



HOMOSEXUALIDAD, MATRIMONIO Y ADOPCIÓN

YURI VEGA MERE*

SUMARIO: 1. La salida del “placard” (closet). – 2. Homosexualismo, matrimonio y adopción en la legislación comparada. – 2.1. Los homosexuales como sujetos de “derechos familiares” y la histórica Resolución del Parlamento Europeo. – 2.2. Las uniones de pareja estable, las uniones civiles o las uniones registradas como antecedente al matrimonio homosexual. – 2.3. El matrimonio homosexual: Holanda, Massachusetts, Canadá y España. – 3. ¿Es posible admitir el matrimonio y la adopción como derechos de los homosexuales? – 3.1. La Constitución y la ley peruanas ante los matrimonios homosexuales. – 3.2. La adopción. – 3.3. ¿Es posible crear una institución ad hoc para los homosexuales? Un Proyecto de Ley en espera de debate.

1. No es extraño que a estas alturas del desarrollo de la civilización podamos advertir una mayor tolerancia hacia los homosexuales. Hace ya algunas décadas (y quizá menos tiempo en medios como el nuestro) los gays y lesbianas han salido del closet (del “Placard”, como el nombre de aquella comedia protagonizada por Gérard Depardieu, Daniel Auteuil y Thierry Lhermitte) para exhibir sin temores su orientación sexual¹.

Esta tolerancia, por cierto, es producto de una progresiva aceptación de la diversidad que tiñe a la sociedad “plural” o multicultural y, en mi opinión, del hecho de haber descartado, hace varios lustros, la estigmatización de la homosexualidad como una enfermedad. Y es que, a la fecha, de acuerdo a los estudios efectuados desde diferentes campos de las ciencias médicas o sociales, todavía no conocemos las raíces de la homosexualidad desde un punto de vista científicamente inequívoco e inobjetable.

Los anales de la medicina registran metodologías, terapias, supuestas medicinas “curativas” de la homosexualidad, que no han tenido otra intención que la de “reconvertir” a los gays y lesbianas en heterosexuales, a veces de forma cruenta e infamante que sólo el transcurso del tiempo permite juzgar con objetividad como vanos intentos cargados de una fuerte dosis de discriminación y prejuicio hacia una realidad que no terminamos de entender. Y es que, aunque esta afirmación pueda tener el sabor de una herejía, la

* Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

¹ Aquí debo señalar que prefiero emplear la expresión “orientación sexual” antes que las de “opción sexual” o “preferencia sexual” dado que los homosexuales no eligen su tendencia y, en rigor, no eligen entre ser isosexuales o heterosexuales.



homosexualidad no puede ser enjuiciada como desviación, anormalidad, perversión o enfermedad. Es una orientación sexual cuya etiología aún permanece en la nebulosa pero que existe desde tiempos inveterados habiendo sido apreciada, vilipendiada, castigada y ahora tolerada.

Es cierto que en un considerable número de sociedades todavía se advierten corrientes de repudio y de segregación hacia los gays. Inclusive, en medios en los que no existe ni legislación ni actitudes de rechazo, adolecen de protección y quedan librados a la aceptación que se expresa por medio de convicciones sociales y éticas. Pero al lado de estas dos situaciones, comprobables, también es posible encontrar un cada vez mayor número de Estados que exhiben una legislación protectora de las uniones homosexuales.

Ello ha sido el resultado de las permanentes luchas y de la consabida organización y agrupamiento que idearon los conglomerados de homosexuales durante la segunda mitad del siglo XX. No sólo han conseguido que se elimine la discriminación. De perseguidos han pasado a ser sujetos de tutela. Luego, han emprendido una decidida guerra por ser reconocidos como titulares de derechos de orden familiar. Algunos iniciales derechos vinculados con una posible situación “familiar” han sido reconocidos hace algún tiempo atrás. Un ejemplo viene dado por permitir la continuidad del contrato de arrendamiento en caso de muerte de la pareja que había tomado el alquiler (v. gr .en los tribunales de Nueva York o en la Ley de Arrendamientos Urbanos de España). Posteriormente, los gays han encontrado acogida en algunas legislaciones locales de los Estados Unidos o en algunos otros países para que sus parejas se hagan acreedoras de beneficios laborales o de las ventajas de los sistemas de seguridad social que se encontraban reservados a los matrimonios y a las uniones de hecho heterosexuales.

