público imperativo.

8.2. *Existe un verdadero e imperioso interés público en proteger al matrimonio entre personas de distinto sexo*

Es de interés público (por lo tanto sujeto a legislación pertinente) la unión sexual en la que sus protagonistas asumen un compromiso con posibilidades de cumplimiento, respecto de las funciones sociales estratégicas sin las cuales ningún país o sociedad es viable: procreación y educación de las próximas generaciones de argentinos, junto a enriquecimiento personal a través de la diversidad sexual masculina y femenina. Este tipo específico de unión sexual, con un compromiso público ante la sociedad, transculturalmente, es el matrimonio.

Así, el matrimonio, que es entre varón y mujer, es de utilidad pública porque garantiza esas finalidades. Además, cumple otras tantas funciones que sólo el matrimonio varón-mujer puede desarrollar en su totalidad y en forma óptima y que son:

- a) Crianza, educación (personalización ética) y socialización de los niños.
- b) Ámbito personal ecológico para la vida humana, por la incondicionalidad del amor recibido de padre y madre (que surge a la vez de la incondicionalidad del vínculo matrimonial).
- c) Equidad generacional: ser contención en primera instancia de las generaciones más necesitadas: infancia y ancianidad.

Esto demuestra lo que indica el subtítulo: que existe un legítimo e imperioso interés estatal en tutelar y proteger el matrimonio, y éste entendido como una unión entre personas de distinto sexo.

8.3. *No hay interés público atendible que legitime el matrimonio entre personas del mismo sexo*

Por el contrario, con el matrimonio entre personas del mismo sexo no pasa lo mismo que se ha expuesto en el capítulo anterior. En efecto, quienes desean para las uniones homosexuales el reconocimiento como matrimonio no terminan de explicar qué utilidad o interés se deriva para la sociedad del hecho de que dos hombres o dos mujeres decidan irse a vivir juntos.

- **En todo caso, más vale dar tratamiento vía regulaciones específicas que cambiar el matrimonio.** El interés público comprometido en la amistad y los afectos sexuales heterosexuales u homosexuales de los ciudadanos, aunque formen parte de la realidad social, no es el mismo que existe en el matrimonio heterosexual. No es necesario modificar el Derecho para tutelar algunos intereses, especialmente los patrimoniales. Y si el gobierno viera conveniente tratar las preocupaciones de las parejas del mismo sexo, bien podría hacerlo a través de soluciones que, como las que se sugieren en el capítulo siguiente, no redefinan radicalmente el matrimonio, el cual debe mantenerse como una institución de sexos opuestos. Tal distinción, no se basa en juicios de valor o dignidad sobre los individuos, sino que se hace debido al papel diferente que el matrimonio desempeña en la perpetuación y estabilidad de la sociedad.
- **La insignificancia cuantitativa potencial de uniones en homosexuales no justifica cambiar el régimen para toda la sociedad:** según datos de algunas naciones donde se ha legalizado el “matrimonio” homosexual, los números de “casamientos” son muy bajos, y el costo ha sido el trastocamiento de la idea de

matrimonio y de familia. En Dinamarca, tras 10 años de vigencia de la ley que regula estas uniones, se había acogido a ellas sólo un 0,12% de la población. En Estados Unidos las parejas homosexuales constituían, aproximadamente, el 0,2% del número de matrimonios. En Suecia entre 1993 y 2001 la tasa de incidencia de las parejas homosexuales fue del 0,67%. En Noruega entre los años 1993 y 2001 la tasa de incidencia fue del 0,54 por ciento. En España, según el censo del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2001 las parejas del mismo sexo representaban el 0,11 % de todas las uniones.

Esas razones ratifican que no hay un interés social imperioso en instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo y, cuanto menos, puede afirmarse que no puede parangonarse con el interés estratégico de la sociedad y del Estado en tutelar el matrimonio entre las de distinto sexo.

8.4. *Dar estatuto de “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo frustraría el interés público en proteger el matrimonio, que es entre personas de distinto sexo*

De lo expuesto se deriva una lógica conclusión: **una de las consecuencias de legislar el matrimonio entre personas del mismo sexo es que, por el contrario, afectará el interés público en cuanto al matrimonio, perjudicándolo seriamente, y dará, por su mismo estatus de matrimonio, la habilidad para adoptar, con los perjuicios vistos en la Parte III para el interés superior del niño .**

Hay quienes sostienen que el matrimonio homosexual no atañe a quienes no lo practiquen. Eso es lo mismo que pensar, en el caso que tuviéramos billetes de esa denominación: “no me afecta en nada que haya gente que haga circular falsos billetes de 500 pesos, yo soy honesto y no los usaría, de hecho casi nunca veo billetes de 500 pesos”. Es evidente que la circulación de moneda falsa nos afecta a todos, porque se pierde confianza en esa moneda, la gente la usa con reticencias, prefiere usar otras monedas o no comerciar o no aceptar ciertos billetes y, al final, la economía de todos se resiente. Al aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo se da el mensaje a la sociedad de que en realidad casarse no significa nada vinculado con la complementariedad de los sexos, la procreación y la educación de las futuras generaciones. Como consecuencia, la gente no se casa y su compromiso (de pareja y social) es débil. Crea desconfianza en el sistema, en el compromiso interpersonal y social. Una sociedad basada en la desconfianza, la desvinculación y la falta de compromiso nunca funcionará tan bien como una basada en familias fuertes, comprometidas de por vida por el bienestar de los cónyuges, hijos y parientes.

Ello es así, pues **el matrimonio homosexual no puede reemplazar ni imitar al verdadero matrimonio, que está conformado por dos personas de distinto sexo, por todas las razones en que hacen que este último sea de interés público, que han llevado a que la Constitución decida tutelar en su protección integral de la familia e incorporarlo al bloque de constitucionalidad a través de los tratados internacionales.**

Por todo lo dicho hasta aquí, pues, puede concluirse que **todo Estado tiene un legítimo e importantísimo interés en tutelar y diferenciar los matrimonios entre personas de distinto sexo, pues contribuyen eficazmente al bien común y tiene funciones estratégicas en la sociedad, y porque si se desdibuja la institución matrimonial y familiar, se trastoca todo el orden social.**

9. NO HACE FALTA REDEFINIR EL MATRIMONIO PARA SOLUCIONAR

ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS DE RÉGIMEN DE BIENES

Y DERECHOS ASISTENCIALES DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

RESUMEN:

El marco jurídico actual permite a las parejas homosexuales contar con un régimen de bienes y derechos asistenciales. Basta con recurrir a figuras tales como el condominio y las sociedades para establecer libremente y de común acuerdo un régimen de administración y disposición de cosas comunes a la pareja. Puede recurrirse a la donación o a la institución testamentaria para regular el destino de los bienes que un miembro de la pareja pretenda dejar al otro o que ambos quieran dejar a terceros. Con una simple modificación al régimen de obras sociales o bien con una interpretación amplia del mismo podrían otorgarse a los miembros de las parejas homosexuales beneficios previsionales. Por tanto, es del todo innecesario trastocar la estructura social para salvaguardar esos intereses patrimoniales o de seguridad social.

Uno de los principales argumentos que se realizan en pos de la aprobación del proyecto de ley de “matrimonios” homosexuales es que con la nueva regulación se estaría otorgando a las parejas homosexuales una solución a la supuesta carencia de un régimen de administración y disposición de bienes y derechos asistenciales.

Sin embargo, a poco que se analice el régimen legal actual podrá observarse que, en gran medida, el mismo ya da soluciones y satisface la mayoría de las pretensiones invocadas. Por lo tanto, entendemos que **no sería necesario modificar el régimen ac-**

tual del Derecho de familia, nuclear en la sociedad y, menos aún, la pretensión de redefinir el concepto de matrimonio para la consecución del fin pretendido, con todo lo que esto implica, incluyendo la posibilidad de adopción de menores.

Analicemos en detalle, los principales supuestos que se suelen invocar.

9.1. *El marco jurídico actual otorga a las parejas homosexuales la posibilidad de contar con un régimen de administración y disposición de bienes comunes*

El marco jurídico actual otorga suficientes instrumentos para que los integrantes de una pareja homosexual puedan protegerse económicamente. En este sentido, las reglas jurídicas del condominio y la sociedad permiten que las parejas homosexuales puedan crear, con toda libertad, un régimen de disposición y administración de cosas comunes que puedan haber sido adquiridas durante su relación.

En efecto, en primer lugar las parejas homosexuales podrían recurrir a la figura del condominio para constituir la copropiedad de una cosa y regular su régimen de administración y disposición. Según nuestro Código Civil, el condominio puede crearse por contrato o por actos de última voluntad (art. 2675, Código Civil). Si puede ser constituido por contrato, cualquier persona (sea o no homosexual) puede establecer la administración y disposición conjunta de uno o varios bienes.

Además, también podría recurrirse a la figura de la sociedad comercial o hasta la sociedad de hecho (las cuales básicamente poseen las mismas facultades que una sociedad comercial, aunque, por no estar inscrita, le faltan sin los beneficios propios de la oponibilidad frente a terceros). En estos casos habría un régimen común de administración y disposición claro, preciso y beneficioso.

Por último, debe destacarse que el régimen legal también daría respuesta a la posibilidad de disponer de esos bienes por actos de última voluntad. En efecto, todo aquel que no tenga herederos forzosos puede disponer de la totalidad de su patrimonio en su testamento, constituyendo a un heredero testamentario. No existe entre los herederos legítimos y los testamentarios ninguna diferencia (cfr. art. 3713 C.C.), salvo que existan herederos en línea recta como hijos o ascendientes a los cuales les corresponde un porcentaje por la legítima, en virtud de ser herederos forzosos (arts. 3593 a 3595 de C.C.).

En síntesis, **todos los beneficios patrimoniales importantes de un matrimonio pueden regularlo dos personas con acuerdos legales ante escribano o por simple contrato.** De hecho, **las pocas parejas homosexuales realmente interesadas en estos temas ya han establecido los acuerdos correspondientes.**

9.2. Con una interpretación amplia o una simple modificación del régimen de obras sociales podría otorgarse beneficios sin redefinir el concepto de matrimonio

Con una simple modificación o interpretación alternativa del art. 9 de la ley 23.660 de obras sociales se podría otorgar a los miembros de las parejas homosexuales beneficios previsionales, como lo son las prestaciones de una medicina prepaga a la pareja del titular del plan, sea o no del mismo sexo, y a sus hijos, si alguno de los dos tuviera¹⁸¹. Esto ha sido propiciado por CORRAL TALCIANI, en Chile, como solución a esta demanda:

“(…puede) establecer la posibilidad legal de que se designe a un tercero como posible beneficiario de pensiones previsionales o planes de salud, pero sin condicionarlo a que se trate de alguien que integre una convivencia homosexual (…)”¹⁸².

De esta manera pueden tener dos personas una cobertura médica conjunta, sin necesidad de ser de un grupo familiar, y, desde luego, sin transmutar todo el Derecho de familia y las instituciones básicas de la sociedad argentina.

En este sentido, la ley provincial 9277 de Córdoba, en su art. 7, inc. b, establece:

“Son beneficiarios obligatorios indirectos de la obra social los integrantes del grupo familiar primario del Afiliado Obligatorio Directo (...), el o la conviviente (...), sin importar de qué sexo sea titular del plan”.

Por otra parte, RIZZONE y VAZQUEZ VIALARD consideran que es posible interpretar la ley a favor de las parejas homosexuales, sin necesidad de modificarla, porque:

“(…) (l)a norma tiende a solucionar situaciones de hecho que no gozan de un *status* jurídico familiar (…)”¹⁸³.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el art. 9, inc. B, de la ley mencionada sólo exige acreditar convivencia y el ostensible trato familiar entre un afiliado y un tercero¹⁸⁴. Esta interpretación fue dada en una sentencia del Juzgado Civil, Comercial y Minas N°10 de Mendoza en el año 1998.

Por último, nada obsta a que las obras sociales pueden crear planes para parejas homosexuales. De hecho, se ha creado una obra social llamada “Arco Iris”, que ofrece planes específicos a las parejas homosexuales¹⁸⁵ y recientemente la mutual de una Universidad Nacional extendió los beneficios de un profesor homosexual a su pareja¹⁸⁶.

9.3. Conclusión: no hace falta redefinir el matrimonio para solucionar las cuestiones jurídicas que puedan suscitar las parejas del mismo sexo

Por todo lo dicho en el presente capítulo, **el régimen legal actual ya otorga soluciones y satisface las pretensiones de las parejas homosexuales de poder contar con un régimen común de bienes y derechos asistenciales.**

En cuanto al régimen común de bienes, basta con recurrir a figuras tales como el condominio y las sociedades para establecer libremente y de común acuerdo un régimen de administración y disposición de cosas comunes a la pareja. Asimismo, puede recurrirse a la institución testamentaria para regular el destino de los bienes que un miembro de la pareja pretenda dejar al otro o que ambos quieran dejar a terceros.

Por último, con una simple modificación al régimen de obras sociales, o bien con una interpretación amplia del mismo, podrían otorgarse a los miembros de las parejas homosexuales beneficios previsionales, como lo son las prestaciones de una medicina prepaga a la pareja del titular del plan y a sus hijos, si alguno de los dos tuviera.

Por eso, **no es necesario modificar el régimen actual del Derecho de familia y, menos aún, la pretensión de redefinir el matrimonio y de habilitar a las parejas del mismo sexo a adoptar para brindar algunas definiciones jurídicas que buscan algunas parejas de homosexuales.**

PARTE V

EL PROYECTO DE LEY ADOLECE TÉCNICAMENTE DE INCONSTITUCIONALIDADES, GRAVES INCONSISTENCIAS Y MALA TÉCNICA LEGISLATIVA

10. EL PROYECTO DE LEY DEBATIDO GENERARÍA GRAVES DISCRIMINACIONES E INCONSISTENCIAS NORMATIVAS

RESUMEN:

El Proyecto de Ley que se está debatiendo es gravemente deficiente desde la técnica legislativa. El método empleado parece haber sido simplemente el de cambiar los términos ‘padre’, ‘madre’, ‘esposa’ y ‘esposo’ por el de ‘padres’ y el de ‘cónyuges, sin más estudio y consideración.

Esta técnica es enormemente simplista, pues la heterosexualidad del régimen del matrimonio actual tiene implicancias que van más allá de los términos referidos, y pasar a un régimen de matrimonio homosexual implica reformar profundamente la institución y el Código Civil.

A la vez, dicha técnica es injusta, pues consagra diversas discriminaciones específicas a las mujeres y a las parejas heterosexuales, que quedan en desventaja frente a las parejas del mismo sexo o a integrantes específicos de dichas parejas homosexuales.

10.1. El proyecto discrimina y opaca a las mujeres y a lo femenino, que pierden su especificidad en el articulado en pro de nombres masculinos o neutros, y se limita a sustituir los términos “marido” y “mujer” por el de cónyuges

Como afirma Graciela Medina, “el método empleado por quienes realizaron el proyecto fue utilizar un buscador —de los que proveen los procesadores de texto— en busca de los términos ‘padre’, ‘madre’, ‘esposa’ y ‘esposo’ y cambiarlos por el de ‘padres’ y el de ‘cónyuges’”¹⁸⁷. Esta técnica es simplista, a la vez que injusta y discrimina-

toria, pues la heterosexualidad del régimen del matrimonio actual tiene implicancias que van más allá de los términos referidos, y pasar a un régimen de matrimonio homosexual implica reformar profundamente la institución y el Código Civil. Por eso, sigue dicha autora la modificación del matrimonio que implica este Proyecto conduce a que “la naturaleza de la institución debe variar tanto en materia de capacidad para su celebración, como en los efectos personales establecidos por la distinción de sexos”¹⁸⁸. Como se ha dicho, el matrimonio no queda indiferente ante la legalización del “matrimonio” homosexual, sino que queda desdibujado y transformado en algo distinto, habiéndose perdido como tal institución.

El núcleo de esta crítica sobre el método legislativo empleado y sus deficiencias es compartida por las doctoras Kemelmajer de Carlucci y Herrera, que señalan también que para numerosos institutos que el Proyecto de ley reforma parcialmente, a causa de la simple sustitución de los términos “marido” y “mujer” por el de cónyuges. Específicamente, por ejemplo, sobre el artículo 3969 que regula las relaciones de los cónyuges en materia de prescripción, ellas exponen:

“Así, el articulado en cuestión debería sufrir modificaciones más sustanciales que el reemplazo de los términos ‘marido’ y ‘mujer’ por el de ‘cónyuges’, debiendo expresar que ‘la prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes o personalmente por autoridad competente’ y eliminar toda mención al divorcio, desde que hoy no cabe duda alguna que los plazos de prescripción corren entre personas divorciadas”¹⁸⁹.

En virtud de lo dicho, el Proyecto discrimina a las mujeres borrando del código las palabras cargadas de valor femenino y las sustituye por palabras neutras o masculinas. Así, en todos los artículos que se pretende modificar, donde se mencionaba el género femenino en tanto madres o esposas, *se ha transformado* a las mujeres en padres y contrayentes. **Se suprimió el vocablo madre y se sustituyó el vocablo esposa** por la palabra “contrayente”¹⁹⁰.

Esto no es algo menor, pues no implica modificar sólo terminología. Eliminar palabras cargadas de valoraciones, como lo son “madre” y “esposa”, implica eliminar elementos con profunda virtualidad formativa para la sociedad. Así, todas las valoraciones y concepciones sociales positivas en torno a esas palabras son suprimidas del Código Civil, que se vuelve vacío y descarnado.

10.2. El Proyecto, al permitir que los varones o las mujeres de parejas del mismo sexo puedan obtener la tenencia de los hijos menores de 5 años, discrimina a los padres varones de matrimonios heterosexuales, a quienes les está prohibido

El Proyecto es más beneficioso para los hombres unidos en matrimonio homosexual que respecto a los unidos en matrimonio heterosexual en lo que respecta a la tenencia de los hijos menores de 5 años en caso de separación. En el caso de estos menores la ley vigente establece en el artículo 206 del Código Civil una preferencia a favor de la tenencia de la madre. En efecto, el Proyecto mantiene la norma del artículo 206 para el matrimonio heterosexual y establece una norma que permite a cualquiera de los “cónyuges” obtener la tenencia en el caso de parejas del mismo sexo¹⁹¹.

De esta manera, en el matrimonio homosexual quien no es madre (cualquiera de los “cónyuges” si son varones, y la madre no biológica contra la biológica) puede quedarse con la tenencia del niño menor de 5 años, mientras que el varón en el matrimonio heterosexual requiere una carga probatoria que invierta la presunción legal de que es conveniente la tenencia de la madre (como admite cierta jurisprudencia minoritaria) o directamente no puede, salvo casos excepcionalísimos (para la jurisprudencia mayoritaria), quedarse como la tenencia¹⁹².