2. 2.1. Los reclamos de orden familiar de los homosexuales se han hecho sentir en diversos países. Países como Dinamarca en 1989 y Noruega en 1993 legislaron sobre el derecho de los gays a inscribir sus uniones en registros específicamente creados para tal fin y otorgaron a tales parejas algunos de los derechos contemplados para los cónyuges en el régimen legal del matrimonio. Pero las comunidades de los homosexuales apuntaron hacia instancias de más influencia en la realidad europea. Para tal fin hubo recurrir al Parlamento Europeo, el mismo que el 8 de febrero de 1994, sobre la base de una serie de propuestas e informes de la materia, emitió una polémica Resolución con una serie de recomendaciones a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros. El Parlamento, probablemente porque el estado de la cuestión todavía no alcanzaba consenso en algunos de los países de la Unión, y para evitar cuestionamientos previsibles, optó por una Resolución, que no es de cumplimiento obligatorio, y no por una Directiva, cuyo propósito es exigir la armonización de la legislación los Estados miembros.

Es interesante anotar que el Parlamento Europeo abordó problemas de los más variados relacionados con la situación legal de los homosexuales en los países de la Unión. Entre ellos, curiosamente, se contemplaron algunos directamente vinculados con las



demandas en materia familiar de la comunidades gay. En efecto, el Parlamento pidió a la Comisión presentar una recomendación sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y, como tema comprendido dentro de dicha recomendación señaló que debería, como mínimo, tratar de poner fin:

- “- a los obstáculos puestos al matrimonio de parejas homosexuales o bien a un instituto jurídico equivalente, garantizándoles plenamente los derechos y ventajas del matrimonio y permitiéndoles el registro de las uniones;
- a cualquier limitación del derecho de los homosexuales a ser padres o bien a adoptar o recibir niños en custodia”.

La Resolución causó un gran revuelo. La polémica se actualizó como nunca; pero la Resolución fue una concesión que sirvió de pretexto a los homosexuales para consolidar sus reclamos de orden familiar. Con el pronunciamiento del Parlamento se abrió una nueva etapa que ha tenido grandes repercusiones en diversos países europeos.

2.2. Dado que la mayor presencia de los homosexuales generó la reacción de quienes defendían el matrimonio, por implicar [se dice] su desmantelamiento², sobre la base de la experiencia registrada en torno a la regulación de las uniones de hecho, los colectivos gays se alejaron de formular, *ab initio*, demandas que concedieran a sus convivencias la calidad de matrimonio. Por el contrario –y ello hoy lo podemos ver como una estrategia paciente y de buenos resultados para ellos-, aspiraron a gozar de regímenes protectivos que reconocieran la validez y legitimidad de las relaciones de las parejas homosexuales.

Aquellas aspiraciones han encontrado eco en algunos países por medio de fórmulas de lo más variadas. Así, el 26 de mayo de 1989, y con efectos desde el 1 de octubre del mismo año, **Dinamarca** promulgó la *Registered Partnership Act*, con la cual autorizó a las parejas homosexuales a inscribir en un registro tales uniones, a las cuales se extendieron determinadas consecuencias del régimen matrimonial, como las condiciones para contraerlo, la inexistencia de una unión similar ya registrada (una forma de evitar la “poligamia homosexual”) o de un matrimonio, y otros efectos más –que no se precisaron de manera inequívoca- pero excluyendo la adopción. Del mismo modo, se decretaron

² Así, NAVARRO-VALLS, Rafael, *Matrimonio y derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 82 ss, quien basa sus apreciaciones en la precariedad de las uniones de hecho.



aplicables las normas relativas a la disolución del matrimonio para la terminación de las convivencias registradas. La Ley dispuso, igualmente, que los concubinos heredan entre sí³.

La misma línea fue seguida, cuatro años después, por **Noruega** con la Act No. 40 del 30 de abril de 1993, *Registered Partnership*, una ley de apenas 6 artículos que no reconoce a los gays el derecho a la adopción.

Luego fue **Suecia** el país que con fecha 7 de junio de 1994, y con vigencia desde el 1 de enero de 1995, sancionó una ley para el registro de las uniones homosexuales, siguiendo el modelo danés y, en la misma línea, excluyó la adopción y el uso de las técnicas de inseminación artificial. La unión debe celebrarse ante juez o autoridad administrativa. La disolución sólo puede ser decidida por un magistrado.

A ellos siguieron **Groenlandia** (provincia externa de Dinamarca) que adoptó la *Danish Partners Act* el 26 de abril de 1996. A los pocos días, específicamente el 21 de mayo de 1996, le siguió **Hungría** con su *Magyar Országgyűlés* con la que confiere protección similar al matrimonio a las parejas de *gays*. El 4 de junio del mismo año, el Parlamento de **Islandia** votó la ley intitulada *Recognized Partnership*, que hizo suyo el régimen danés y admitió la adopción del hijo/a del conviviente.

En 1997, tocó el turno de **Holanda** cuya ley sobre el *Registration of Partnership* entró en vigor desde 1998, que también permitió la adopción del hijo del concubino (algunos autores refieren que se podía adoptar hijos de terceros). Además, esta ley estableció que el compañero del progenitor debe alimentos al hijo de éste y que el niño puede adoptar el apellido del conviviente⁴.

Un caso particularmente notorio fue el de **Francia**, cuyo Parlamento aprobó la Loi N° 99-944 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (*Pacte Civil de Solidarité* o PACS)⁵ que, en un hecho sin precedentes, modificó el mismísimo Código civil para introducir en el Libro Primero el Título XII bajo el nombre de *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*. Para el legislador francés la definición de lo que entiende por pacto civil de solidaridad viene dada por una amplitud tal que permite las uniones hetero y homosexuales, siempre que se trate de personas mayores que lo celebran para organizar su vida en común⁶.

El legislador francés, empero, ha considerado que dentro del conglomerado de personas que conviven *more uxorio* algunas parejas pueden no tener interés en registrar su unión. Para ello ha distinguido, siempre dentro de esta reforma introducida en el corazón del Code civil, al pacto civil del concubinato, al cual define, lacónicamente, el nuevo art.

³ Referencias en ADEZATI, Giovanni, *Nuove unioni e nuovi status*, en *Matrimonio, matrimonii*, a cura di BRUNETTA D'USSEAU, Francesca y D'ANGELO, Antonino, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 82 a 86; MANGIONE MURO, Mirta H., *Concubinato*, FAS, Rosario, 1999, pp. 128 ss.

⁴ MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 109 y 110.

⁵ Ver, ampliamente, MECARY, Caroline y LEVOY-FORGEOT, Flora, *Le Pacs*, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, Paris, 2000.

⁶ LENSEL, Denis y LAFOND, Jacques, *La famille a venir. Une réalité menacé mais nécessaire*, Economica, Paris, 2000, pp. 40 ss.



515-8.

La reforma va acompañada de la extensión de beneficios en materia tributaria y de seguridad social, luego complementadas con el Decreto N° 2000-97 del 3 de febrero de 2000 en materia de prestaciones sociales y de seguridad social.

El turno ha sido luego para **Bélgica**, a través de la implementación de la Ley de Cohabitación Legal (también introducida en el Code civil belga, Libro Tercero, como un Título V-Bis “*De la cohabitation légale*”) aplicable desde el 4 de enero del año 2000, de un estilo afrancesado⁷.

Un caso que no nos deja de causar perplejidad es el del Estado de **Vermont**, en el cual el Parlamento, sobre la base de la decisión de la Corte Suprema de dicho Estado del 20 de diciembre de 1999⁸, sancionó una ley en el mismo año vigente desde el 1 de julio de 2000. La reforma se entiende incorporada al texto constitucional de dicho Estado e implementa un régimen jurídico exclusivo para los homosexuales como ha ocurrido con algunos de los países europeos antes referidos: el régimen de la “unión civil” que distingue del matrimonio. En efecto, entre las definiciones del § 1201 de la Constitución del Estado de Vermont se encuentra la de la unión civil que se ciñe a la pareja homosexual, pero a la cual confiere los beneficios y protecciones de los cónyuges, desde la seguridad social, la adopción, etc., hasta llegar a la herencia. Se trata, sin duda, de una equiparación con el matrimonio. Sin embargo, no debe sorprendernos que en Estados Unidos se admita la adopción de niños por parejas de gays como ha ocurrido en otros Estados de dicho país por medio de las decisiones de los tribunales.