10.3. El Proyecto discrimina a las parejas heterosexuales, que deben esperar tres años para adoptar, permitiendo que las parejas del mismo sexo adopten sin sujeción a plazo alguno

Ante la reforma, existe una grave consecuencia, quizás no querida directamente. El actual artículo 315 del Código Civil exige que, para adoptar, se debe esperar tres años luego del casamiento, salvo que se demuestre la imposibilidad para procrear. El Proyecto no modifica esa exigencia y, así, discrimina a los matrimonios de personas de distinto sexo: mientras que estos deberían, en principio, esperar tres años para poder adoptar, los matrimonios de personas del mismo sexo *siempre* podrían hacerlo sin sujeción a plazo alguno, pues su imposibilidad para procrear es evidente y no sería necesario que fuera probada.

Así, los matrimonios homosexuales provenientes del Registro Único de Aspirantes a Guarda tendrían prioridad frente a los matrimonios heterosexuales que se han pasado años intentando prohijar y no lo han conseguido¹⁹³.

10.4. El Proyecto desnaturaliza la prohibición de invocar la nulidad matrimonial por falta de edad núbil cuando la esposa ya concibió, tornándola lingüísticamente contradictoria y axiológicamente irrazonable

La reforma propuesta para el inciso 1 del artículo 220 posee graves errores. En su redacción actualmente vigente la norma establece que se puede solicitar la nulidad matrimonial cuando el matrimonio se hubiere celebrado siendo uno de los contrayentes menor de 18 años (art. 166, inc. 5, Código Civil). Sin embargo, luego dispone que esa nulidad no puede solicitarse “después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido”.

El Proyecto propone reformar ese inciso en los siguientes términos:

“No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido”.

En su afán por igualar las cosas, el Proyecto se olvida de la biología y llega a resultados absurdos. En efecto, al aludir al supuesto en que “los cónyuges [...] hubieren concebido”, en lugar del actualmente vigente, que alude a cuando “la esposa hubiere concebido”, se produce las siguientes consecuencias:

- plantea el supuesto en que los varones hubieran concebido, lo cual es biológicamente imposible;
- alude a la concepción como algo realizado en plural, cuando es individual;
- permite que se interprete, en los supuestos de uniones homosexuales masculinas, que el varón casado con un varón que haya “concebido” fuera de esa unión homosexual —es decir, fecundado a una mujer—, no pueda solicitar la nulidad por falta de edad; y
- lleva a desnaturalizar el instituto de la nulidad, pues como la concepción de homosexuales exige necesariamente de una persona del otro sexo, sería posible que uno de los consortes sea infiel (con o sin consentimiento del otro) y luego no se pueda demandar la nulidad por falta de edad al momento de casarse.

En síntesis, la reforma propuesta para este inciso lo priva de sentido, y permite que se lo interprete con consecuencias incongruentes, violando además, el interés superior del menor en la nulidad cuando el mismo es miembro de la unión entre dos hombres. Como afirma Graciela Medina sobre este inciso:

“Está pensado para el supuesto de que la mujer hubiera concebido. La reforma proyectada, en cambio, establece que si cualquiera de los cónyuges hubiera concebido el menor no puede demandar la nulidad del matrimonio. En el caso de que esta reforma fuere aprobada, el menor casado con otro hombre que hubiere concebido fuera del matrimonio no podría demandar la nulidad, lo cual claramente lo desprotege”¹⁹⁴.

10.5. El Proyecto, al reformar el régimen de la patria potestad, incurre en severos errores y no logra sus finalidades igualitaristas, pues él mismo discrimina en algunas situaciones a determinadas parejas

La contradicción tiñe la totalidad de la reforma propuesta por el Proyecto. Si bien éste busca garantizar la igualdad, lo hace de modo desprolijo y generando otras desigualdades y discriminaciones contra las parejas que pretende beneficiar.

En efecto, al reformar el régimen de la patria potestad, el Proyecto discrimina a los eventuales matrimonios compuestos por dos mujeres, pues las excluye de las reglas que regulan lo siguiente:

- el supuesto en que los padres estén en desacuerdo sobre cómo ejercer la patria potestad (reforma propuesta al artículo 264 *ter*, Código Civil);
- el supuesto en que uno de los padres no cumpla con su obligación alimentaria (reforma propuesta al artículo 272, Código Civil);
- la exigencia de autorización por parte de los padres para estar en juicio (reforma propuesta al artículo 286, Código Civil);
- la titularidad del usufructo sobre ciertos bienes de los hijos (reforma propuesta al artículo 287, Código Civil);
- la obligación de pagar las cargas del usufructo legal sobre los bienes de los hijos (reforma propuesta al artículo 291, Código Civil);
- el régimen de administración común de los bienes de los hijos (reforma propuesta al artículo 294, Código Civil); y
- el supuesto del fallecimiento de uno de los padres y sus consecuencias respecto del usufructo legal (reforma propuesta al artículo 296, Código Civil).

En las reformas propuestas para todos esos artículos, el Proyecto limita sus alcances a los supuestos de uniones de dos hombres, excluyendo explícitamente —y contra su finalidad tuitiva de la igualdad— a las de dos mujeres. Así, se las priva de derechos como la administración de los bienes de los hijos y el usufructo sobre los bienes de los hijos y de cargas tales como el deber de prestación de alimentos.

Por otro lado, paradójicamente, el Proyecto luego discrimina a las parejas de dos varones. En efecto, la reforma propuesta para el artículo 307 llevaría a la consecuencia de que, mientras que los matrimonios entre dos varones y los matrimonios homosexuales podrían quedar privados de la patria potestad, los matrimonios entre mujeres estarían excluidos de tales supuestos.

Sin embargo, como afirma Graciela Medina:

“No se entiende porqué las madres no habrían de quedar privadas de la patria potestad, ni porqué para lograr que dos personas del mismo sexo se casen el término ‘madre’ debe desaparecer de la redacción del Código. La omisión de la denominación materna en el artículo no se soluciona con el artículo 42 proyectado, que equipara en obligaciones y derechos a las familias homosexuales y heterosexuales, porque la asexualidad para celebrar nupcias no justifica la no aceptación de las diferencias entre hombre y mujer”¹⁹⁵.

Estos son ejemplos de las contradicciones a las que la deficiente técnica legislativa seguida por el Proyecto llevaría, en la práctica, si fuese implementado sin mayores precisiones en su redacción y minuciosidad.

10.6. El Proyecto discrimina a los cónyuges en un matrimonio —ni la mujer puede dar al marido su apellido, ni el marido recibir el de la mujer— al permitir que los miembros de una pareja del mismo sexo se lo puedan dar mutuamente

Otra discriminación acontece con el nuevo artículo 8 de la ley 18.248, pues según este una mujer casada con un hombre no puede darle su apellido ni el hombre agregarse el apellido de la mujer, mientras que las mujeres y los hombres unidos en matrimonio homosexual pueden darse mutuamente sus apellidos. Esto claramente no puede arreglarse con el artículo 42 del proyecto.

10.7. El Proyecto no contempla la institución protectoria de la nuera viuda sin hijos para las parejas homosexuales

El artículo 3576 bis del Código Civil (texto incorporado por ley 23.515), otorga a la nuera viuda sin hijos (o muertos antes de la sucesión de sus suegros), el derecho a una cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo premuerto. Este artículo es inaplicable en el matrimonio homosexual, motivo por el cual Graciela Medina afirma que no es cierto que “los efectos del matrimonio entre personas de distinto sexo son iguales a los efectos de matrimonio entre personas de igual sexo”¹⁹⁶.

Si pretende salvarse esta omisión con el artículo 42 del Proyecto (cosa que resultaría claramente absurda y contra la letra expresa de la ley), se caerá en una discrimina-

ción clara para con el hombre casado en matrimonio homosexual o heterosexual, pues no podrían ocupar el lugar de viudas o nueras¹⁹⁷.

Asimismo, los derechos que genera se tornarían de imposible cumplimiento ya que en un matrimonio de dos mujeres habría que definir previamente cual tendrá la categoría de “nuera”, y esta indefinición haría que este derecho sucesorio recayera en ambas cónyuges en una clara desigualdad respecto a las mujeres casadas en forma heterosexual¹⁹⁸.

10.8. El Proyecto genera graves problemas en la interpretación y funcionamiento del régimen de administración y disposición de bienes matrimoniales

Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera critican el Proyecto en este punto, afirmando que, en lo que hace al régimen de administración de bienes de la sociedad conyugal, existen varias “omisiones” al sustituir los términos, además de que la “simpleza” que se limita a “sustituir el término ‘marido’ por el de ‘cónyuge’, implica desconocer el régimen legal vigente”, que se estructura en torno a lo dispuesto en los arts. 1276 y 1277 del Código Civil¹⁹⁹.

10.9. El Proyecto pretende solucionar sus deficiencias mediante una técnica genérica e imprecisa que termina privando de sentido al resto de su articulado

Finalmente, el Proyecto pretende garantizar la igualdad de derechos entre matrimonios homosexuales y heterosexuales a través de una cláusula genérica contenida en su artículo 42:

“Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por dos personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo”.

Los problemas de esta norma son evidentes. Por un lado, implica una derogación tácita de múltiples e indeterminadas normas, sembrando de incertidumbre el régimen

de derecho privado y privando del sentido garante de seguridad jurídica del Código Civil. Asimismo, priva de sentido al resto de las normas del Proyecto, pues carecen de sentido cuando una norma genérica iguala a ambas clases de matrimonios. Finalmente, deja librado al azar de la interpretación jurisprudencial el alcance concreto de la reforma y las reglas de funcionamiento de las distintas instituciones del derecho de familia.

10.10. En el ámbito fiscal, el Proyecto genera incongruencias en el modo de declarar los impuestos a las ganancias (personas físicas) y bienes personales

Finalmente, **el Proyecto genera incongruencias y discriminaciones de tipo tributario en perjuicio de los matrimonios heterosexuales, respecto al modo de declarar los impuestos a las ganancias y bienes personales.**

Nuestra legislación fiscal impone el régimen de tributación conjunta de la sociedad conyugal en el impuesto a las ganancias y en el impuesto sobre los bienes personales. Pero además, prescinde de las normas del Código Civil –que conceden igual derecho a ambos cónyuges sobre los bienes gananciales– y, en cambio, atribuye importancia a la administración que ejercita el marido²⁰⁰. Ciertamente, esto puede ser cuestionable, pero ha sido avalado por nuestra propia Corte Suprema²⁰¹, y lo cierto es que el régimen es aplicado con toda su extensión, y ya se ha convertido en algo normal en la práctica fiscal argentina.

En el artículo 30 de la Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias, se prescribe:

“Corresponde atribuir totalmente al marido los beneficios de bienes gananciales, excepto: a) Que se trate de bienes adquiridos por la mujer en las condiciones señaladas en el inciso c) del artículo anterior. b) Que exista separación judicial de bienes. c) Que la administración de los bienes gananciales la tenga la mujer en virtud de una resolución judicial”.

Por su lado, el artículo 18 de la Ley de Impuesto sobre los Bienes Personales, se establece:

“En el caso de patrimonios pertenecientes a los componentes de la sociedad conyugal, corresponderá atribuir al marido además de los bienes propios, la totalidad de los que revisten el carácter de gananciales, excepto: a) Que se trate de bienes adquiridos por la mujer con el producto del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria. b) Que exista separación judicial de bienes. c) Que la administración de todos los bienes gananciales la tenga la mujer en virtud de una resolución judicial”.

Las modificaciones que pretende el Proyecto en su artículo 42 hacen incomprensibles estas normas: no resultará entendible el modo de tributar el impuesto a las ganancias y el impuesto sobre los bienes personales, por lo cual, hasta que no se modifiquen las normas correspondientes, o no se modifique el régimen de tributación conjunta de los cónyuges, ocurrirá lo siguiente:

- Los matrimonios heterosexuales seguirán tributando como lo venían haciendo, en forma conjunta;
- Los matrimonios homosexuales tributarán en forma individual, ya que no es comprensible el articulado respecto de uniones del mismo sexo.

Si esto es así, habrá discriminación en contra de los matrimonios heterosexuales ya que los matrimonios homosexuales se verán beneficiados por el régimen de tributación individual que les permitirá: posibilidad de duplicar deducciones (sobre todo, la deducción especial), aplicación en una alícuota más baja en razón de que no suman ganancias y se ven menos afectados por las escalas progresivas, posibilidad de no tributar directamente en cuanto uno o ambos cónyuges podrán quedar dentro de los mínimos exentos y eludir el impuesto.

En todo caso, habrá una incongruencia en el modo de declarar ambos impuestos, y probablemente las uniones homosexuales se vean beneficiadas fiscalmente, discriminando a los matrimonios, es decir, a las uniones entre varón y mujer.

11. EL PROYECTO DE LEY DEBATIDO GENERARÍA

GRANDES CONTRADICCIONES NORMATIVAS E INTERPRETATIVAS

EN TORNO AL RÉGIMEN DE FILIACIÓN

RESUMEN:

Por similares razones a las indicadas en el capítulo anterior, el Proyecto de Ley altera de modo inconsistente y grave distintas facetas del régimen de filiación.

En primer lugar, discrimina a las mujeres de matrimonios heterosexuales pues permite a las de matrimonios entre personas del mismo sexo dar su apellido como único o primero al hijo adoptado en adopción plena.

En segundo lugar, es inconsistente con el régimen actual en tanto permite la existencia de hermanos bilaterales en el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En tercer lugar, a las parejas de dos hombres les impide inscribir como propio el hijo de uno de ellos, mientras que lo permite a las parejas de dos mujeres.

En cuarto lugar, genera incongruencias con la presunción de paternidad y con las acciones de filiación e impugnación de la paternidad.

Finalmente, genera también incongruencias en el modo de declarar los impuestos a las ganancias y bienes personales.

Las inconsistencias del proyecto en materia de filiación, que seguidamente se verán, son tan grandes que Kemelmajer de Carlucci y Herrera se ven obligadas a manifestar:

“En concreto, proponemos eliminar el párrafo que contiene el texto aprobado por diputados que dice "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo", por resultar repetitiva (igual pauta se afirma en el art. 42) e inexacta (en materia de filiación biológica)”²⁰².

11.1. El Proyecto discrimina a las mujeres unidas en matrimonios heterosexuales, que no pueden dar su apellido a los hijos matrimoniales ni a los adoptados como único o primer apellido, cosa que sí permite expresamente a las mujeres en parejas del mismo sexo

El nuevo artículo 326 del Código Civil cae en una grave y absurda discriminación para con la mujer casada con un hombre, al decir de Medina en su trabajo de crítica al Proyecto de Ley.

Las mujeres casadas entre sí, pueden darle al hijo adoptivo su apellido, sea por acuerdo, o porque así resulte del “orden alfabético”. Las mujeres unidas en matrimonio heterosexual, en cambio, sólo podrán darle su apellido en segundo lugar, luego del apellido del padre.

Este problema es insubsanable debido a la disposición discriminatoria claramente expresa e intencional, lo que hace decir a Kemelmajer y Herrera:

“... el texto del proyecto autorizaría para la adopción por parte de un matrimonio conformado por personas del mismo sexo facultades inexistentes para las parejas heterosexuales.”²⁰³.

Además, discrimina a uno de los “padres” homosexuales que por no llegar a acuerdo y tener apellido que empiece con “z” no podrá darle su apellido a su hijo (a parte de ser discriminatoria, la solución es absurda)²⁰⁴.

Al criticar este artículo, Kemelmajer y Herrera, exponen: "(...) el legislador se ocupa, principalmente, de la llamada "adopción integrativa"; no se verifica igual preocupación por la adopción de un niño extraño a la familia por parte de dos personas casadas del mismo sexo, no obstante ser ésta una de las principales vías de acceso a la filiación de quienes se encuentran en esta situación. La omisión es importante, especialmente si se advierte que el ordenamiento jurídico proyectado silencia a las técnicas de procreación asistida. Éstas son las grandes ausentes en la legislación proyectada"²⁰⁵.

Similar problema acontece con el artículo 4 de la ley 18.248, en lo que hace al apellido de los hijos matrimoniales (amén de que tener hijos matrimoniales resulta imposible para parejas del mismo sexo), pues otorga un régimen más beneficioso para las lesbianas que para las mujeres que contraigan nupcias heterosexuales respecto al apellido de los hijos. Las mujeres casadas en matrimonio homosexual pueden dar el primer apellido a sus hijos (sea "por acuerdo o por casualidad alfabética"²⁰⁶), mientras que los hijos de las mujeres unidas en matrimonio heterosexual llevarán siempre el apellido paterno.

Asimismo, en el supuesto de que una persona tenga el apellido de sus dos padres o sus dos madres, los efectos en el resto del régimen jurídico son complicados y en la práctica pueden dar lugar a muchos supuestos "curiosos". Por ejemplo, que el hijo impugne la paternidad del no padre, o impugne la maternidad de su "madre no biológica".

11.2. El Proyecto es incongruente con el sistema jurídico al suponer la posibilidad de que existan hermanos bilaterales en un matrimonio homosexual

Existen varias incongruencias e inconsecuencias en lo que a la regulación de los vínculos familiares se refiere. Una de ellas es la reforma al artículo 360 del Código Civil. Ésta determina que son hermanos bilaterales los que proceden de los mismos padres (antes se sostenía que son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y madre).

En esta modificación se demuestra una excesiva preocupación por eliminar los conceptos de "padre" y "madre" y su misma mención, sin advertir que, si la intención del legislador fue incluir en este artículo las relaciones "familiares" que pudieran darse entre homosexuales, ello no podrá ser así por más que el legislador lo desee, pues los hermanos bilaterales no pueden proceder de los mismos padres, en sentido de dos hombres, ya que dos hombres en conjunto no pueden concebir, y tampoco de dos "madres", por la misma razón. Además, se vuelve a excluir en este artículo a la pareja que cuenta con "dos madres".

11.3. *El Proyecto no regula el supuesto de un matrimonio homosexual entre varones que vaya a inscribir a su hijo*

Otro elemento a considerar es la reforma que pretende hacerse al inc. c) del art. 36 de la ley 26.413, referida al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en lo que concierne al contenido de la partida de nacimiento. La norma proyectada dispone que la inscripción del nacimiento deberá contener el nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge. El error legislativo es en este punto claro, pues no contempla el caso de que sean dos hombre los que concurran a inscribir al niño.