Si regresamos a Europa, nos encontraremos con la ley sobre el *Eingetragene Partnerschaft* sancionada en **Alemania** por el Bundestag el 10 de noviembre de 2000⁹ y que entró en vigencia el 1 de agosto de 2001 que prevé derechos sucesorios a los convivientes del mismo sexo. Luego ha seguido **Filandia** con la ley del 28 de setiembre de 2001 aplicable desde marzo de 2002.

Un análisis aparte merece lo que ha sucedido en **España** hasta antes del año 2005 que marca un nuevo hito según veremos después, dado que las Comunidades Autónomas fueron las que abrieron trocha, aun antes de algunos países europeos, en la creación de un régimen para las parejas estables hetero y homosexuales. La primera de dichas Comunidades

⁷ ADEZATI, Giovanni, *Nuove unioni e nuovi status*, en *Matrimonio, matrimonii*, pp. 189 a 192.

⁸ D'ANGELO, Antonino, *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, en *Matrimonio, matrimonii*, a cura di BRUNETTA D'USSEAU, Francesca y D'ANGELO, Antonino, Giuffrè, Milano, 2000, p. 267.

⁹ Alemania, finalmente, no optó por extender la institución matrimonial a los homosexuales. Se limitó a crear una ley para el registro de las uniones *gays* posiblemente por los reparos de la Sentencia del Tribunal Constitucional del año 1993, que definió al matrimonio como una institución reservada a la confluencia de varón y mujer, sobre la cual puede verse LÖISING, Norbert, *¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo*, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, (Aída Kemelmajer de Carlucci, Coordinadora), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, Tomo I, pp. 128 a 130.



fue la de **Cataluña**, con su *Llei 10/1998 de 15 de juliol, d'unions estables de parella*¹⁰. La Ley no confiere el derecho al matrimonio a las parejas estables, ni tampoco el derecho a la adopción a las uniones homosexuales. En el segundo capítulo, la *Llei* aborda de manera directa el agudo tema de las relaciones convivenciales de homosexuales. En efecto, el artículo 19 dispone que:

“Les disposicions d'aquest capítol s'apliquen a les unions estables de parelles formades per persones del mateix sexe [personas del mismo sexo] maritalment i manifestin la voluntat d'acollir-s'hi en la forma que s'hi preveu”.

A diferencia de las uniones de varón y mujer, la constitución de una pareja homosexual se acredita otorgando una escritura pública. Sin embargo, la regulación de las relaciones personales y patrimoniales se puede efectuar de forma verbal o mediante documento privado o público, fijando, así, el marco de los derechos y los deberes respectivos. También pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia tomando como mínimos los derechos que la *Llei* les reconoce. Las convivencias de personas del mismo sexo gozan de derechos similares menos en lo que respecta a la adopción y a las compensaciones económicas vinculadas a la guarda de los hijos que no se conciben admisibles, pero otorga derechos sucesorios a los convivientes gays. En caso de que exista testamento, reconoce una cuarta parte de la herencia como una suerte de legítima al conviviente homosexual supérstite.

Tras la aparición de la *Llei* catalana, tocó el turno a la Comunidad de **Aragón**, la que sancionó la Ley 6/1999 del 26 de marzo de 1999, relativa a las parejas estables, que regula tanto los concubinatos heterosexuales como los homosexuales, si bien negando a éstos el derecho a la adopción.

La Comunidad Foral de **Navarra** fue más osada. El 3 de julio de 2000 puso en vigor la Ley Foral 6/2000, para la igualdad jurídica de las parejas estables. La osadía de la Ley se evidencia cuando en su art. 8 dispone que los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. En Europa, esta es la primera que admite la adopción por parejas gay.

A finales del año 2002, la Ciudad Autónoma de **Buenos Aires** pasó a ser noticia de primera plana. Y es que la Legislatura de dicha Ciudad Autónoma de **Buenos Aires** (Argentina) sancionó la Ley N° 1004 (del 12 de diciembre de dicho año) consagrando el régimen legal de la denominada Unión civil, pero sin reconocer el derecho a la adopción

¹⁰ ZAMBRANO, Virginia, *Parejas no casadas e tutela del convivente. L'esperienza spagnola e la Llei Catalana 10/1998*, en *Matrimonio, matrimoni*, a cura di BRUNETTA D'USSEAUX, Francesca y D'ANGELO, Antonino, Giuffré, Milano, 2000, pp. 393 ss.



2.3. Holanda dio un salto que dejó perpleja a la comunidad internacional. El 12 de septiembre de 2000, el Parlamento holandés sancionó una ley que ha entrado en vigencia en el 2001 y que consagra el derecho de los homosexuales a contraer matrimonio con todos los derechos que ello implica, inclusive el acceso a la adopción y a las técnicas de reproducción humana asistida¹¹. Ya no se trata de una norma que habilita registros señaladamente creados para la inscripción de uniones homosexuales a las cuales conceda algunos efectos, derechos y deberes. Se trata de la puesta en vigor de un *status* jurídico idéntico, indiferenciable, del que corresponde a la institución matrimonial que en nuestras tradiciones, religiosas o no, afianzadas por convicciones y valores, se encontraba reservada a la unión de varón y mujer. Para llegar a este resultado, es claro que en la visión del Parlamento holandés una forma de saltar las vallas y las objeciones a este hecho fue la progresiva promulgación de leyes que permitieran el registro de parejas *gays*, para luego encontrar un terreno menos escabroso a esta decisión.

Sumándose a esta nueva era, la Corte Suprema de Massachusetts (bajo la opinión formulada por su Chief Justice Margaret H. Marshall) decidió en el año 2003 (*Goodridge vs. Department of Public Health*, 798 N.E. 2d 941) ampliar el concepto del matrimonio en el *Common law* que tradicionalmente implicaba la unión de varón y mujer (basándose en el precedente canadiense *Halpern vs. Toronto (City)* 172 O.A.C. 276, 2003) con el fin de conciliar un nuevo significado con las libertades civiles protegidas por la Constitución de Massachusetts, con el fin de conceder licencia matrimonial a varias parejas del mismo sexo a las cuales el Departamento de Salud Pública, basada en la Ley General 207, les denegó dicho permiso por no quedar comprendidas dentro del concepto tradicional de matrimonio. La decisión fue mayoritaria y causó gran revuelo¹².

En junio del año 2005, en la House of Common canadiense, con 158 votos a favor y 133 en contra, se aprobó el Proyecto C-38, *Civil Marriage Act*, autorizando y reconociendo el matrimonio homosexual en Canadá¹³.

Luego de ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue legalizado en España en 2005 (Ley publicada el 2 de julio de 2005). El Partido Socialista Obrero Español (PSOE), dirigido por José Luis Rodríguez Zapatero, se presentó a las elecciones generales con la promesa de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tras llegar al poder, el día 30 de junio de 2005 se aprobó la ley que modifica el Código civil y permite el matrimonio homosexual y apareja derechos como la adopción, sucesión y pensión. El

¹¹ MEDINA, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, cit., pp. 10 y 110; ADEZATI, Giovanni, *Nuove unioni e nuovi status*, en *Matrimonio, matrimonii*, pp. 206 y 207.

¹² Puede verse, entre muchos, FERNÁNDEZ DEL HOYO, Manuel, *La decisión de la Corte Suprema del Estado de Massachusetts en el caso Goodridge v. Department of Public Health & another*, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Madrid, N° 124, Abril-Junio 2004, pp. 277 ss; KATZ, Sanford N, *New directions for Family Law in the United States*, en *Boston College Law School Faculty Papers*, Paper 202, Year 2007, hosted by Berkeley Electronic Press; KOPPELMAN, Andrew, *Recognition and enforcement of same-sex marriage*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 153, 2005, pp. 2143 ss.

¹³ Cf. BOWAL, Peter y CAMPBELL, Carlee, *The legalization of Same Sex Marriage in Canada*, American Journal of Family Law, Summer 2007, 21, 2, pp. 37 ss.



matrimonio entre personas del mismo sexo fue oficialmente legal en España el 3 de julio de 2005.

El 66% de los españoles apoyó el acogimiento del matrimonio homosexual. Las autoridades católicas en particular se opusieron a esta ley. El Vaticano instó al Rey a no promulgar la ley. Tras su aprobación, el conservador Partido Popular presentó un recurso contra la ley en el Tribunal Constitucional.