11.4. *El Proyecto genera incongruencias con el régimen de presunciones de paternidad: o bien éstas deben ser desplazadas en los matrimonios homosexuales, o bien llevan la contradicción de presumir que el hijo de un padre homosexual es también hijo biológico del otro padre homosexual*

El Proyecto es además incongruente con todo el sistema de presunciones de la paternidad (artículos 242 al 247 del Código Civil). En efecto, al omitir una regulación íntegra y completamente nueva de aquél, se llega a situaciones absurdas y anti-sistémicas. Por ejemplo, la presunción de que el niño tuvo dos padres hasta tanto se pruebe lo contrario, el que efectivamente es su padre, y el otro que se presume padre por estar unido en matrimonio. Otro tanto ocurre con la presunción de maternidad.

Graciela Medina, luego de notar que estas presunciones no podrán aplicarse “lógicamente” a uniones de personas del mismo sexo, concluye que aquí se percibe “nuevamente como el casamiento en la Argentina es una Institución pensada para un hombre y una mujer” y que, “cuando se permite su celebración a personas del mismo sexo no se pueden aplicar sin más todos los principios que lo fundamentan, ni los efectos que se derivan del estado civil de casados”, para lo cual “lo que hay que modificar es el estatuto matrimonial y crear uno diferente”, “ya que el diseñado para la pareja heterosexual no les puede ser aplicable”²⁰⁷.

11.5. *El Proyecto genera incongruencias entre el régimen de presunciones de paternidad y maternidad con el régimen de acciones de reclamación e impugnación de la filiación*

Además, se descompagina el régimen de las acciones de impugnación de paternidad. El artículo 258 del Código Civil —que no es modificado por el Proyecto— permite

que el padre impugne la paternidad presumida por el nacimiento durante el matrimonio.

Es evidente que no puede impugnar la paternidad propia (esto supone que rigen las presunciones de paternidad cuando los niños nacen dentro del matrimonio), pues no es posible que una persona tenga dos padres biológicos del mismo sexo. Además, resulta irrazonable que en el registro civil se pueda anotar a una persona con dos padres más allá de que las "presunciones" así lo dispongan. En el caso de que pretenda impugnar la paternidad del otro (cuyos fines pueden ser excluir al hijo del otro del acervo hereditario), resultaría contrario a los principios que fundamentan las acciones de filiación (en este caso que el padre "no padre" pueda demostrar que no lo es) pensar que el esposo homosexual pueda impugnar la paternidad de los hijos de su consorte nacidos dentro del matrimonio, al menos en su condición de cónyuge²⁰⁸. En un supuesto similar y por iguales razones, se discrimina a la madre lesbiana que pretende impugnar la maternidad de la cónyuge para excluirla del acervo hereditario (ya que no la contempla).

12. EL PROYECTO PERMITE LA SUSTITUCIÓN DE LA IDENTIDAD DEL NIÑO Y LO PRIVA DE SU DERECHO A CONOCER A SUS VERDADEROS PADRES BIOLÓGICOS

RESUMEN:

El Proyecto de Ley, con su finalidad de regular de manera igualitaria los derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales en lo que hace a las relaciones familiares de filiación, permite que un niño sea anotado en la partida de nacimiento como hijo de dos mujeres o de dos hombres.

Eso constituye una violación al Código Penal tal como está redactado actualmente y a la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061).

Sin embargo, hay una afectación más grave y a una norma de jerarquía constitucional: el Proyecto, al permitir que se oculte al niño la identidad de sus padres biológicos, privándolo de su derecho a la identidad tutelado por la Convención de los Derechos del Niño.

12.1. El Proyecto permite que un niño concebido artificialmente por una mujer unida a otra mujer en una pareja del mismo sexo sea inscripto como hijo de ambas y no se sepa quién es su padre

El artículo 36 del Proyecto modifica el inciso c del artículo 36 de la Ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en lo relativo al contenido de la partida de nacimiento. La reforma propuesta dispone que la inscripción del nacimiento deberá contener:

“El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge”.

Como puede verse, esto permite que un niño nacido de una mujer casada con otra mujer sea inscripto en el Registro Civil como “hijo matrimonial” de ambas. Su partida de nacimiento presentará entonces “dos madres” y así figurará también en la libreta de familia.

Se trataría en este caso de una filiación matrimonial con dos madres, sin paternidad visible. Esto es posible a través de la fecundación artificial de una de las mujeres con gametos de un varón donante, anónimo o no —bajo la jurisprudencia actual, la fecundación artificial con gametos ajenos a los de los cónyuges constituye una “infidelidad”—. Realizada la fecundación artificial, la otra mujer “cónyuge” —cuyos gametos no intervinieron en la gestación del niño— será anotada como “madre”. El niño se queda sin padre, y sin saber siquiera su identidad.

12.2. El Proyecto permite que un niño concebido artificialmente pueda no conocer la identidad de ninguno de sus padres biológicos

Existe otro supuesto en el que la fecundación asistida (de la mano con la posibilidad de inscribir como matrimonial al niño) violaría el derecho del niño a la identidad: El caso en el que una de las madres done los gametos y otra de las madres sea la “madre subrogante”. En este caso, la madre biológica sería aquella que dona los gametos, pero ante la inscripción del niño con dos madres el daño es aún mayor, pues se podría inscribir como madre a la subrogante, siendo la supresión de identidad más profunda, o inscribir como madre a quien dona los gametos, caso en el cual se incurre además en el delito del 139, inc. 1.

12.3. El Proyecto consiente y habilita la sustitución de identidad que viola los derechos fundamentales del menor y contradice la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

No hay en los Anales de Legislación Argentina una norma como ésta, que promueva y habilite que el niño pueda no ser inscripto con el nombre de su padre y, así, se lo prive de su verdadera identidad.

Es cierto que, en la actualidad, hay fecundaciones artificiales que se realizan con gametos ajenos y que los padres heterosexuales los inscriben como propios, sin indicar quién fue el padre biológico del niño. En tal caso, el padre casado con la mujer es presumido como su padre biológico por vía de una norma legal.

Aquí, sin embargo, no sólo no se aplica la presunción legal —pues ambas mujeres casadas no podrían procrear por sí mismas— sino que la propia norma **consiente y permite que se suprima la verdadera identidad del menor y que se le impida conocerla y vivirla como corresponde.**

El derecho a la identidad del niño, consagrado en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, queda flagrantemente violentado en el Proyecto:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

”2. Cuando un niño sea **privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos**, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

La Argentina, así, incurriría en responsabilidad internacional al incumplir su obligación asumida en aquella norma.

Esa sustitución de identidad avalada por el Estado viola directamente el interés superior del niño. El artículo 11 de la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establece que éstos:

“tienen **derecho** [...] **al conocimiento de quiénes son sus padres**, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley [...] y a preservar su identidad [...]” y que “[t]ienen **derecho a conocer a sus padres biológicos** [...]”.

Asimismo, la ley establece que los “Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres”.

El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, además, consagra el derecho del niño “a preservar su identidad”.

La anulación por vía legal de la verdadera identidad del niño es evidente.

12.4. El Proyecto generaría un caos normativo respecto a la vigencia de ciertos delitos del Código Penal y al funcionamiento de las acciones de filiación e impugnación de la paternidad

Podría argumentarse contra eso que, siendo la Ley 26.061 y el Código Penal normas de jerarquía legal, quedarían tácitamente derogadas con la nueva Ley y que, por tanto, no habría problema. Sin embargo, el caos normativo y la inseguridad jurídica que generaría son *per se* un problema.

En efecto, ¿qué sucedería con el oficial público que permitiera esta “supresión de identidad” del niño, en clara violación de lo establecido por esta ley e incluso de lo dispuesto por el Código Penal en su artículo 139, inciso 2? ¿Cometería un delito, o realizaría una acción legítima pues el delito estaría consentido por las madres que se apropiarán del niño?

¿Y qué pasaría con las “madres” del niño? ¿Serían condenables por el delito? Y aun considerándolo derogado, ¿el niño podría impugnar la maternidad de la “otra” madre en virtud de la acción de filiación del artículo 262 del Código Civil y, también, “reclamar” la paternidad a su padre por la vía del artículo 254 del Código Civil! Es más: el padre mismo podría reconocer al hijo (cfr. art. 248, Código Civil) y ninguna de “las madres” podría oponerse.

Este caos normativo es *per se* indeseable e inconveniente y contrario a las exigencias de la seguridad jurídica. Pero, como se verá a continuación, los problemas se agravan.

12.5. El Proyecto provoca que un niño pueda tener ante la ley dos madres, un padre y seis abuelos, e incluso tres madres, un padre y ocho abuelos

Aun admitiendo la suposición de identidad que significa la inscripción de un niño como hijo de dos madres —vía fecundación artificial—, el problema se agrava cuando se considera qué ocurriría si el padre biológico del niño reconociera su paternidad o si el hijo iniciara acciones de filiación contra él. En efecto, el padre biológico tiene el derecho y **el deber** de reconocerlo, y los entes estatales tienen la obligación de cerciorarse de que así sea. Esta crítica fue formulada el 16 de junio de 2010 por Graciela Medina en el debate ante la Comisión de Legislación General del Senado, con motivo del tratamiento próximo del Proyecto.

Tal como surge del juego de las reformas introducidas y los términos de la ley 26.061, en el caso de un matrimonio de dos mujeres, la situación que sería la siguiente: una de ellas queda embarazada, sea por fecundación artificial o por bien por infidelidad y, al nacer, inscriben al niño como hijo de ambas: el niño ya tendría dos madres. El padre biológico, además, tendría el derecho-deber de reconocerlo, y el hijo tendría el derecho de que su padre lo reconociera, exigiéndoselo a través de las acciones de filiación (artículo 254 del Código Civil). Además, la ley 26.061 obliga a las autoridades estatales a actuar: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho [...] al conocimiento de quiénes son sus padres y los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres [...]”. En tal caso, el niño tendría tres progenitores: dos madres y un padre.

¿Quién tendría la patria potestad en ese caso? El Proyecto nada dice de ello y, así, abre la puerta a un grave caos jurídico y social ante la falta de soluciones normativas para aquél.

El problema es aun mayor si la madre que dona los gametos o la que gesta al niño es una tercera al “matrimonio”. En ese caso el niño tendría tres madres y un padre, y, por tanto ocho abuelos. ¿Quién de los cuatro tiene el usufructo legal o el deber de alimentación? ¿Podría caerse en la absurda idea de que tener más padres es mejor para el interés superior del niño porque, por ejemplo los cuatro tendrían el deber de alimentación o el niño podría heredar de los cuatro?

El caso es similar si la pareja es de dos varones pues si se inscribieran ambos como padres del niño gestado por una mujer ajena al matrimonio —aun cuando el Proyecto no contemple este supuesto—, el Ministerio Público podría que la madre biológica reconozca al niño. Así, el niño tendría tres progenitores: los dos padres —uno de ellos dueño del gameto masculino— y la madre en cuyo vientre se habría gestado. Y es más: si el rol de ésta se hubiera desdoblado en dos mujeres —una que hubiera donado el gameto y otra que lo hubiera gestado—, el niño tendría cuatro progenitores. En el primer caso, el niño tendría seis abuelos; en el segundo, ocho.

12.6. Conclusión: el régimen de filiación el Proyecto es discriminatorio, absurdo y además inconstitucional por violar normas de tratados internacionales

La consecuencia última de toda la exposición de este apartado es que el régimen de filiación el Proyecto es no sólo discriminatorio y absurdo, sino también inconstitucional por violar normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional. En efecto, al sustituir la identidad de los niños concebidos artificialmente, violaría sus derechos fundamentales consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, la que, en virtud del artículo 75, inciso 22, de la Constitución, tiene jerarquía constitucional. Esta parte del Proyecto, pues, es también claramente inconstitucional.

PARTE VI

EFFECTOS Y CONSECUENCIAS DE APROBAR ESTE PROYECTO DE LEY

13. LA LEGALIZACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO PODRÍA PROVOCAR DAÑOS GRAVES A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN, DE EDUCACIÓN, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

RESUMEN:

Si se aprueba el Proyecto, habrá otras consecuencias negativas concretas. Una vez que se ponga en funcionamiento la norma, tendrá lugar una fuerte presión contra el pensamiento diferente en el sistema educativo argentino y en otros órdenes de la vida social.

Poco margen de debate va a quedar a todos aquellos que entiendan que el matrimonio está entitativamente estructurado por la unión de un varón y una mujer y que por eso no puede estar constituido por personas del mismo sexo, así como que no conviene al mejor interés del niño el darlo en adopción a parejas homosexuales. Pensar así puede implicar la descalificación inmediata del disidente y hasta sanciones jurídicas de diverso tipo, lo cual agravaría seriamente varios derechos fundamentales, como las libertades de pensamiento, de expresión, de investigación, de cátedra, de conciencia, de religión, etc.

Debe tutelarse sin escollos los derechos humanos fundamentales a la libertad de expresión, a la libertad de conciencia, de los padres a educar a sus hijos, a la igualdad y a la garantía constitucional de protección integral a la familia.

A ello debe agregarse que el Proyecto no contempla cláusula alguna de objeción de conciencia para toda persona que se vea obligada a cumplir alguna obligación vinculada con la reforma y, pensando distinto, quiera actuar conforme a lo que piensa, incluyendo los padres con relación a la educación de sus hijos con relación al tema.

Como ya ha ocurrido en otros países y se expone al final de este capítulo, la legalización del matrimonio homosexual conllevará probablemente **reformas educativas y sociales que se traducirán en un cambio progresivo en las costumbres, en los derechos y en las obligaciones de la sociedad, que atentarán directamente contra la Constitución, en cuanto se verán menoscabados un los principios de tutela a la familia y una serie de derechos fundamentales**, protegidos por la Carta Magna, de los cuales se señalan aquí los más importantes.

13.1. La legalización del matrimonio homosexual llevaría a que se vulnere el derecho humano de los padres a elegir la educación para sus hijos

Los contenidos obligatorios dictados en las instituciones educativas pasarán a incorporar como normal y como opción moral legitimada la asunción de la condición y vida homosexual y las uniones matrimoniales del mismo sexo.

No quedará margen a los padres para oponerse legítimamente, y manifestar y enseñar sus propios valores familiares.

El derecho a educar a los hijos deriva de la Constitución, e involucra el derecho de los padres a decidir la educación sexual de sus hijos.

Consiguientemente se privará a los niños y a sus padres de los *derechos constitucionales a enseñar y aprender* y del *derecho de los padres a elegir la educación para los hijos* (arts. 14 y 75, inc. 22, de la C.N.; art. XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 18, inc. 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 14, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁰⁹).

13.2. La reforma radical de la estructura matrimonial y familiar llevaría a que se vulneren la libertad de conciencia y las libertades de pensamiento y de expresión

Esos contenidos vendrán impuestos y serán obligatorios en la educación; uno como maestro, educador, padre de familia, etc., no podrá alegar que no cree en ellos o que no los sostiene. El incumplimiento de dichas obligaciones importará sanciones inconstitucionales e ilegítimas a las personas que ejerzan legítimamente sus derechos (art. 14 y 33 C.N.; art. III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 18 y

19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 14 de la Convención Sobre los Derechos del Niño). Más adelante se ampliará sobre el tema de la libertad de conciencia.

La libertad de expresión y la libertad de pensamiento se encuentran también seriamente amenazadas, por los mismos motivos que lo anterior. En muchos medios de comunicación se ha dado cuenta de la presión de ciertos colectivos por los derechos de los gays en el Congreso de la Nación para que se reforme la Ley Antidiscriminatoria y el Código Penal, teniendo así herramientas para perseguir a todo el que piense distinto y lo manifieste. El disidente se deberá callar o se verá forzado a cambiar su opinión, a riesgo de ser sancionado, despedido, considerado un discriminador, un fascista, un intolerante, y hasta un delincuente. Para presuntamente defender la igualdad y la libertad, se propone así crear un régimen policial.

Actualmente los homosexuales que militan se expresan libremente, como es su derecho, mientras que la negación de los derechos a la libertad de expresión y a la igualdad de quienes piensan distinto es constante (art. 14, 32 y cctes., C.N.; art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13 de la Convención Sobre los Derechos del Niño).

13.3. *La aceptación del matrimonio por personas del mismo sexo conduciría a que se vulnere el derecho a la igualdad*

Si el *derecho a la igualdad* implica que hay que tratar no sólo igual a lo igual, sino también distinto a lo que no es igual, se violenta dicho derecho si se otorga el especial tratamiento dispensado a una institución estratégica, como es el matrimonio, a uniones que no son matrimoniales ni pueden serlo (art. 14 bis, 16 y cctes. C.N.; art. II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que deben sumarse todos los relativos a la definición de qué es matrimonio y del derecho a casarse, vistos en la Parte II, cap. 2 y ss.).

13.4. *La instauración de un modelo de matrimonio que trastoca totalmente el matrimonio vulneraría el derecho a la protección integral de la familia*

La garantía constitucional a la *protección integral de la familia* se ve vulnerado, como se expuso ya en el cap. 3, en cuanto el modelo promocionado e impuesto por el Proyecto consiste en un sistema que ataca a la familia, la inhibe al no darle un ámbito de promoción, y apoya un sistema matrimonial tergiversado (art. 14 bis y 75 inc. 19 C.N.; art. 16 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; art. 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 de la Convención Sobre los Derechos del Niño).

13.5. *El Proyecto violenta las libertades de conciencia y de religión al no contemplar cláusulas de objeción de conciencia de los funcionarios del Registro Civil, los jueces de familia, los padres y otras personas*

A lo dicho sobre las exigencias constitucionales con relación al matrimonio que están en los tratados internacionales, y a los defectos técnicos que se ponen de resalto en la Parte V de este Informe, debe agregarse que el Proyecto pasa por desapercibido, totalmente, el derecho a la objeción de conciencia de las distintas personas que razonablemente quieran objetar el cumplimiento de alguna de las normas que el Proyecto propone, o que simplemente se manifiesten en desacuerdo con la misma en algún ámbito de la vida civil, incluyendo la educación.

El derecho a la objeción de conciencia es el derecho fundamental que permite a una persona actuar conforme con sus convicciones éticas o religiosas y, así, negarse a ejecutar un acto que las contradice y al cual está obligado jurídicamente por una norma positiva.

Sin embargo, el Proyecto no da lugar al posible ejercicio de este derecho por parte de personas que consideren que el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a sus convicciones y, a la vez, estén obligadas a la realización de un acto contrario a esas convicciones. Ese sería el caso del oficial del Registro Civil que debe casar a dos personas del mismo sexo, o el que debe inscribir a un hijo concebido por una de ellas como hijo de ambas mujeres, o el Juez que debe concederles la adopción, el padre que quiere enseñarle a sus hijos que la forma natural de convivencia y amor humano es entre varón y mujer y no quiere que en la escuela le enseñen algo distinto al respecto, y, en definitiva, toda persona que se opusiera a cualquier forma de cumplimiento, por su parte, de esta ley, en razón de convicciones morales o religiosas.