Unas 4.500 parejas del mismo sexo contrajeron matrimonio en España durante el primer año de vigencia de la ley. Además, de acuerdo con la decisión del Ministerio de Justicia, la ley permite que un español se case con un extranjero —o que dos extranjeros que residan legalmente en España se casen entre sí—, incluso cuando las leyes nacionales de esos extranjeros no reconozcan los matrimonios entre personas del mismo sexo.

3. 3.1. La eclosión de las legislaciones protectivas de las uniones homosexuales nos plantea una serie de dudas que quizá sea conveniente absolverlas de manera gradual. Por ello, un primer análisis del tema requiere de la confrontación de estos nuevos hechos con la Constitución y la ley que regula el matrimonio. Si bien el art. 4 de la Constitución protege a la familia y promueve el matrimonio, no establece los requisitos para las nupcias. Pero si leemos el art. 5, encontramos que a las uniones de hecho se les exige la nota de la heterosexualidad, por lo que, con mayor razón, debe entenderse que es aplicable también al matrimonio. Es a este nivel en el que aparece incontrastable que para la Constitución y la ley peruanas el matrimonio sólo puede darse entre varón y mujer, no así entre los homosexuales¹⁴.

3.2. Si revisamos las normas relativa a la adopción, encontramos que el art. 378 del Código civil no permite la adopción entre parejas homosexuales, pues cuando el adoptante es casado se requiere el asentimiento del cónyuge y, como quedó dicho, el matrimonio sólo se da entre heterosexuales. Sin embargo, es claro que para una posición conservadora la norma que constituiría una difícil valla sería el inciso 1) del referido artículo, que exige del adoptante “solvencia moral”. Amparados en esta disposición, inclusive en el caso de la adopción por una única persona, no casada (como ocurre con los gays y lesbianas), en la perspectiva tradicional se rechazaría la adopción. Pero también es claro que, mientras no se conozca la orientación sexual del adoptante, la ley no podrá impedir la adopción.

Si, como es claro, el matrimonio es, en nuestra cultura (mayoritaria, si se quiere, pero, eso sí, abiertamente mayoritaria), una unión de varón y mujer, y lo mismo ocurre con los concubinatos, es previsible que se quiera mantener la adopción como un derecho reservado a la pareja matrimonial y quién sabe si en el futuro debería permitirse a los convivientes, como es mi parecer.

¹⁴ Como lo ha dicho RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 54.



A favor de reconocer la adopción como derecho de los homosexuales se arguye que no debe excluirse la vocación de paternidad por la orientación sexual, al no ser (según se dice) comportamientos incompatibles. Se alega que no es dicha orientación la que influye sobre la situación de los menores acogidos en los hogares de gays sino, más bien, los procesos familiares (como los conflictos familiares) los que ejercen influencia en el desarrollo psicológico de los niños¹⁵. Se señala, en idéntico sentido, que lo esencial no radica en las preferencias sexuales sino en las actitudes educativas y en la capacidad de los padres para hacer frente adecuada y establemente a las necesidades de quienes son adoptados, para lo cual serían aptos los homosexuales¹⁶.

La negativa a reconocer la adopción a los homosexuales implicaría, para sus defensores, la privación de una serie de derechos a favor de los menores: a la herencia, a tener como sostén al compañero homosexual en caso de la muerte del otro (más aún si éste era su padre o madre biológico), a la educación, etc.

Sin embargo, así como existen estudios que nos indican que la homosexualidad de los padres y sus convivientes del mismo sexo no afectan la identidad y la orientación sexuales de los hijos, también se afirma que existen casos en los cuales sí ha habido incidencia.

Debemos reconocer que no existen verdades absolutas en el conocimiento humano, pero creo que nada permite asegurar de manera definitiva que no se pueda producir un desorden en la identificación de los roles del padre y de la madre, de esos indispensables modelos que (salvo el caso de las familias con un solo padre, que es un supuesto distinto) los descendientes requieren como una forma de interiorizar conductas y actitudes que van formando su personalidad y su normal y adecuado desarrollo psicológico¹⁷. Por ello, nos resulta difícil augurar que la adopción por parejas homosexuales se erija, en nuestro medio, como un derecho a favor de dichos conglomerados. No debe perderse de vista que siempre ha de privilegiarse del interés de los niños.