Todas esas personas, si llegasen a tener convicciones éticas o creencias religiosas según las cuales el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al bien común de la Nación, o que la crianza y educación de niños por parte de parejas del mismo sexo es contraria al interés superior del niño, no contarían con un mecanismo legal que les permitiera resguardar su integridad moral y religiosa, absteniéndose de actuar, como consideran que es su obligación en conciencia.

Frente a tales situaciones, la persona se encuentra ante la disyuntiva de actuar conforme a sus convicciones y ser condenada por incumplir la norma o, en todo caso, cumplirla y ser incoherente con lo que piensa o cree.

En efecto, dado que existe un derecho a pensar libremente y expresar las ideas, tiene que existir también un derecho a actuar como se piensa siempre que no se ocasione un daño grave directo a terceros o a bienes públicos relevantes; de lo contrario, de nada serviría poder pensar. De esta manera, lo mismo puede decirse respecto de las creencias de moral religiosa: dado que existe una libertad de religión y de ejercer la religión, ésta debe dar la libertad de actuar como se cree que es correcto, sin que se ocasione daños serios e injustos. Y lo mismo puede afirmarse teniendo en cuenta el derecho a la privacidad: el derecho a que el Estado no interfiera en las conductas de los particulares que no ocasionen daño alguno debe permitir incumplir una norma por razones de conciencia o religión cuando de ese incumplimiento no se deriva daño grave específico alguno.

No debe olvidarse que, además de fundarse en una multitud de normas de la Constitución y de los tratados internacionales, la Corte Suprema ha reconocido expresamente este derecho en numerosos precedentes, en los que cabe resaltar “Barros”²¹⁰, “Portillo”²¹¹ y “Bahamondez”²¹².

El Proyecto, en cambio, se olvida de la libertad de conciencia, pensamiento y religión de las personas que puedan vincularse con su implementación. En efecto, no contempla este derecho en su articulado, como sí lo hacen otras normas que entran en potencial conflicto con las convicciones éticas y las creencias religiosas de las personas. Entre éstas cabe poner, como ejemplo, los artículos 9 y 10 de la Ley 25.673 de Salud Reproductiva (2002), el artículo 6 de la Ley 26.130 de Anticoncepción Quirúrgica (2006), la Resolución 1818/84 del Ministerio de Educación y Justicia, y numerosas leyes provinciales a lo largo y ancho del país.

Por lo expuesto, **si se aprobara, el Proyecto vulneraría el derecho a la libertad de conciencia y de religión de muchas personas**, pues omite una cláusula de objeción de conciencia para los oficiales públicos, jueces de familia, padres, directores de escuelas, y toda otra persona que, por razones éticas o morales, objete cumplir personalmente alguno de sus preceptos o disienta sobre la propiedad o conveniencia de la reforma que se hizo.

13.6. La prueba de los riesgos descriptos I: Estados Unidos y la estrategia de vender la homosexualidad a la sociedad, instalarse en los medios y atacar al que piensa diferente

Cabe preguntarse si los riesgos descriptos a algunos derechos humanos fundamentales en los epígrafes anteriores no son elucubraciones abstractas carentes de posibilidades reales. Para esto, conviene exponer brevemente lo acontecido en los casos estadounidense y español con relación al tema.

Para que se acepte el matrimonio homosexual se precisa hacerlo ver como indiferente, natural, inocuo. ¿Cómo? Trabajando desde la educación y los medios, cambiando el debate desde lo racional a lo emotivo.

En este ámbito existen lineamientos claros. Para rastrear el origen de este cambio resulta interesante el trabajo *Selling Homosexuality to America*, de Paul Rondeau, en el cual se relata cómo fue la campaña que comenzaron algunos colectivos *pro gay* en los años '70²¹³.

A mediados de la década del '70 esos grupos de presión contrataron a algunos de los mejores expertos en *marketing* de la Universidad de Harvard. El objetivo era instalar en la sociedad la idea de que la homosexualidad es algo aceptable moralmente y sin inconvenientes. En pos de ese objetivo, se aplicaron durante años “los cuatro principios” del marketing: *product* (qué se quiere vender), *price* (precio que se paga si no se consume), *promotion* (modos de publicitarlo) y *place* (lugar o público, clientes de la campaña)²¹⁴.

El “producto” que crearon es que la homosexualidad es algo normal, aun natural. Para esto se mezclaron medias verdades con eslóganes —por ejemplo: “cualquier persona puede infectarse de SIDA”—, se utilizaron sistemáticamente víctimas de discriminaciones para hablar de derechos humanos y se recurrió a estudios no siempre confiables. En este contexto se inscribe la presión contra los psiquiatras para que retiraran la homosexualidad del catálogo de enfermedades del Manual de diagnósticos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatras (APA), como se ha relatado en el cap. 7.

En relación al “precio”, se buscó “hacer pagar” a quienes no compartieran las ideas del movimiento. Así, se han utilizado apelativos agresivos como “homofóbico”, “reaccionario”, “intolerante”, entre otros, para descalificar a los disidentes, a los que piensan distinto.

La “promoción”, por su parte, se desarrolló a partir del acceso a los medios de comunicación. Se presentó a personas homosexuales como personas simpáticas, inteligentes, sensibles, y comprensivas; pero siempre incomprendidos. Hay multitud de ejemplos en películas de cine y series de televisión en el extranjero y en el país.

Por último, también se planeó el “público”. En este caso, se identificó a los gobernantes, educadores y ministros religiosos, por la fuerte influencia que ejercen en la sociedad. En este apartado se atacó constantemente a las religiones que tienen una postura diversa.

De modo similar, Marshall Kirk y Hunter Madsen, en un libro famoso de 1989 hicieron una propuesta completa al movimiento homosexual²¹⁵. Ambos ex alumnos de Harvard, Kirk es investigador en neuropsiquiatría y Madsen es experto en persuasión pública y marketing social. Ellos orientaron su libro a la aceptación social y moral de la vida homosexual, con una serie de recomendaciones, tales como la de limpiar la imagen evitando todo lo que contribuyera a dar una idea negativa; proporcionar distintos argumentos según el público receptor, con explicaciones emocionales y no argumentos lógicos, y usar los medios de comunicación de modo masivo para AISLAR Y SILENCIAR a los opositores, INSENSIBILIZAR Y CONVERTIR a los indecisos con miedo a parecer intolerantes y MOVILIZAR a los simpatizantes; catalogar a personajes célebres fallecidos como homosexuales, sin riesgos de demandas por daño a la reputación; etiquetar a los opositores al matrimonio homosexual, etc., de conservadores, retrógrados e intolerantes y asociarlos a movimientos de discriminación, y rotularon a la Iglesia católica como anticuada, ignorante y manipuladora; “mostrarse” los simpatizantes del movimiento, sobre todo personajes famosos y amables, evitando enfocar la discusión en el estilo de vida homosexual, para llevarla a lo abstracto y los derechos humanos.

El libro de Kirk y Madsen desató mucha polémica, pero ciertos grupos activistas adoptaron muchas de sus estrategias en los veinte años desde su publicación.

A partir del éxito de estas campañas se explica en gran parte la transformación cultural experimentada en cuarenta años. La sensación ambiental, esa percepción que reconoce a la homosexualidad como una posibilidad más, que reclama plena equiparación con la realidad heterosexual, también en cuanto al matrimonio y la adopción, encuentra su origen en ese plan de “vender la homosexualidad a América”.

En virtud de lo expuesto, se entenderá por qué en la actualidad la discusión acerca de la homosexualidad y la posibilidad de que dicha realidad constituya un presupuesto válido para el matrimonio ha pasado del plano científico y jurídico al plano emotivo.

13.7. La prueba de los riesgos descritos II: en España la legalización del ‘matrimonio homosexual’ respondió al diseño de una estrategia unificada y dirigida

La activista lésbica Beatriz Gimeno describió las estrategias que usaron en España:

- En 1995, las ONGs del movimiento LGTTB (lesbianas, gays, travestis, trans y bisexual) español formaron un frente unificado y asumieron como primer y prin-

principal objetivo la legalización del “matrimonio” homosexual. Delinearon los pasos a seguir y se atuvieron a ellos.

- Trabajaron en forma transversal, con homosexuales de izquierda y de derecha, del Partido Socialista y del Partido Popular, y así lograron que su bandera fuera asumida por todos los que buscaban cambiar la estructura social en este punto.
- Unificaron el reclamo: los políticos estaban con ellos o contra ellos, a favor del “matrimonio homosexual” o en contra. Por eso no hubo variedad de opciones más progresistas o más moderadas: o “matrimonio” o nada, sin figuras jurídicas alternativas.
- Pidieron mucho de entrada, “porque si se pide poco finalmente no se consigue nada”.
- Instalaron el debate en la sociedad y lo mantuvieron vivo durante un año. Así lograron modificar los patrones culturales y su proyecto alcanzó el 65% de adhesión popular.
- Se visibilizaron y se hicieron reconocer en sus entornos. Usaron consignas sensibles del tipo “somos vuestro hijo, vuestro vecino...”.

13.8. La prueba de los riesgos descriptos III: un caso hipotético posterior a una eventual legalización del matrimonio homosexual y el caso Parker, de Massachusetts, U.S.A.

Para ilustrar lo expuesto sobre el retroceso en la plena vigencia de derechos básicos como las libertades de pensamiento, expresión, conciencia, etc., conviene reparar en un caso hipotético, y descubrir lo que puede pasar pronto en el país.

- Caso: Pedro, un niño de cinco años, llega del jardín a su casa y cuenta a sus padres que Juan, su amiguito, le regaló una flor con un cartita que dice, “te quiero mucho”, adornada con varios corazoncitos. Al día siguiente, Juan le da la mano a Pedro mientras miran una película en el jardín. Luego le dice que cuando sean grandes le gustaría que se casaran, como estuvo explicando la maestra en clase, para formar uno de los tipos de matrimonio que la señorita explicó. Al despedirse, le da un beso en la mejilla.
- El caso podría tener otros hechos análogos, no menos dramáticos: Pedro llega del jardín a su casa y cuenta a sus padres que Juan, uno de sus compañeros de clase le dio un beso en la boca. Su compañerito le contó que el tiene dos papás, y que usualmente organizan fiestas con varios amigos, dónde aprendió a hacer eso.

- Como madre o padre, no es posible quejarse en el jardín de infantes o en el colegio: la respuesta será que cada niño puede desarrollar su sexualidad de manera abierta, probando nuevas experiencias que lo ayuden a descubrirse a sí mismo dentro del menú que la sociedad o la legislación han adoptado. A esto, la maestra dirá que se dan diversas mecánicas de trabajo, en donde los chicos juegan con las chicas y con los chicos, alternativamente, para que ellos decidan con quién se sienten más cómodos.
- Estamos hablando de niños de sólo cinco años. A esa edad, uno está en pleno descubrimiento del medio que lo rodea, y cualquier experiencia lo afectará en un futuro. Un niño de esa edad no es capaz de discernimiento. Quiérase o no, está condicionado por lo que ve, escucha y percibe.
- Pero la ley ya decidió por él y por sus padres, y trastocó, mutó radicalmente el concepto y los caracteres del matrimonio y la familia, modificando el cuerpo legal más básico de una sociedad, su Código Civil. Las herramientas pedagógicas desarrolladas luego no son más que la aplicación lógica a la educación de la política estatal de cambiar la estructura familiar de la sociedad.
- Si los padres van a quejarse, podrían pasar un mal momento... o algo peor.

Lo anterior no es un caso de laboratorio. En Massachusetts, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en virtud de una decisión de su Corte Suprema. David y Tania Parker son los padres de Jacob Parker quien en 2005 tenía 5 años de edad y comenzó a asistir al jardín de infantes.

- El matrimonio homosexual era enseñado como normal, aceptable y moral en cada escuela pública de Massachusetts, desde el jardín de infantes.
- Un día, Jacob llegó a su casa con un libro titulado "*Who's in a family?*" ("¿Quién está en una familia?"), de Robert Skutch, en donde se introduce a los niños a las parejas del mismo sexo.
- Los Parker solicitaron una entrevista con la Directora de la escuela. Pidieron que se les informara cuando se realizara la instrucción de carácter homosexual, para tener la opción de elegir si sus hijos recibirían este adoctrinamiento o no.
- La institución les respondió que el matrimonio homosexual era legal en ese Estado, por lo que se podía hablar del tema en cualquier momento sin notificación previa.
- Parker se negó a retirarse de la escuela hasta que le prometieran lo que pedía. Fue sacado por la fuerza pública, encarcelado y enjuiciado. David Parker perdió en la instancia judicial.

13.9. La prueba de los riesgos descritos IV: la Ley Antidiscriminatoria y otros casos de criminalización de la disidencia

Lo expuesto con relación a Parker ha ocurrido a ministros religiosos que no han querido “bendecir” uniones homosexuales en Suecia, a ministros que han predicado la impropiedad moral de las prácticas homosexuales en los países nórdicos, en Inglaterra y también en Argentina, a psiquiatras y psicólogos en España y en Estados Unidos que han tratado pacientes procurando ayudarlos a cambiar su orientación sexual hacia la heterosexualidad, a jueces en España que han pedido un informe psicológico antes de dar un niño en adopción a una pareja homosexual, y en tantos otros casos en diversos puntos cardinales, donde ministros y fieles religiosos, docentes y políticos, jueces y funcionarios, dueños de salas de fiesta y padres de familia se han visto perseguidos, con sumarios y despidos, amenazas y descalificaciones, a veces han sido procesados e incluso condenados penalmente e ido a parar a la cárcel por pensar distinto con relación a la homosexualidad.

En Argentina esto se ha procurado a partir del artículo 1 de la Ley 23.592 de Antidiscriminación, y hay una constante insistencia de colectivos homosexuales pidiendo incluir también allí la “orientación sexual”. La norma establece:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

No puede considerarse ilícito pensar sobre éste y otros puntos libremente y actuar de acuerdo a lo que se piensa, es decir, no puede ser ilícito ejercer los derechos humanos fundamentales a la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y de opinión, la libertad religiosa, la libertad de conciencia, la libertad de cátedra, el derecho a aprender y el derecho a enseñar, el derecho a escoger el tipo de educación para los hijos..., y aún el derecho a educar directamente a los hijos en los puntos centrales de la vida, entre otros varios derechos relevantes a estos efectos, que están reconocidos en la Constitución Nacional y en diversas provisiones de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Y ejercer esos derechos no es discriminar, que es algo muy concreto, que son acciones de negación del derecho ajeno, y no pensamientos y expresiones respetuosas por las que se manifiestan las propias ideas. Pretender censurar esto es un agravio serio a los derechos huma-

nos y a las reglas de la convivencia democrática que no puede admitirse, aún cuando se camuflen en reclamos de igualdad.

13.10. La prueba de los riesgos descritos V: el caso de donación de sangre, sobre el modo de accionar de algunos activistas pro homosexualidad para ganar legitimación, independientemente del bien social de los ciudadanos y de los fundamentos científicos contrarios

En el año 2005 un especialista de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Dr. José Ramiro Cruz, recomendó que los hombres que tienen relaciones homosexuales sean excluidos de la posibilidad de donar sangre, con el fin de reducir los riesgos de contaminación por el virus del SIDA. Hizo tal recomendación durante las sesiones del X Congreso Argentino y IV Congreso del Grupo Cooperativo Iberoamericano de Medicina Transfusional. Cruz señaló lo siguiente:

“Mientras en la OPS no contemos con información científicamente válida que nos demuestre que ese comportamiento de riesgo ya no lo es, no podremos tomar una posición diferente. Hoy, la información disponible es que hombres que mantienen relaciones sexuales con hombres tienen más riesgo de tener infección por HIV”.

El Dr. Cruz, especialista en virología e inmunología, afirmó que estudios de Canadá, Estados Unidos, Argentina y Brasil demostraban que el riesgo de contraer SIDA en esos casos es de cinco a seis veces más alto que entre los varones heterosexuales cuando los encuentros han ocurrido en los últimos doce meses, y es ocho veces mayor si la conducta se mantuvo durante los últimos cinco años.

Los bancos de sangre de la Argentina no permitían donar sangre a los varones que admitían estar dentro de este grupo de conductas de riesgo, si declaraban que habían tenido relaciones con otros hombres en los doce meses previos. Por este motivo, el Dr. Abraham Kohan, presidente de la Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología, afirmó:

“El acuerdo con la exclusión es generalizado y no debe considerarse discriminatorio, sino preventivo. La explicación es que aún no contamos con las pruebas serológicas necesarias para comprobar si la persona está dentro del período de ventana para la infección del HIV”.

Según las cifras que desplegó durante su presentación en la reunión científica, el Dr. Cruz incluyó estadísticas sobre la percepción del riesgo en los donantes portadores de SIDA. Explicó entonces que “el 80% de los varones entre 18 y 29 años no sabía que estaba infectado con el HIV”.

Ante lo anterior, el presidente de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), César Cigliutti, acusó de “discriminatoria y poco científica” la recomendación del especialista de la OPS. Agregó que se debía testear la sangre, no la orientación sexual de la persona que dona. Para el titular de la CHA “es un prejuicio y no es verdad que no haya discriminación, porque si negás el acceso a un derecho, como lo es el de donar sangre, estás discriminando lisa y llanamente”. Para Cigliutti, la información de Cruz “manifiesta prejuicios, nos marcan con una X a toda la población homosexual, nos señalan como comunidad enferma, hay una estigmatización muy grande”.

Esta reacción llevó a que en el año 2006, la CHA y el INADI presentaran una denuncia contra el Ministerio de Salud.

Repárese por un momento en lo siguiente: el no aceptar esas donaciones de sangre se trataba de una medida sanitaria tomada por personal experto con base en estudios científicos locales y extranjeros. En el mismo contexto, los más interesados en que las personas puedan donar sangre son los médicos que han realizado los estudios.

El supuesto “derecho a donar sangre” que buscaba legitimar la CHA se opone al derecho a la salud de quien necesita sangre. El estado actual de la ciencia decía que no es conveniente correr ese riesgo. Pero este grupo activista, como otros tantos, descreo de los estudios, llamándolos “anticientíficos”, simplemente aduciendo discriminación, con juego de palabras, emociones y elocuencia política.