3.3. Salvo el caso de Holanda, Massachusetts, España y Canadá, que no sabemos si será acogido en otros países, el reconocimiento de las uniones homosexuales ha encontrado en otras latitudes una fórmula parecida a la de los concubinatos. Ello con el fin de no causar mayor oposición en caso de concederse el régimen del matrimonio. A favor de dicha solución se alega que el substrato de toda unión (matrimonial o no) es la *affectio maritalis*, es decir, la decisión y la voluntad de hacer vida en común, de manera permanente, estable, para compartir metas similares a las que se esperan de un matrimonio, y que ello es igualmente posible en las parejas homosexuales, en tanto elemento constitutivo esencial de toda

¹⁵ Es la tesis de TASKER, Fiona y GOLOMBOK, Susan, *The role of co-mothers in planned lesbian-led families*, en DUNNE, Gillian, *Living Difference: Lesbian perspectives on work and family life*, New York – London, The Haworth Press, 1998, pp. 50 ss.

¹⁶ PALACIOS, Jesús, en *“El País”*, Madrid, edición del 24 de septiembre de 2000, p. 17.

¹⁷ Coincide JOSÉ M^a DÍAZ MORENO, S.J., *Las familias de hecho: aproximación a su vertiente ético-canónica*, en Uniones de hecho. Una aproximación plural, AAVV, *Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas*, Madrid, 1999 p. 116.



relación convivencial¹⁸. Quienes reclaman un estatuto a favor de las uniones homosexuales suelen exhibir todo un catálogo de derechos humanos negados a los gays y lesbianas: derechos de orden personal relativos al conviviente (nombre, derechos sobre el cadáver, trasplante de órganos, protección del honor e intimidad familiares, curatela, alimentos, etc.); derechos de orden patrimonial (alimentos, bien familiar, herencia, etc.); derechos laborales; fiscales y previsionales, etc.

¿Qué posición debemos asumir en nuestro país? Es evidente que una cosa será negar el reconocimiento a tales uniones y otra una abierta y decidida prohibición de las mismas. Las prohibiciones, quién sabe, pueden ser efectivas, pero terminan siendo perturbadoras. Al extremo, pueden suscitar simpatía de parte de la colectividad hacia los presuntos discriminados. Por ello, creo que el no reconocimiento es una forma menos conflictiva que la prohibición.

Sin embargo, ya hemos pasado a los intentos de crear un régimen *ad hoc* para los gays. Tal es el caso del Proyecto de Ley N° 09317, presentado durante el Gobierno de Alejandro Toledo en el Parlamento por la congresista independiente Martha Moyano que, posiblemente inspirada en el ejemplo bonaerense o en las leyes forales de España, pretende instaurar la figura de la “Unión civil”. Sin perjuicio de los requisitos y del registro de tales uniones, el artículo más controvertido del Proyecto es el 6, pues de una manera bastante amplia y genérica establece que para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dada en el Perú, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges, excepto en lo referido a adopción de menores de edad. Es decir, excluye la adopción pero con su amplitud posiblemente habilitaría derechos como la herencia, a ser curador, a consentir en caso de trasplante de órganos, a la seguridad social, etc.

El debate que se espera –si se da, y ojalá que así sea- deberá ponderar los alcances del Proyecto. Creo, sin embargo, que habrá mucha oposición, especialmente de los grupos tradicionales y conservadores, pues si ni siquiera se ha extendido el manto protector a los convivientes heterosexuales en materias que deberían acogerse¹⁹, veo aún menos posible consagrar una figura como la propuesta. Y es que para una sociedad latinoamericana como la nuestra, el concepto de familia (aun sin matrimonio) se sigue midiendo con la vara de la heterosexualidad²⁰. Empero, entiendo que es hora de plantearnos el problema, sin prejuicios, sin estadísticas, sin hablar de “minorías”, con el fin de llegar a saber si el costo

¹⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A., *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Dickinson, Madrid, 1999, pp. 44 ss.

¹⁹ Remito a VEGA MERE, Yuri, *Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes)*, en mi Libro *Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia*, Trujillo, Editora Normas Legales, Primera Edición, 2003, pp. 115 a 222 y especialmente, pp. 208 a 222.

²⁰ Coincide el brasileño MARTINS, Flávio Alves, *O casamento e outras formas de constituição da família*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, p. 151.



social de la aprobación de un régimen como el que se propone será menor al de la permanente negación de derechos a favor de seres humanos que no escogieron su orientación sexual.