Sobre el tema fue llamada a dictaminar la Sociedad Argentina de Infectología, que recomendó seguir el criterio propuesto por el experto de la OPS y por todos los bancos de sangre, que es no permitir la donación en esas circunstancias.

La naturaleza del tema hizo que este reclamo fuera finalmente denegado. Más allá del punto concreto de las donaciones de sangre, conviene reparar en la lógica con la que se presenta el tema, porque es similar a la del actual debate sobre el matrimonio homosexual y la adopción. Analizando fríamente los hechos, daría la impresión de que a ese grupo le importaba más reclamar ciertas atribuciones que atender al bien objetivo de las personas que supuestamente quieren beneficiar, en un caso los necesitados de donaciones de sangre; en otro, los niños y niñas desamparados, o la misma entera sociedad²¹⁶.

**14. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO
ES UN EXPERIMENTO SOCIAL RIESGOSO,
NO ADMITIDO EN LA MAYORÍA DE LOS PAÍSES,
Y LA SOCIEDAD ARGENTINA NO HA DEBATIDO A FONDO
ESTA MODIFICACIÓN PROFUNDA A SU ESTRUCTURA FAMILIAR**

RESUMEN:

Desde la presentación del Proyecto en Diputados, se ha llevado a cabo un despliegue mediático y una gran presión sobre el Congreso, acallando, o por lo menos opacando, a aquellos que piensan de un modo distinto.

Varios sondeos privados muestran que la mayoría de los argentinos se muestra en contra del matrimonio homosexual y que rechazan la adopción por parejas homosexuales. Pero, a diferencia de más de 30 Estados de los Estados Unidos de América, donde el tema se definió por plebiscito o referendium, no se ha consultado realmente a la ciudadanía sobre un tema tan sensible y que afecta a toda la población, al presente y al futuro.

Sólo un reducidísimo número de los países de la comunidad internacional ha legislado el matrimonio de personas del mismo sexo. Otro tanto sucede con aquellos que permiten adoptar niños a parejas homosexuales.

Existen estudios que muestran la experiencia reciente de esos países, que ya han comenzado a sufrir consecuencias sociales negativas derivadas de su instauración, que permiten sostener la inconveniencia de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la unión matrimonial de personas del mismo sexo o permitirles adoptar niños.

Merece la pena resaltar que treinta Estados de Estados Unidos, más Honduras, han resuelto prohibir en sus constituciones el matrimonio homosexual.

La realidad y los hechos demuestran que esta ley no buscaría directamente proteger los derechos legítimos de una minoría sino, más bien, los intereses de grupos activistas específicos, que presionan en éste y otros temas a los legisladores.

Ante esta situación, es fundamental que los legisladores valoren con precisión y profundidad los argumentos de cada postura y decidan en base a sus convicciones y en representación de la población de sus provincias, movidos por la verdad y de conformidad con la Constitución, para que le brinden a ésta máximo respeto y máxima promoción.

14.1. El Proyecto de Ley busca proteger intereses particulares específicos de algunos grupos de presión

Es posible que la **presión** de algunos grupos específicos, más cierta hiperexposición en los medios, podría hacer creer que una mayoría de la sociedad se decanta a favor de modificar la estructura matrimonial y admitir en su seno a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, esto no se muestra acorde con la realidad.

Los grupos capaces de imponer su opinión a través de los medios y de las vías de acceso a la política buscan quebrar la realidad en función de los siguientes factores:

- a) se procura hacer que la sociedad piense que la homosexualidad es una posibilidad moral y social tan válida como ser heterosexual, y que el matrimonio homosexual también debería serlo, todo lo cual parte de premisas falsas y contrarias a la experiencia y a la ciencia;
- b) se pretende mostrar al homosexual como discriminado, y al que apoya el matrimonio entre varón y mujer como un sujeto discriminador, intolerante, absolutista, etc.;
- c) se pretende convertir en políticamente incorrecto –y en ocasiones criminalizar– al que mantenga una postura que defienda el matrimonio entre varón y mujer.

Lo último ha llevado a una presión tal en la opinión pública que ha conminado al silencio a muchos sectores que sostienen posturas mayoritarias y con fundamento racional. Se ha menoscabado la libertad de expresión y la libertad de conciencia de las personas. Aquel que no puede expresar lo que piensa, no es libre, y esto es lo que está sucediendo hoy en día.

En un tema tan sensible como éste, que afecta a todos los argentinos por igual, que trata de la modificación de una institución multiseccular contenida en nuestro Código Civil, no es conveniente ni correcto dejarse llevar por presiones, en lugar de actuar conforme a elementos de convicción racionales, que pueden verse al estudiar el tema, siempre de acuerdo a lo que es legítimo y constitucional.

14.2. Las encuestas indican que la opinión de la mayoría de los argentinos está en contra del Proyecto de matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo

Según un Estudio de Opinión realizado en 2005 por la consultora **Gallup Argentina**, con cobertura nacional, con mil entrevistas a adultos de ambos sexos, y un margen de error de + 4.2% para los totales y un nivel de confianza del 95%, **8 de cada 10 personas están de acuerdo con la definición de matrimonio “es un hombre y una mujer” y que “la familia fundada a través del matrimonio es la unidad fundamental de la so-**

ciudad". También **8 de cada 10 opinan que la sociedad debería centrarse alrededor de la familia. La familia debe ser fortificada, no debilitada**: 7 de cada 10 cree que actualmente la calidad de vida familiar en nuestro país es más débil que hace 30 años. El 35% considera que el principal aspecto para el logro de una buena calidad de vida familiar es "un matrimonio duradero entre un hombre y una mujer". Incluso, **la mitad de los encuestados cree que la solución de fondo para algunos problemas sociales (delincuencia juvenil, adicciones, violencia) se encuentra en que el Estado adopte políticas que faciliten y promuevan la vida familiar (48%)**.

Las más recientes encuestas sobre matrimonio homosexual en Argentina se dieron a conocer el 29 y 30 de diciembre de 2009, luego del primer casamiento *gay* en el país. Según *La Nación*, *DyN* y *Télam* (en sus ediciones web del 30 de diciembre de 2009), **6 de cada 10 argentinos se oponen al matrimonio gay**, de acuerdo con la encuesta difundida por la consultora Poliarquía Consultores. De esa encuesta surgió claro el déficit federal del Proyecto: mientras que el 56 por ciento de los porteños estuvo a favor, el 64 por ciento de los encuestados del interior se manifestó en contra.

Por otro lado, en noviembre de 2009 el diario *Uno* de Mendoza encuestó a sus lectores sobre el tema. El 72,12% se manifestó en contra de las uniones homosexuales. "Este resultado contradice los números que maneja el INADI (Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo), ya que desde ese organismo estiman que en nuestra provincia más del 60% ve con buenos ojos la unión civil homosexual", publicó *Uno*.

La cifra de Mendoza es similar a la votada en enero de 2010 por el pueblo mexicano, porque allí más del 70% rechaza la legaliza el matrimonio homosexual en el Distrito Federal²¹⁷.

Es cierto que existen encuestas que sostienen que en Argentina el 70% está a favor del Proyecto. Sin embargo, es menester analizar las fuentes. En primer lugar: en una de ellas las afirmaciones son hechas por la Comunidad Homosexual Argentina en su página *web*, que no citan ninguna encuesta concreta. Además, a través del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en 2008 la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) señaló que más del 70% de la gente está a favor del matrimonio para parejas del mismo sexo, aunque también sin citar fuente alguna. Existe una encuesta contratada por el Gobierno nacional, que impulsa el Proyecto, realizada por la consultora *Analogías*, de Analía del Franco, según la cual el 66,3% de los argentinos está a favor de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero la encuesta tomó sólo 800 casos de Buenos Aires: carece, por tanto, de representatividad federal alguna.

Más allá de estos datos, el punto central es que no se ha consultado ni oficial ni extraoficialmente a la sociedad de un modo imparcial. Es cierto que, aunque el pueblo

en su mayoría cambie su forma de pensar sobre la familia, la realidad de las cosas seguirá reclamando un matrimonio de varón y mujer. Pero también es cierto que, en democracia, ante una reforma de tal calibre para la vida personal y social, es necesario consultar al pueblo para reflexionar seriamente, en especial si el punto no estaba en las plataformas electorales de los partidos.

14.3. *La dinámica del Derecho lleva a que la reforma a la estructura social argentina será irreversible, por lo que debe ser tratada con el mayor de los cuidados y el más amplio debate*

Una consideración adicional debe realizarse en torno al Proyecto, y es la siguiente: éste propone una reforma de la cual no hay vuelta atrás. En efecto, una cosa es tomar medidas drásticas pero temporales, como pesificar los depósitos, o despenalizar actos que posteriormente puedan volver a ser penalizados, como la tenencia de estupefacientes para consumo personal. **Permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, en cambio, conlleva un cambio estructural permanente en la sociedad argentina.**

Por la propia dinámica del derecho a la igualdad y la garantía de los derechos adquiridos, a lo que debe sumarse la presión de algo que ya se ha incorporado, si hoy se permite a parejas del mismo sexo casarse, no podrá negárseles ese derecho a las parejas futuras —pues, por el derecho a la igualdad, sería inconsistente que una ley les negase lo que otra ley le otorgó a personas en idéntica situación—. Aun menos podrían anularse o dejarse sin efecto estas uniones pasados algunos años, pues habrían “adquirido” un derecho que no les podría ser revocado por vía legal.

De ahí, pues, que esta ley —a diferencia de una ley que, v.gr., imponga la pena de muerte, o despenalice el aborto o la tenencia de estupefacientes— establecería cambios permanentes en la sociedad argentina, cambios que no tienen nunca más vuelta atrás, y que por ello deberían ser realizados con un amplio debate democrático y federal y sin representatividad suficiente: **la estructura de la sociedad argentina no puede ser modificada, para siempre, con únicamente 14 votos a favor en Diputados y 2 o 3 votos en el Senado.**

14.4. *Sólo un porcentaje ínfimo de países ha aceptado el “matrimonio homosexual” y la adopción por parejas del mismo sexo*

Analizar desde una dimensión global la problemática que encierra la autorización estatal del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como sus principales consecuencias, exige necesariamente considerar las diversas políticas que, en el plano nor-

mativo, han adoptado a su respecto los países que integran la comunidad internacional.

En tal sentido, existe un dato de la realidad que no puede soslayarse: sólo un reducido porcentaje de aquellos ha establecido en sus ordenamientos categorías jurídicas que –de uno u otro modo– autorizan la unión entre dos personas del mismo sexo. En concreto, de 256 países en el mundo:

- (i) sólo el 4,29% de los países regula en sus ordenamientos jurídicos la figura el “matrimonio homosexual”;
- (ii) sólo el 10,7% posee algún tipo regulación normativa respecto de las uniones homosexuales –y, muchos de ellos, sólo en algunas de sus jurisdicciones–; y
- (iii) sólo el 9,1% de los países del mundo permite que las parejas homosexuales adopten niños.

Veámoslo más despacio. Sólo 11 países del mundo han experimentado socialmente con la figura del “matrimonio homosexual”, lo que representa un escaso 4,29% de la comunidad internacional. Se trata de los Países Bajos, Bélgica, España, Sudáfrica, Canadá, Noruega, Suecia, Portugal y algunas jurisdicciones de Estados Unidos - Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire y Washington D.C.-, en México el Distrito Federal e Islandia.

Es decir, 245 países no autorizan la unión matrimonial entre dos personas del mismo sexo, es decir, el 95,71%. De ellos, además, 185 en sus ordenamientos jurídicos establecen *expresamente* que el matrimonio puede celebrarse únicamente entre varón y mujer.

El panorama no varía en lo que respecta –no ya al matrimonio– sino, más ampliamente, a la “unión homosexual”. En efecto, sólo un 8,2% de los países contienen algún tipo de legislación que admite esta clase de uniones –y, en muchos casos, sólo en algunas de sus jurisdicciones internas–²¹⁸.

Finalmente, no puede dejar de considerarse otro dato por demás elocuente: la adopción por parte de parejas homosexuales está únicamente autorizada en 18 países, esto es, en el 7,03 % de todos aquellos que integran la comunidad internacional, mientras que el 92,97% restante no lo admite. Los Estados que lo han permitido son: Andorra, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Guam, Holanda, Israel, Islandia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Uruguay (sujeto a un régimen muy específico), Australia (en algunos territorios), Estados Unidos (en algunos territorios) y México (solo en la Ciudad de México). Por último, en el 1,17 % de los Estados (Alemania, Finlandia y Francia) es legal la adopción del hijo del otro miembro de una pareja de hecho o unión civil.

La información que antecede, aunque trate de estadísticas, permite afirmar que:

- más allá de las razones y estudios que así lo indican, parece existir un consenso internacional en punto a que la figura del “matrimonio” sólo debe reservarse para la unión entre “varón y mujer”; y
- ante la realidad normativa que presenta el panorama mundial, parecería inconveniente adoptar una figura jurídica cuya recepción ha sido casi nula en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados que integran la comunidad internacional, y que no tendrá reconocimientos ni efectos en la mayoría de esos estados, por violar su orden público interno;
- y que existe un relativo consenso internacional en que no se deben permitir las adopciones a parejas del mismo sexo.

14.5. España: a 5 años de la sanción de la ley que autorizó los matrimonios entre persona del mismo sexo ya se manifiestan sus consecuencias negativas

En España, a cinco años de la sanción de la ley 13/2005 se realizó un estudio sobre los efectos que la reforma –y la de otras leyes posteriores, dictadas en su consecuencia– tuvieron para la sociedad española²¹⁹. Los aspectos más relevantes del mismo son:

- **Cuestiones reproductivas.** Una ley de mayo del año 2006 habilitó a “toda mujer”, sin importar su orientación sexual, a utilizar cualquier método de reproducción asistida, modificando así el concepto de reproducción humana –que sólo por excepción admite recurrir a métodos artificiales– y trastocando su finalidad –pues sólo ella sólo cobra sentido en el contexto de una familia, que está ordenada la procreación y educación de los hijos–. La reproducción ya no tiene que ver con la relación entre los sexos, sino que es a la carta, siguiendo el deseo libre y soberano de una persona²²⁰.
- **Adopción.** El nuevo art. 175.4 del Código Civil español habilita actualmente la adopción de un menor por parte de ambos miembros a las parejas casadas. Si no están casados, es uno sólo el que puede adoptar. El único requisito que la ley exige es su “idoneidad” para ejercer la patria potestad de acuerdo con las necesidades del niño adoptado²²¹. Quienes evalúan dicha aptitud exigida legalmente, al hacerlo, dictaminan en función de criterios “políticamente correctos”, pero sin atender, primordialmente, al interés superior del niño. Es decir, no juzgan si el hecho de tener dos papás, dos mamás, o un padre transexual, es o no adecuado para el interés superior del niño. Se obliga así a los jueces a dar en adopción a menores sin contar con información seria y objetiva.

- **Educación.** Como consecuencia de la consagración normativa del “matrimonio homosexual”, desde mayo de 2006 se están poniendo en práctica diversas reformas en esquema educativo español. En efecto, existe “un nuevo área de conocimiento llamado Educación para la Ciudadanía (EpC)”²²² dirigida a chicos y chicas de entre 10 y 16 años. A través del material utilizado en clase se presenta al matrimonio entre personas del mismo sexo como una opción más, igualmente legítima a otras posibles. Es decir, se enseña que la homosexualidad es normal, que es bueno tener dos papás o dos mamás, que los niños deben experimentar con su sexualidad para descubrir qué sexo les atrae más y que las personas que se oponen a la homosexualidad son intolerantes. A noviembre de 2009 son aproximadamente 52.000 las personas que han hecho objeción de conciencia sobre el contenido curricular, ya para no dictarlo, ya para evitar que el mismo sea impartido a sus propios hijos. Además, se han presentado alrededor de 1.800 recursos judiciales contra esta imposición.
- **Código Penal.** La reforma española también incluyó la modificación de ciertos tipos penales con la finalidad de “proteger” la diversidad de orientación sexual. Por ejemplo, se sanciona a asociaciones que promueven la discriminación contra otros por razones de orientación sexual. Si bien la bondad de tales fines resulta innegable, así como la justicia en la protección de la dignidad de las personas sin importar su orientación sexual, los términos empleados por el legislador español son sumamente abiertos. Esta circunstancia, como consecuencia social negativa, ha permitido que, actualmente, los grupos homosexuales hayan comenzado a utilizar el Código Penal como instrumento de lucha para reivindicar sus propias convicciones. Disposiciones similares han tenido alto impacto en otros países del mundo, como por ejemplo en Canadá. La adopción de normas de estas características sin el estudio de sus posibles consecuencias, puede facilitar el abuso de las nuevas figuras jurídicas y permitir su utilización con la finalidad de: (i) consumir la intolerancia y la consecuente discriminación; (ii) limitar la libertad de expresión de quienes tienen opiniones diferentes; y (iii) violar la libertad de conciencia de quienes no comparten las convicciones de quienes promueven su sanción.

14.6. Estados Unidos y la Ley de Defensa del Matrimonio: 30 de sus 50 Estados han realizado enmiendas constitucionales que prohíben expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo

Actualmente 30 de los 50 estados que integran los Estados Unidos de América cuentan enmiendas constitucionales, realizadas por plebiscito de sus ciudadanos, aprobadas en los últimos años que expresamente prohíben el matrimonio entre per-

sonas del mismo sexo. La razón fundamental de esta sorprendente realidad debe su causa a la sanción de la denominada Ley de Defensa del Matrimonio.

Durante la presidencia de Bill Clinton, en 1996, se aprobó por el Congreso federal la “Ley de Defensa del Matrimonio” (Ley pública 104-199, 110 Stat. 2419, 1996), denominada por sus siglas en inglés “DOMA”. La misma contiene fundamentalmente dos secciones, en las que se reconoce explícitamente lo siguiente:

- El significado de matrimonio para la ley federal, que es considerado como la unión legal entre un varón y una mujer como marido y mujer.
- El poder de los estados para tomar sus propias decisiones acerca del matrimonio, por el cual ningún estado, territorio, posesión americana o tribu india está obligada a reconocer la relación entre dos personas del mismo sexo que sean consideradas matrimonio por la ley de otro estado, territorio, posesión o tribu.

En la Casa de los Representantes la Ley se aprobó por 342 votos contra 67, mientras que en el Senado, sin enmiendas, lo fue por 85 votos contra 14²²³.

- **Reacción en los Estados**

Desde la aprobación de la Ley —y hasta la actualidad— son 30 los Estados norteamericanos cuyos ciudadanos tuvieron la oportunidad de votar libremente por la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Seguidamente se efectúa una reseña de los mismos, en la que se indica el porcentaje de aprobación de la prohibición constitucional del matrimonio de personas del mismo sexo alcanzado en cada uno de ellos:

- Hawaii (69%) y Alaska (68%) fueron los primeros, en 1998.
- En 2000 fue el turno de Nebraska (70%). En 2002 Nevada (67%).
- En 2004 Arkansas (75%), Georgia (77%), Kentucky (75%), Louisiana (78%), Michigan (59%), Mississippi (86%), Missouri (71%), Montana (66%), North Dakota (73%), Ohio (63%), Oklahoma (76%), Oregon (57%) y Utah (66%).
- En 2006 Alabama (81%), Colorado (56%), Idaho (63%), South Carolina (78%), South Dakota (52%), Tennessee (81%), Virginia (57%) y Wisconsin (59%).
- En 2006 el Estado de Arizona fue el primero en el que el “no a la enmienda” triunfó, con un 51.8%. Sin embargo, en una nueva votación realizada en el año 2008 la misma fue aprobada, con un 56.5%.
- En 2008 también se aprobó la prohibición constitucional en California (52%) y en Florida (62%). Ese año también se votó en Arkansas una enmienda que prohíbe a parejas no casadas la posibilidad de adoptar.

- Si bien no se trató de un referendo con el mismo fin, Maine, en 2009, también se opuso mediante el voto popular al matrimonio entre personas del mismo sexo (53% de los votos). Fue durante un referendo que rechazó una ley estatal que lo permitía.

Finalmente, cabe mencionar que son sólo 5 los Estados norteamericanos que no tienen ningún tipo de prohibición al matrimonio entre personas del mismo sexo: Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York y Rhode Island.

Massachusetts, Connecticut, y Iowa legalizaron esta unión a partir de decisiones judiciales. New Hampshire y Vermont, por su parte, lo hicieron como resultado de una sanción legislativa, al igual que el Distrito de Columbia.

- **Argumentos**

Un estudio de los argumentos esgrimidos durante las campañas que precedieron a las enmiendas constitucionales en esos treinta Estados conduce al análisis del caso californiano, que fue uno de los Estados en los que la victoria de la famosa Propuesta 8 de reforma constitucional fue realmente inesperada.

Tuvo mucha repercusión en la ciudadanía los datos sociales aportados por el Family Research Council, que se sustentan fundamentalmente todo en la protección de los niños como fruto natural del matrimonio. Tales argumentos eran los siguientes:

- Necesidad de los niños por sus padres biológicos.
- Los niños necesitan padres y los niños necesitan madres.
- La evidencia que sostiene que los niños crecen igual con parejas del mismo sexo es frágil: carece de sustento científico y tiene problemas metodológicos.
- La evidencia científica sugiere que niños criados por homosexuales pueden presentar desordenes sexuales y en su conducta de género.
- El matrimonio entre personas del mismo sexo podría romper la norma implícita de fidelidad sexual en el matrimonio. Las encuestas indican que las parejas heterosexuales respetan mucho más la fidelidad que las homosexuales.
- El matrimonio entre personas del mismo sexo disociaría al matrimonio de su relación con lo procreativo.
- Los matrimonios heterosexuales tienden a funcionar mejor y a evitar el fracaso en la medida en que se conservan las funciones del hombre y la mujer en la familia²²⁴.

14.7. *La experiencia de Honduras: la reforma constitucional de 2005 prohibiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo*

En sentido similar al proceso de reformas constitucionales operado en la mayoría de los Estados de los Estados Unidos de América, cuya finalidad estuvo orientada a proteger la familia y preservar el matrimonio concebido como la unión de dos personas de distinto sexo —esto es, varón y mujer—, cabe también destacar la política llevada adelante por el gobierno de Honduras en el año 2005.

Dicho gobierno, impulsado por el entonces presidente del Congreso local, concretó la reforma de su Constitución, en la que se estableció que tanto el matrimonio, como las uniones de hecho, únicamente pueden celebrarse entre personas de distinto sexo, prohibiéndose en consecuencia la adopción de niños por parte de parejas homosexuales.

Como producto de la reforma indicada, en consecuencia, quedaron abolidos en el ordenamiento jurídico de Honduras los siguientes institutos: (i) el matrimonio entre personas del mismo sexo; (ii) las uniones civiles homosexuales; (iii) el cambio de sexo; y (iv) la posibilidad del reconocimiento de cualquiera de estas tres situaciones, en caso de ser efectivizadas en el extranjero.

**A MODO DE CIERRE DEL INFORME:
EL DERECHO A CASARSE Y
EL RESPETO DE TODOS LOS DERECHOS**

El Derecho es el arte y la ciencia de la justicia, del dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde. Para lograrlo trata igual a lo que es igual, y trata de modo diverso a lo que es distinto.

Nadie tiene derecho a que una entidad no bancaria sea considerada un banco. Nadie tiene derecho a que una entidad no universitaria sea considerada una universidad. Se perjudica gravemente a los bancos, o a las universidades, cuando se les confiere su estatuto a algo que no lo es. Y se perjudica gravemente a la sociedad cuando esto ocurre, porque hay instituciones que, por su importancia en la conformación social, tienen una regulación por el Derecho que las distingue, constituye y protege, a la vez que protege a todos los demás miembros de la sociedad. Por esto, si un club de deportes, y aún un colegio secundario, quieren expedir títulos universitarios, se les denegará la validez de ese deseo por no cumplir con los requisitos legales y reglamentarios establecidos por el Congreso, por el Ministerio de Educación y por la CONEAU. Quizá los asociados al club se opongan, afirmando que “queremos dar clases y amamos la enseñanza”, que “este país está falto de educación, y nosotros queremos apoyar”, y que “no se nos puede negar el derecho a dar educación, porque eso es discriminación”. Otros pueden solidarizarse con la causa de los miembros del club y decir que “al negar el derecho a dar educación de los asociados al club, se les está negando desarrollar la pulsión básica de solidaridad, y se les niega en definitiva el derecho más fundamental y humano: el derecho a ser felices”. Sin embargo, es claro que se perjudica gravemente a las universidades, cuando se les confiere su estatuto a quienes no cumplen los requisitos pertinentes, que son los que dan valor y garantía a los títulos universitarios de todos cuantos han realizado sus estudios en un centro de enseñanza superior.

De modo similar, nadie tiene derecho a que una unión no matrimonial sea considerada matrimonio. No se comete una injusticia al negar que sea un matrimonio a una realidad que no lo es. No agravia la igualdad que se diferencie lo distinto.

Determinadas instituciones sociales importan, e importan mucho. Son el soporte del entramado social. El matrimonio, conformado por un varón y una mujer, y la familia que generan se encuentran a la cabeza de dichas instituciones, como prueba su tu-

tela constitucional y la tutela por los tratados internacionales. Cambiarles radicalmente su estructura, composición y finalidades no es sin consecuencias, no es una acción inocua, sin daños. Por el contrario, genera enormes perjuicios a las personas y a la sociedad.

De considerar matrimonio a aquello que no lo es, ni lo puede ser, se derivan multitud de absurdos e injusticias. Dentro de esas injusticias se encuentran la injusticia con los matrimonios, que verían que se trata igual a lo distinto, y encontrarían inundado su ámbito propio por uniones no matrimoniales. Se haría injusticia a los menores, que no eligen la familia que los acogerá, y deberían resignar su interés superior para crecer con parejas del mismo sexo, dificultándose o entorpeciendo gravemente su desarrollo integral. Se haría perjuicio a la sociedad, por desnaturalizar totalmente su célula básica, que es la familia.

Y, con esa lógica, se haría injusticia a todo el que disienta con esta metamorfosis matrimonial y familiar, al que se perjudica en sus derechos a la libertad de pensamiento, de expresión, de conciencia, de religión, de educación, de aprendizaje....

Como ha dicho la Declaración Universal de Derechos Humanos, los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio... **Tiene el derecho humano a casarse el varón con una mujer y la mujer con un varón..., y en virtud del mismo tienen también la facultad de exigir al Estado y a la sociedad que distingan y protejan jurídicamente esa unión única e irrepetible, esa comunión especial, fuente de amor y de vida.**

NOTAS Y REFERENCIAS

¹ Así, en las *Institutas* de Justiniano (año 533 d.C.) se lee que “Derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, la tierra y el mar. De allí proviene la unión del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio; de allí la procreación y la educación de los hijos (...)” (*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio*: INSTITUTIONUM D. IUSTINIANI, Liber I, II, proem.). Concordantemente, en el *Digesto*, 23, 2, 1, citando a Modestino, se sentencia que “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divine et humani iuris communicatio*”.

² Cfr. TREGGIARI, Susan, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 5.

³ Cfr. “S., C. sobre adopción”, Fallos 328-2870 (2005).

⁴ En nuestro Derecho, en efecto, por citar sólo algunos, Guillermo BORDA define al matrimonio como “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino” (BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de familia*, t. I, núm. 47); Jorge MAZZINGUI, como “comunidad de vida entre dos personas por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y de educarlos y asistirse recíprocamente” (MAZZINGUI, Jorge, *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, T. 1, p. 68, núm. 21); Eduardo ZANNONI, como “la unión del hombre y de la mujer para formar una familia legítima” (ZANNONI, Eduardo, *Derecho de familia*, t. I, p. 114).

⁵ El *Diccionario de la Real Academia Española* define al “matrimonio” diciendo que éste es “una unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades”.

⁶ CONEN, Cristián, *Derecho de Familia Personalista*, Universidad Libros, Buenos Aires, 2008, p. 51. En ese trabajo se brinda una descripción de cómo el fenómeno del enamoramiento, con los impulsos que manifiesta, implica una invitación a concretar el amor de acuerdo a ciertas propiedades y fines, lo que constituye el matrimonio.

⁷ A modo de ejemplo, esta complementariedad se ve reflejada a nivel orgánico, entre otros muchos elementos que podrían invocarse, con la función del moco cervical de la mujer. El mismo contiene un pH especial, destinado a neutralizar la acidez propia de la vagina y permitir la supervivencia de los espermatozoides hasta el momento de la fecundación.

⁸ Para una comprensión integral de este concepto, clave para entender la atribución en justicia que implica la modalización masculina y femenina del ser humano, puede verse CASTILLA, Blanca, *Persona Femenina y Persona Masculina*, Madrid, 1996.

⁹ IGNACIO, Graciela, "Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio", *Jurisprudencia Argentina* del 3 de febrero de 1999, p. 5. Sobre el tema ver también RAVINOVICH-BEKERMAN, *Transexualidad: una aproximación jurídica integradora*, Dunken, Buenos Aires, 1996, p. 14.

¹⁰ Cfr. MEDINA, Graciela, "La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso de los derechos de las mujeres", *La Ley* del 17 de mayo de 2010, en esp. p. 2 y 4. Ver también la versión taquigráfica de su intervención ante la Comisión de Legislación General del Honorable Senado de la Nación, 15 de junio de 2010.

¹¹ *Crisis Magazine*, January 8, 2004.

¹² Cfr. SOKOLOWSKI, Robert, "The Threat of Same-Sex Marriage", *America. The National Weekly*, 7 de junio de 2004.

¹³ California Supreme Court, *In re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

¹⁴ Ver FINNIS, John, "The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations", *American Journal of Jurisprudence* 42 (1998), p. 132.

¹⁵ WARDLE, Lynn D., "The Attack on Marriage As the Union of a Man and a Woman", 83 *N. Dak. L. Rev.* 1365-1391 (2007).

¹⁶ En cuanto al número de registros de las uniones homosexuales, un estudio realizado en Holanda muestra que solo el 2.8 % de la población homosexual, que a su vez es el 2% de la población total, aprovechó la figura legal del matrimonio reconocida (cfr. BACKGROUND, "Legal Recognition of Same-Sex Partnerships", *ORL Research Report*, 2002). En Suecia, donde la población homosexual es de unas 140.000 personas (1,4 % de la población femenina y 2,5 % de la masculina), sólo se registraron 3000 uniones, ya que menos del 5% de las personas de esa orientación homosexual optaron por registrar su unión (ver "Many Swedes Say I Don't to Nuptials Unions", *Baltimore Sun*, 2004). Por lo visto, la cantidad de efectos negativos que esta alternativa jurídica trae, no se condice con el interés ínfimo que despierta entre sus mismos promotores. En cuanto nuestro país, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se sancionó la ley 1004 que reconoció la Unión Civil. Entre mayo del 2008 y mayo del 2009 un total de 454 parejas se unió mediante este vínculo. El 65% de las mismas eran heterosexuales y el 35 restantes homosexuales. Durante el mismo periodo el Registro de las Personas otorgó alrededor de 12.000 certificados de convivencia (es la constancia emitida por el Registro de la Personas en el ámbito de la C.A.B.A. a los efectos de acreditar las uniones de hecho. Dicho certificado permite acceder a beneficios de la Seguridad Social, del Sistema de Salud y diversas tramitaciones civiles). Asimismo, durante los meses de junio de estos años contrajeron matrimonio unas 13.700 parejas. Según estos datos, son poco más de 26.000 las parejas heterosexuales que se acercaron por el Registro Civil, mientras que sólo 158 parejas homosexuales obtuvieron la unión civil, es decir, el 0,6% del total de las parejas (según datos de la propia Ciudad: http://www.buenosaires.gov.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/boletin/junio09/vitales.html).

¹⁷ Los núcleos estructuradores de dicha psicopatología son diversos, pero ciertamente identificables y concurrentes: v.gr., durante la infancia un padre distante, hostil, o violento; la madre percibida como sobreprotectora; la madre considerada por el hijo como necesitada de afecto, fría y muy exigente; la madre percibida por la hija lesbiana como emocionalmente vacía; padres que no fomentaron la identidad ni la identificación del niño con el propio sexo; ausencia de identificación con sus iguales del mismo sexo; haber sufrido en la temprana infancia abuso sexual por padre, madre o algún familiar; fobia social o timidez extrema; haber sufrido la pérdida del padre por muerte o divorcio o la separación de uno de los padres durante una etapa crítica del desarrollo, etc. En general se trata del resultado de la combinación de un estilo paternal o maternal que predispone al desarrollo de la tendencia homosexual, que influencia en características temperamentales y evita alcanzar una madurez psicoafectiva debido a la ausencia de relación identificatoria con las figuras paterna o materna, según los casos. Al respecto, ver los trabajos de investigación citados en el punto 9.2 a 9.6 de este Informe.

¹⁸ LEVAY, Simon, "A Difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men", *Science* 253, 1034 (1991).

¹⁹ LEVAY, Simon, *The Sexual Brain*, The MIT Press, Cambridge, MA, p. xii.

²⁰ Cfr. BYRD, Dean, y OLSEN, Stony, "Homosexuality: Innate and Immutable?", *Regent University Law Review*, Vol. 14, p. 516-517.

²¹ BAILEY, Michael, y PILLARD, Richard, "A Genetic Study of Male Sexual Orientation", *Archives of General Psychiatry*, no. 48, 1089 (1991).

²² BYRD, Dean, y OLSEN, Stony, *op. cit.*, p. 516-517.

²³ HAMER, Dean, *et al.*, "A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation", *The Science of Desire*, Simon & Schuster, New York, 1995, apéndice A.

²⁴ *Idem.*

²⁵ WHITEHEAD, Neil, *et al.*, *My Genes Made Me Do It! A Scientific Look at Sexual Orientation*, Huntington House Publishers, Lafayette, 1999, p. 9.

²⁶ Hay enfermedades a las cuales los homosexuales activos son enormemente más vulnerables por las prácticas sexuales orales, anales y grupales y una tasa de parejas sexuales por año que va de 60 a varios cientos, lo cual lleva a que la expectativa de vida sea veinte años menor a la de los heterosexuales. Las mismas pueden clasificarse de la siguiente manera: (a) enfermedades de transmisión sexual clásica (HIV, gonorrea, clamidia, sífilis, herpes y verrugas genitales, etc.); (b) enfermedades rectales (infecciones, hepatitis A, B, "síndrome intestinal gay", etc.), (c) traumas (incontinencia fecal, fisuras anales, cuerpos extraños alojados en el recto, goteo rectosigmoide, proctitis alérgica, edema peneano, etc.), (d) traumas psicológicos en adolescentes homosexuales: depresión, neurosis de angustia; el 67,90 % presenta ideas de suicidio y 32,10%, ha tenido intentos de suicidio. Sobre lo anterior ver CAMERON, Paul, "Medical Consequences Of What Homosexuals Do", <http://www.familyresearchinst.org/2009/02/medical-consequences-of-what-homosexuals-do/>; DIGGS, John R., "The Health Risks of Gay Sex", Corporate Resource Council, 2002; MELONAKOS, Kathleen, "Why Isn't Homosexuality Considered a Disorder On The Basis of It's Medical Consequences?", <http://www.leaderu.com/orgs/narth/medconsequences.html>; con numerosas citas de estudios científicos).

²⁷ MELONAKOS, Kathleen, *Saunders Pocket Reference for Nurses*, 2° edición, Saunders, Philadelphia, 1995.

²⁸ En cuanto a la fidelidad y a la duración de las relaciones hay una diferencia notable entre heterosexuales y homosexuales. En 2001 el National Center for Health Statistics de Estados Unidos estableció que el 66% de los matrimonios heterosexuales duraban diez años o más, y que el 50% de ellos duraban veinte años o más (cfr. BRAMLETT, Matthew, y MOSHER, William, "First Marriage Dissolution, Divorce and Remarriage: United States", *Advance Data, National Center for Health Statistics*, 2001). Un trabajo reveló que el 75% de los maridos y el 85 % de las mujeres nunca habían tenido relaciones con otras personas una vez casadas (cfr. LAUMANN, E., *The Social Organization of Sexuality: Sexual Practices in the United States*, Chicago: University of Chicago Press, 1994). Por el contrario, en investigaciones en Estados Unidos y Canadá ha dado que, de los homosexuales que forman pareja, sólo el 25% había sido monógamo el año anterior (ver CAMERON, "Medical Consequences...", *cit.*; y Ryan LEE, "Gay Couples Likely to Try Non-monogamy, Study Shows", *Washington Blade*, 2003), mientras otros estudios agregan que el promedio de parejas que tienen las personas homosexuales en su vida va de 101 a 500 (ver Paul VAN DE VEN *et al.*, "A Comparative Demographic and Sexual Profile of Older Homosexually Active Men", *Journal of Sex Research* 34, 1997), y que el promedio de parejas anuales es de 50 (cfr. CAMERON, "Medical Consequences...", *cit.*, y trabajos que refiere). Junto a esto, un estudio de homosexuales en Holanda estableció que, cuando los homosexuales formaban pareja, su duración era en promedio de un año y medio

(cfr. XIRIDOU, Maria, "The Contribution of Steady and Casual Partnerships to the Incidence of HIV Infection among Homosexual Men in Amsterdam", *AIDS* 17, 2003).

²⁹ HSU, S., KO, N., HSUEH, K., YEH, M., y WEN, J., "Comparison of Sexual Behaviors Between Male Homosexuals and Male Heterosexual in Taiwan", *Chang Keng I Hsueh Tsa Chiih*, 2000, Vol. 23, No. 5, p. 267-276; MARKOWITZ, Laura M., "Understanding the Differences; Demystifying Gay and Lesbian Sex", *Family Networker*, 1993, p. 50-59; SHERNOFF, Michael, "Monogamy and Gay Men", *Family Networker*, 1999, p. 63-70; GOODE, Erich, y TROIDEN, Richard, "Correlates and Accompaniments of Promiscuous Sex Among Male Homosexuals", *Psychiatry*, 1980, Vol. 43, p. 51-59.

³⁰ HUGHES, John R., "A general review of recent reports on homosexuality and lesbianism", *Sexuality and Disability* 24 (2006), 195-205.

³¹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 87 (1967), citando *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. en p. 541 (1942).

³² *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190, 205, 211 (1888); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S., 541 (1942).

³³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, 2005, p. 42 y 26, respectivamente. Énfasis añadido.

³⁴ MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 201 y ss.

³⁵ MEDINA, Graciela, "Matrimonio entre personas del mismo sexo (?)", LL 2010-A, 1233.

³⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 202.

³⁷ Cfr. Fallos 295-376 (1976).

³⁸ Cfr. MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 203. Énfasis añadido.

³⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 203.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 204, Énfasis añadido.

⁴¹ *Ibid.*, p. 205 y ss. Énfasis añadido. Sobre ese fundamento objetivo, al hablar de derechos humanos en general se señala que si a esto se lo funda sólo en el individuo los derechos humanos carecen de justificación cuando se enfrentan a la voluntad de la mayoría, del proletariado o del Estado, concebido fuera de un orden que le impone límites y le establece deberes; por ello los derechos humanos deben tener un fundamento objetivo y absoluto. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, 1987, p. 149.

⁴² *Ibid.*, cap. V. Énfasis añadido.

⁴³ *Ibid.*, p. 209. Énfasis añadido.

⁴⁴ ECHR, *Marckx v. Bélgica*, Judgment of June 13, 1979, Series A no. 31.

⁴⁵ ECHR, *Rees v. the United Kingdom*, Judgment of October 17, 1986, Series A no. 106.

⁴⁶ ECHR, *Cossey v. the United Kingdom*, Judgment of September 27, 1990, Series A no. 184.

⁴⁷ ECHR, *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, 1998-V, no. 84.

⁴⁸ ECHR, *Fretté v. France*, Judgment of February 26, 2002, Reports 2002-I.

⁴⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 48.

⁵¹ *Ibid.*, p. 43-44. Énfasis añadido.

⁵² MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 268 y ss. Énfasis añadido.

⁵³ Fallos, 305:1826 (1983).

⁵⁴ Cfr. fallos *Missort* y *Morúa*.

⁵⁵ MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 269. Énfasis añadido.

⁵⁶ WARDLE, *op. cit.*

⁵⁷ MAZZINGHI, Jorge, *Derecho de familia*, tomo I, p. 19.

⁵⁸ Cfr. *idem*.

⁵⁹ MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 261.

⁶⁰ Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina “La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer”, ED del 15 de diciembre de 2009.

⁶¹ BASSET, LL 2009-C, 1244.

⁶² D’AGOSTINO, Francesco, *Elementos para una filosofía de la familia*, trad. de T. Melendo Grana-dos, Madrid, p. 135.

⁶³ En coincidencia con ARIAS DE RONCHIETTO, uno se puede preguntar: ¿cómo esperar que los jó-venes contraigan matrimonio civil porque aspiren a fundar institucionalmente su familia –con voluntad matrimonial– si el matrimonio deja de ser reconocido y reglamentado por la ley como aquello que es: la unión exclusiva de un varón y una mujer? Sólo se conservará un nombre vacío, manipulando su com-rensión social, con gravísimo desaliento para los jóvenes para fundar jurídicamente, en el plano del De-recho Civil, su familia.

⁶⁴ Ver AA.VV., *Marriage and the Law: A Statement of Principles. A Call to the Nation from Family and Legal Scholars*, Institute for American Values and Institute for Marriage and Public Policy, 2006.

⁶⁵ MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 258. Énfasis añadido.

⁶⁶ Cfr. MINOT, Leslie, *Conceiving Parenthood*, 2000.

⁶⁷ No se ignora que existen precedentes que han concedido la adopción a parejas homosexuales, entre los que puede recordarse el caso conocido como “adoption of Evan”, de la Corte de New York, 153 Misc. 2nd 844, 583 N.Y. 5.2nd.997 (1992).

⁶⁸ Fallos 16-118; 154-238; 123-106; 153-67; 179-80; 199-263, entre otros tantos.

⁶⁹ GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3^{era} Edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 181.

⁷⁰ MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 273 y ss.

⁷¹ Cfr. *Ibid.*, p. 261 y ss.

⁷² Cfr. “Calvo y Pesini”, Fallos 321-194 (1998); “Hooft”, Fallos 327-5118 (2004); “Gottschau”, Fa-llos 329-2986 (2006); y “Mantecón Valdés”, Fallos 331-1715 (2008).

⁷³ Cfr. Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332-433 (2009).

⁷⁴ BVerfG, 1 BvF 1/01 del 17.VII.2002.

⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 1164/07 del 7.VII.2009, citando BVerfGE 6, 55 (76 y s.); 105, 313 (348).

⁷⁶ BVerfG, 1 BvR 1164/07 del 7.VII.2009, citando BVerfGE 6, 55 (76 y s.); 105, 313 (348).

⁷⁷ Coste Costituzionale, Sentencia 138/2010 del 14 de abril de 2010, publicada en G.U. 21/04/2010.

⁷⁸ *Wilkinson v. Kitzinger and Another*, Family Division [London], del 31.VII.2006.

⁷⁹ *Heather Andersen and Leslie Christian et. al v. King County* (2006).

⁸⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 49. Ver también p. 17 y ss, y 47 y ss.

⁸¹ Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸² Cfr., en sentido similar, *idem*, O'Connor, J.

⁸³ Cfr. MEDINA, Graciela, *op. cit.*, p. 222.

⁸⁴ MARTÍNEZ AGUIRRE DE SALDAZ, Carlos, "La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial", Zaragoza, 2007, p. 10.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁶ TEDH, *Case of Fretté v. France*, sentencia del 26 de febrero de 2002, no. 36515/97, ECHR 2002-I.

⁸⁷ Cfr., entre otros doctrinarios españoles, GAVIDIA SÁNCHEZ, "Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables", *Actualidad civil* 2001-2, p. 628; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, "¿Es constitucional, hoy, el 'matrimonio' homosexual (entre personas de idéntico sexo)?", *RDP* 2005, p. 54; TALAVERA FERNÁNDEZ, "El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo* (ALVENTOSA DEL RÍO, dir., Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006), p. 433 y ss.

⁸⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁹ DURÁN RIVACOBA, Ramón, "Régimen jurídico de la filiación en el matrimonio homosexual", p. 22 y 23.

⁹⁰ En mayo de 2004 el gobierno australiano aprobó la modificación de la Ley de Matrimonio en el país y **reafirmó la institución matrimonial como la unión entre un hombre y una mujer**, distinguiéndola de las "uniones de hecho" entre parejas homosexuales, las cuales que no pueden adoptar niños. El Primer Ministro australiano, John Howard, explicó que los "matrimonios" entre personas del mismo sexo en Australia son ilegales. Las parejas homosexuales no pueden adoptar niños en el extranjero bajo las leyes propuestas por el Gobierno. Sí se permite a las parejas homosexuales nombrar a sus compañeros como beneficiarios de su jubilación y pensión por defunción.

⁹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE SALDAZ, Carlos, "Porqué las parejas del mismo sexo no deben poder adoptar", p. 2.

⁹² Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE SALDAZ, Carlos, "La adopción...", p. 2.

⁹³ "El exceso moral", Diario *El País*, 27-06-2005.

⁹⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE SALDAZ, Carlos, "Porqué las parejas...", p. 2.

⁹⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁷ Cfr. *Forum Libertas*, Diario Digital, del 5 de abril de 2005.

⁹⁸ Fuente: CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales; cfr. "El escándalo de la adopción", Diario *La Nación*, del 8 de junio de 2010.

⁹⁹ Cfr. "El complejo camino de la adopción", Diario *La Nación*, 18 de noviembre de 2006.

¹⁰⁰ Cfr. REKERS, George A., "Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption" y "Foster Parenting" (mayo 2005, 80 pp.). Ver también el REKERS REPORT, empleado por la *Supreme Court* de Florida (EE.UU.) para denegar la adopción por personas del mismo sexo: REKERS, George A., "Summary of Expert

Opinions on How Parenting by Homosexually-Behaving Parent Figures Affects Child Adjustment and Well-Being”, 25 pp., presentado en el *Gill Adoption Case*.

¹⁰¹ BYRD, Dean, y OLSEN, Stony, *op. cit.*, p. 523.

¹⁰² GOLOMBOK, Susan y TASKER, Fiona, “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families”, *Developmental Psychology* 32, No. 1, 3-11, City University (1996).

¹⁰³ Cfr. los siguientes: John G. ORME, & Cheryl BUEHLER, “Foster family characteristics and behavioral and emotional problems of foster children: a narrative review”, *Family Relations*, Vol. 50, Num. 1, pp. 3-15 (2001). D. M. FERGUSSON, L. J. HORWOOD, & A. L. BEAUTRAIS, “Is sexual orientation related to mental health problems and suicidality in young people?” *Archives of General Psychiatry*, 1999, Volume 56, pages 876-880. Michael KING, Eamonn MCKEOWN, James WARNER, Angus RAMSAY, Katherine JOHNSON, Clive CORT, Oliver DAVIDSON, & Lucienne WRIGHT, “Mental health and social wellbeing of gay men, lesbians and bisexuals in England and Wales”, London: *Mind—National Association for Mental Health*, 2003. Sophie GOODCHILD, “Gays face high risk of mental problems,” *Independent News*, September 8, 2003 (<http://news.independent.co.uk/uk/health/story.jsp?story=441027>); Richard HERRELL, Jack GOLDBERG, William R. TRUE, Visvanathan RAMAKRISHNAN, Michael LYONS, Seth EISEN, & Ming TTSUANG, “Sexual orientation and suicidality: a co-twin control study in adult men,” *Archives of General Psychiatry*, October 1999, Volume 56, pp. 867-874; LAUMANN, Edward O., GAGNON, John H., MICHAEL, Robert T., & MICHAELS, Stuart, *The Social Organization of Sexuality: Sexual Practices in the United State*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1994, p. 314; Alan P. BELL & Martin S. WEINBERG, *Homosexualities: A Study of Diversity Among Men and Women*, Simon&Schuster, Nueva York, 1978, pp. 308-309; ANDERSSON, Gunnar; NOACK, Turid; SEIERSTAD, Ane; and WEEDON-FEKJAER, Harald. “Divorce-Risk Patterns in Same-Sex Marriages in Norway and Sweden”, *Proceedings of the Annual Meeting of the Population Association of America*, April 1-3, 2004, pp. 1-28; Sotirios SARANTAKOS, “Children in three contexts: Family, education and social development,” *Children Australia*, 1996, Vol. 21, n. 3, pp. 23-31; Susan L. BROWN, “Family structure and child well-being: The significance of parental cohabitation,” *Journal of Marriage and Family*, 2004, Volume 66, pp. 351-367; El estudio de BOS HM, VAN BALEN F, VAN DEN BOOM DC., “Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families”, en *Journal of Children Psychology and Psychiatry* 45, (2004), 755-64; WAINRIGHT JL, RUSSELL ST, PATTERSON CJ. “Psychosocial adjustment, school outcomes, and romantic relationships of adolescents with samesex parents”, *Children Development* 75, (2004), 1886-98; MACCALLUM F, GOLOMBOK S., “Children raised in fatherless families from infancy: a followup of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adolescence”, *Journal of Children Psychology and Psychiatry* 45, (2004), 1407-19; Jokin DE IRLA, Cristina LÓPEZ DEL BURGO, “Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias”, *Cuad. Bioét.* XVII, 2006/3ª. 377; John SHEA, M.D., John WILSON, M.D. et.al., “Gay marriage' and homosexuality: some medical comments”, *Lifesite*. February, 2005, (http://www.lifesitenews.com/features/marriage_defence/SSM_MD_evidence.pdf); RIGGS SC., “Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents”, (letter) *Pediatrics* 2002; 109: 1193-4; MIRKIN H., “The pattern of sexual politics: feminism, homosexuality and pedophilia”, *Journal of Homosexuality* 1999; 37: 1-24; THORSTAD D., “Man/boy love and the American gay movement”, *Journal of Homosexuality*, 1990; 20, 251-74; BLANCHARD R et al. “Fraternal birth order and sexual orientation in pedophiles”, *Archives of Sexual Behavior* 2000; 29: 463-78.

¹⁰⁴ BENE, E., “On the genesis of male homosexuality: an attempt at clarifying the role of parent, en *Br. J. Psychiat.* 111, 803 (1965).

¹⁰⁵ FITZGIBBONS, R., “The origins and therapy of same-sex attraction disorder”, en WOLFE, C., *Homosexuality and American Public Life*, Spense, 1999, p. 85-97.

¹⁰⁶ ZUCKER, K., y BRADLEY, S., *Gender Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents*, Guilford, NEW YORK, 1995.

-
- ¹⁰⁷ HARRY, J., "Parental physical abuse and sexual orientation", en *Arch. Sex. Behav.*, 18, 3 (1989).
- ¹⁰⁸ MYERS, M., "Men sexually assaulted as adults and sexually abused as boys", en *Arch. Sex. Behav.*, 18, 3 (1989).
- ¹⁰⁹ Cfr. FITZGIBBONS, Richard P., "Los orígenes y curación de atracciones y comportamiento homosexuales", *Digesto Familiar* 223-224 (1997); HARVEY, John F., *The Truth About Homosexuality*, San Francisco, 1996.
- ¹¹⁰ Sobre estas causas de la homosexualidad en muchas personas, cfr. los realizados por VIDER (1971), NORTON (1979), BRADLEY (1979), EISENWOOD (1982), GOLDWING (1993), THOMSON (1993), ZUCKER (1995), FITZ GIBBONS (1999) y NICOLÓS (2004).
- ¹¹¹ Ver, entre muchos otros, los trabajos de HERRER (entre 1999 y el 2003), FERGUSON (1999), PARRY (1993) y CRUENCO (realizado éste entre los años 1987 y 2001).
- ¹¹² VALLEJO RUILOBA, J., *Introducción a la psicopatología y a la psiquiatría*, Masson, 1999.
- ¹¹³ RONDEAU, P., "Selling Homosexuality to America", 2009. Consultado en <http://www.freerepublic.com/focus/news/730694/posts>.
- ¹¹⁴ "Prominent Psychiatrist Announces New Study Results: 'Some Gays Can Change,'" www.narth.com/docs/spitzer2.html.
- ¹¹⁵ Cfr. *Wall Street Journal*, del 6 de agosto de 2009, p. A9.
- ¹¹⁶ FITZGIBBONS, R., *op. cit.*, p. 85-97.
- ¹¹⁷ ZIETSCH, B. P., VERWEIJ, K. J. H., BAILEY, J. M., WRIGHT, M. J., & MARTIN, N. G., "Sexual orientation and psychiatric vulnerability: A twin study of neuroticism and psychoticism", *Archives of Sexual Behavior*, 9 July 2009.
- ¹¹⁸ HUGHES, John R., "A general review of recent reports on homosexuality and lesbianism", *Sexuality and Disability*, 24, 195-205.
- ¹¹⁹ COCHRAN, B. N, y CAUCE, A. M., "Characteristics of lesbian, gay, bisexual, and transgender individuals entering substance abuse treatment", *Journal of Substance Abuse Treatment*, 30, 135-146 (2006).
- ¹²⁰ FERGUSSON, David, HORWOOD, John, y BEAUTRAIS, Annette, "Is Sexual Orientation Related to Mental Health Problems and Suicidality in Young People?", *Archives of General Psychiatry*, 1999, Vol. 56, No. 10, p. 876-880.
- ¹²¹ HERRELL, Richard, GOLDBERG, Jack, TRUE, William, RAMAKRISHNAN, Michael Lyons, EISEN, Seth y TSUANG, Ming, "Sexual Orientation and Suicidality; A Co-Twin Control Study in Adult Men", *Archives of General Psychiatry*, 1999, Vol. 56, No. 10, p. 867-874.
- ¹²² MCBEE, Sandra y ROGERS, James, "Identifying Risk Factors for Gay and Lesbian Suicidal Behavior; Implications for Mental Health Counselors", *Journal of Mental Health Counseling*, 1996, Vol. 18, p. 143-155.
- ¹²³ BAGLEY, Christopher, y TREMBLAY, Pierre, "Suicidal Behaviors in Homosexual and Bisexual Males", en *Crisis*, 1997, Vol. 18, No. 1, p. 24-34.
- ¹²⁴ REMAFEDI, Gary, FARROW, James A., y DEISHER, Robert W., "Risk Factors for Attempted Suicide in Gay and Bisexual Youth", *Pediatrics*, 1991, Vol. 87, No. 6, p. 869-875.
- ¹²⁵ DIMOCK, Peter T., "Adult Males Sexually Abused as Children", *Journal of Interpersonal Violence*, 1998, Vol. 3, No. 2, p. 203-221.
- ¹²⁶ JOHNSON Robert L., y SHRIER, Diane K., "Sexual Victimization of Boys; Experience as Adolescent Medicine Clinic", *Journal of Adolescent Health Care*, 1985, Vol. 6, No. 5, p. 372-376.

¹²⁷ JOHNSON Robert L., y SHRIER, Diane K., "Past Sexual Victimization by Females of Male Patients in an Adolescent Medicine Clinic Population", *American Journal of Psychiatry*, 1987, Vol. 144, No. 5, p. 650-652.

¹²⁸ TRAJADEN, Patricia, THOENNES, Nancy, y ALLISON, Christine J., "Comparing Violence Over the Life Span in Samples of Same-Sex and Opposite-Sex Cohabitants", *Violence and Victims*, 1999, Vol. 14, No. 4, p. 413-426.

¹²⁹ CAMERON Paul y CAMERON, Kirk, "Does Incest Cause Homosexuality", *Psychological Reports*, 1995, Vol. 76, p. 611-621.

¹³⁰ BURKE, Leslie K., y FOLLINGSTAD, Diane R., "Violence in Lesbian and Gay Relationships: Theory, Prevalence, and Correlational Factors", *Clinical Psychology Review*, 1999, Vol. 19, No. 5, p. 487-512.

¹³¹ DUNCAN, D., "Prevalence of Sexual Assault Victimization Among Heterosexual and Gay/Lesbian University Students", *Psychological Reports*, 2000, Vol. 66, p. 65-66.

¹³² WALDNER-HAUGRUD, Lisa K., y Linda V., "Sexual Coercion in Gay/Lesbian Relationships; Descriptive and Gender Differences", *Violence and Victims*, 1997, Vol. 12, No. 1, p. 87-98.

¹³³ HICKSON, Ford, DAVIES, Peter M., HUNT, Andrew J., WEATHERBURN, Peter, MCMANUS, Thomas y COXON, Anthony P.M., "Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex", *Archives of Sexual Behavior*, 1994, Vol. 23, No. 3, p. 281-294.

¹³⁴ DOLL, Lynda, *et al.*, "Self-Reported Childhood and Adolescent Sexual Abuse Among Adult Homosexual and Bisexual Men", *Child Abuse & Neglect*, 1992, Vol. 16, p. 855-864.

¹³⁵ DIAZ, Rafael, MORALES, Eduardo, BEIN, Edward, DILAN, Eugene, y RODRIGUEZ, Richard A., "Predictors of Sexual Risk in Latino Gay/Bisexual Men; The Role of Demographic, Developmental, Social Cognitive, and Behavioral Variables", *Hispanic Journal of Behavioral Sciences*, 1999, Vol. 21, No. 4, p. 480-501.

¹³⁶ COPELAND, Amy L. y SORENSEN, James L., "Differences between methamphetamine users and cocaine users in treatment", *Drug and Alcohol Dependence*, 2001, vol. 62, p. 91-95; ROSS, Michael W. & WILLIAMS, Mark L., "Sexual behavior and illicit drug use", *Annual Review of Sex Research*, 2001, vol. 12, p. 290-310; HALKITIS, Perry N. & PARSONS, Jeffrey T., "Recreational drug use and HIV-risk sexual behavior among men frequenting gay social venues", *Journal of Gay and Lesbian Social Services*, 2002, vol. 14, no. 4, p. 19-38; HUGHES, Tonda L., & ELIASON, Michele, "Substance use and abuse in lesbian, gay, bisexual and transgender populations", *Journal of Primary Prevention*, 2002, vol. 22, no. 3, p. 263-298; SANDFORT, Theodorus G. M., DE GRAAF, Ron & BIJL, Rob V., "Same-sex sexuality and quality of life: Findings from the Netherlands Mental Health Survey and Incidence Study", *Archives of Sexual Behavior*, february 2003, vol. 32, no. 1, p. 15-22) o de alcohol, incluso en parejas en las que hay niños (COCHRAN, Susan D., KEENAN, Colleen, SCHOBBER, Christine & MAYS, Vicki M., "Estimates of alcohol use and clinical treatment needs among homosexually active men and women in the U.S. population", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2000, vol. 68, no. 6, p. 1062-1071.

¹³⁷ Según el texto original en inglés: "In homes with a homosexually behaving adult, children are more likely to experience the stress and associated harm of sexual molestation by a homosexual behaving adult who may be more likely to perpetrate sexual abuse than a heterosexual parent figure". REKERS, George, "Review of Research on Homosexual Parenting, Adoption, and Foster Parenting". Este informe puede consultarse virtualmente en <http://www.narth.com>.

¹³⁸ COCHRAN, Susan D., KEENAN, Colleen, SCHOBBER, Christine, y MAYS, Vicki, "Estimates of alcohol use and clinical treatment needs among homosexually active men and women in the U.S. population", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2000, vol. 68, no. 6, p. 1062-1071.

¹³⁹ LAUMANN, Edward O., GAGNON, John H., MICHAEL, Robert T., & MICHAELS, Stuart, *The Social Organization of Sexuality: Sexual Practices in the United States*, The University of Chicago Press, Chicago, 1994, p. 599; ANDERSSON, GUNNAR, NOACK, TURID, SEIERSTAD, ANE y WEEDON-FEKJAER, HARALD. "Divorce-Risk

Patterns in Same-Sex Marriages in Norway and Sweden”, *Proceedings of the Annual Meeting of the Population Association of America*, April 1-3, 2004, p. 1-28.

¹⁴⁰ CATANIA, Joseph A., “Distress and depression in men who have sex with men: the Urban Men’s Health Study”, *American Journal of Psychiatry*, 2004, vol. 161, p. 278-285; KESSLER, Ronald C., “Risk of psychiatric disorders among individuals reporting same-sex sexual partners in the National Comorbidity Survey”, *American Journal of Public Health*, June 2001, vol. 91, no. 6, p. 933-939.

¹⁴¹ SANDFORT, Theo G. M., DE GRAAF, Ron, BIJL, Rob V. y SCHNABEL, Paul, “Same-sex sexual behavior and psychiatric disorders”, *Archives of General Psychiatry*, January 2001, vol. 58, p. 85-91.

¹⁴² SHEA, John, WILSON, John, *et al.*, “Gay marriage’ and homosexuality: some medical comments”, *Lifesite*, febrero de 2005, (consultado online en http://www.lifesitenews.com/features/marriage_defence/SSM_MD_evidence.pdf, por última vez el 23 de junio de 2010).

¹⁴³ VALLEJO RUILOBA, J., *Introducción a la psicopatología y a la psiquiatría*, Masson, 1999.

¹⁴⁴ BELCASTRO, Philipp, *et al.*, “A review of data based studies addressing the effects of homosexual parenting on children’s sexual and social functioning”, *Journal of divorce and remarriage*, no. 105.

¹⁴⁵ GOLOMBOK, Susan y TASKER, Fiona, “Do Parents Influence the Sexual Orientation of Their Children? Findings From a Longitudinal Study of Lesbian Families”, *Developmental Psychology* 32, No. 1, 3-11, City University (1996).

¹⁴⁶ BAILEY, J. M., BOBROW, D., WOLFE, M. y MIKACH, S., 1995. “Sexual Orientation of Adult Sons of Gay Fathers”, *Developmental Psychology* 31, 124-129 (enero). Consultada online en http://www.medicinayvida.org/index.php?option=com_content&task=view&id=177&Itemid=27.

¹⁴⁷ Ver FONTANA, Mónica, MARTÍNEZ, Patricia y ROMEU, Pablo; *No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*, Madrid, 2005.

¹⁴⁸ Cfr. BYRD, Dean, y OLSEN, Stony, *op. cit.*

¹⁴⁹ BLUMSTEIN, Philip, y SCHWARTZ, Pepper, *American Couples: Money, Work, Sex*, William Morrow and Company, New York, 1983.

¹⁵⁰ HSU, S., KO, N., HSUEH, K., YEH, M., y WEN, J., *op. cit.*, p. 267-276.

¹⁵¹ MARKOWITZ, Laura M., “Understanding the Differences; Demystifying Gay and Lesbian Sex”, *Family Networker*, 1993 (marzo-abril), p. 50-59

¹⁵² SHERNOFF, Michael, “Monogamy and Gay Men”, *Family Networker*, 1999 (marzo-abril), p. 63-70.

¹⁵³ GOODE, Erich, y TROIDEN, Richard H., “Correlates and Accompaniments of Promiscuous Sex Among Male Homosexuals”, *Psychiatry*, 1980, Vol. 43, p. 51-59.

¹⁵⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁵ BYRD, Dean, “Gender Complementarity and Child-rearing: Where Tradition and Science Agree”, *Journal Of Law & Family Studies*, University of Utah, Vol. 6, n. 2.

¹⁵⁶ Cfr., también, YOGMAN, M.W., “Development of the father-infant relationship”, en H.E. FITZGERALD, B.M. LESTER y M.W. YOGMAN (eds.), *Theory and research in behavioral pediatrics*, New York Plenum Press, 1982.

¹⁵⁷ Cfr. CLARK-STEWART, K.A., “The father’s contribution to children’s cognitive and social development in early childhood”, en F. A. PEDERSEN (ed.), *The father-infant relationship: observational studies in the family setting*, Praeger, New York, 1980.

¹⁵⁸ Cfr. BYRD, *op. cit.*,

¹⁵⁹ LERNER, Robert, Ph.D., y NAGAI, Althea, Ph.D., *No Basis: What the Studies Don't tell us about same sex parenting*, Marriage Law Project, Washington D.C, 2001.

¹⁶⁰ Cfr. DURÁN RIVACOBA, Ramón, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶¹ Ver LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶² BREWAEYS, *et al*, "Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families with 4 to 8 year old children", *Human Reproduction*, núm. 12, 1997, p. 1349-1359.

¹⁶³ LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 26 y ss.

¹⁶⁶ PATTERSON, "Children of the lesbian baby boom: behavioral adjustment, self-concepts, and sex-role identity", en GREENE, B.T., y Herek, G.M. (eds.), *Lesbian and gay psychology: Theory, research, and clinical applications*, 156-175; "Lesbian mothers and their children: findings from the Bay Area Families Study", en J. LAIRD y R.J. GREEN (ed.), *Lesbians and gays in couples and families: A handbook for therapists*, 420-436, New York, Jossey-Bass; y "Children of lesbian and gay parents" en T.H. OLLENDICK y R. J. PRINZ, *Advances in clinical child psychology 19*, 235-282, New York, Plenum Press.

¹⁶⁷ Cfr. LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁸ HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ y BAPTISTA, *Metodología de la investigación*, McGraw-Hill, 1997.

¹⁶⁹ Cfr. LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 44-53.

¹⁷⁰ BARRET and ROBINSON, 1990; BOZETT, 1980; CAMERON and CAMERON, 1996; GARTRELL *et al*, 1996; HARE, 1994; HARRIS and TURNER, 1985; JAVAID, 1992; LEWIN and LYONS, 1982; LEWIS, 1980, LOTT-WHITEHEAD and TULLEY, 1992; LYONS, 1983; MCCANDLISH, 1987; MILLER, 1979; O'CONNELL, 1993; PAGELOW, 1980; PENNINGTON, 1987; RAND *et al*, 1982; RIDDLE AND ARGUELLES, 1989; ROSS, 1988; TURNER and HARRIS, 1990; WEEKS *et al*, 1975; WEST and TURNER, 1995; WYERS, 1987. Cfr. LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷¹ LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 70.

¹⁷² *Ibid.*, p. 72.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁴ KIRKPATRICK, 1981. Cfr. LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 74-75.

¹⁷⁵ Cfr. LERNER, Robert y NAGAI, Althea, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷⁶ Ver FONTANA, Mónica, MARTÍNEZ, Patricia y ROMEU, Pablo; *No es igual. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo*, Madrid, 2005.

¹⁷⁷ Recientemente se ha difundido este estudio en Argentina en el Diario *Perfil*, <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0477/articulo.php?art=22312&ed=0477>.

¹⁷⁸ Cfr. Página web oficial de Dawn STEFANOWICZ, <http://dawnstefanowicz.com/dawntest.htm>, (consultada online por última vez el 13 de junio de 2010).

¹⁷⁹ Nota publicada en *The New York Times Magazine*: <http://www.nytimes.com/2004/10/24/magazine/24KIDS.html> (consultada online por última vez el 16 de junio de 2010).

¹⁸⁰ Cfr. <http://historiaysistemasenpsicologia.bligoo.com/content/view/297263/Homosexualidad-y-Adopcion.html>.

¹⁸¹ Dicha norma podría redactarse así: "Art. 9° — Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios: (...) b) La persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo,

y sus hijos (...)" . Cabe destacar que un proyecto de ley tuvo media sanción en la Cámara de Diputados: Obras sociales: avance para las parejas gays, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/08/28/sociedad/s-01747931.htm> disponible el 16-6-2010; el proyecto se puede ver en: http://www.silvanagudici.com.ar/txt/labor_parlamentaria/leyes08/10_modificacion_ley_23660.pdf

¹⁸² CORRAL TALCIANI, Hernán, "Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el derecho de familia"; en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, 2007, p. 249-264.

¹⁸³ RIZZONE, Jorge y VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "El nuevo régimen de obras sociales"; LL 1989-E, 1062, nota 5.

¹⁸⁴ Cfr. BEKERMAN, Jorge M. y WAGMAISTER, Adriana, "Convivencia y trato familiar entre personas del mismo sexo ante la seguridad social", LL 1999-B-181.

¹⁸⁵ Nota titulada "Lanús: la primera obra social para homosexuales"; en <http://www.auno.org.ar/leer.php/86> disponible el 16-6-2010.

¹⁸⁶ Nota titulada "Una obra social de Rosario extendió su cobertura a la pareja gay de su beneficiario"; en http://www.diariouno.com.ar/contenidos/2010/06/15/noticia_0043.html#texto disponible el 16-6-2010.

¹⁸⁷ MEDINA, Graciela, "Crítica a la Ley de Matrimonio Homosexual aprobada por la Cámara de Diputados de la Nación. Evidente retroceso legislativo de los Derechos de las Mujeres", disponible en: <http://www.gracielamedina.com/cr-tica-a-la-ley-de-matrimonio-homosexual-aprobada-por-la-c-mara-de-diputados-de-la-naci-n-evidente-retroceso-legislativo-de-los-derechos-de-las-mujeres/> (acceso el: 16-VI-2010), y "La ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso de los derechos de las mujeres", LL del 17 de mayo de 2010, p. 1-4.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", LL del 4 de junio de 2010, p. 2.

¹⁹⁰ Cfr. MEDINA, Graciela "La ley...", *op. cit.*, y HOTTON, Marilina, "La falacia de la igualdad", intervención en la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación.

¹⁹¹ Cfr. MEDINA, Graciela, "Crítica...", punto III, ap. 2º.

¹⁹² La Corte Suprema, en "M. D. H. c/ M. B. M. F.", Fallos 331-941 (2008) ha resuelto recientemente un caso en el que el padre ejercía la tenencia de hecho y consideró que atentaba contra el interés superior del niño sacarlo del hábitat al que está acostumbrado.

¹⁹³ HOTTON, Marilina, *op. cit.*

¹⁹⁴ MEDINA, Graciela, "Crítica...", punto III, apartado 3.

¹⁹⁵ *Ibid.*, ap. 9. Es importante destacar que para la autora, el proyecto discrimina en este punto a todas las madres (tanto de parejas homosexuales como de parejas heterosexuales), pues ella sostiene que el término "padres" no incluye a la madre. En este estudio se ha decidido utilizar el término "padres" según lo define la el actual diccionario de la Real Academia Española de Letras, es decir, incluyendo dentro del mismo término al padre y la madre de un matrimonio heterosexual.

¹⁹⁶ *Ibid.*, ap. 15.

¹⁹⁷ Aún así, cierta jurisprudencia ha entendido que puede aplicarse al yerno viudo, pero es muy aislada y absolutamente minoritaria (Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 27ª Nominación de Córdoba, 30/04/2009, en autos "M. o M., A.", LLC 2009-549).

¹⁹⁸ Cfr. HOTTON, Marilina, *op. cit.*

¹⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁰ Cfr. REIG, Enrique, *Impuesto a las ganancias*, Macchi, Buenos Aires, 2006, p. 256.

²⁰¹ Cfr. Fallos 183:486.

²⁰² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *op. cit.*, p. 1.

²⁰³ *Ibid.*, p. 2.

²⁰⁴ Cfr. MEDINA, Graciela, “Crítica...”, ap. 10.

²⁰⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y HERRERA, Marisa, *op. cit.*, p. 2.

²⁰⁶ MEDINA, Graciela, “Crítica...”, ap. 13.

²⁰⁷ *Ibid.*, ap. 17.

²⁰⁸ *Ibid.*, ap. 16.

²⁰⁹ Aun cuando no goza de rango normativo o jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, cabe mencionar también la “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones” —proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55]— que establece lo siguiente: “Artículo 5. 1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño”.

²¹⁰ Fallos 301-151 (1979).

²¹¹ Fallos 312-496 (1989).

²¹² Fallos 316-479 (1993).

²¹³ Cfr. RONDEAU, Paul E., “Selling Homosexuality to America”, *Regent University Law Review*, Vol. 14, n. 2, (2002), 443-485. Se encuentra en: <http://www.regent.edu/acad/schlaw/academias/lawreview/articles/14-2Rondeau.PDF>.

²¹⁴ Cfr. DE IRALA, Jokin. *Comprendiendo la homosexualidad*, Eunsa, Pamplona, 2005 p. 43-45. En la descripción se sigue en forma resumida su relato.

²¹⁵ MARSHALL, Kirk y HUNTER, Madsen, *After the Ball: How America Will Conquer Its Fear & Hatred of Gays in the 90s. (Detrás del Balón: ¿Cómo EE.UU. puede conquistar sus miedos y odios hacia los gays en los 90s?)*, 1989.

²¹⁶ Sobre el caso de la donación de sangre y la CHA, se han usado como fuentes los diarios *La Nación* y *Clarín*. Ver, por ejemplo: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=739377; http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=739288; <http://old.clarin.com/diario/2005/06/07/conexiones/t-991068.htm>; <http://edant.clarin.com/diario/2006/12/23/sociedad/s-06404.htm>; acceso en todos los casos el 23 de junio de 2010.

²¹⁷ RUÍZ PEÑA, Nínro, en www.noticiacristiana.com, 26 de enero de 2010.

²¹⁸ Tales países son: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, Republica Checa, Suiza, algunos jurisdicciones de Estados Unidos (California, Distrito de Columbia, Nueva Jersey y Oregón), Colombia, Uruguay, México en Coahuila, Brasil en Rio Grande do Sul y Argentina en Buenos Aires, Villa Carlos Paz, Río Cuarto y Río Negro.

²¹⁹ PROFESIONALES POR LA ÉTICA, *Informe sobre el impacto de la ley española de matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho interno*, Madrid, 2009.

²²⁰ *Ibid.*, p. 9.

²²¹ *Ibid.*, p. 11.

²²² *Ibid.*, p. 11.

²²³ Cfr. GACEK, Christopher J., "DOMA 101: An Introduction to Same-Sex 'Marriage', the Defense of Marriage Act, and the Full Faith and Credit Clause", disponible online en <http://www.frc.org/papers/doma-101> el 23 de junio de 2010.

²²⁴ Ver las explicaciones a cada uno de estos puntos en: <http://www.frc.org/get.cfm?j=IF04g01>.