

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

I. Introducción	13
1. El porqué de la elección del tema o la causa que motiva el estudio	13
2. El qué investigar o la cuestión del objeto	18
3. El cómo realizar el trabajo, o la cuestión del método	19
4. Del para qué o la cuestión de la causa fin	21
II. Evolución histórica.	22
1. Grecia	22
2. El cristianismo	27
A) Antiguo Testamento	28
a) Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX I-29)	28
b) Código de Santidad del Levítico (<i>Levítico</i> , XX-13)	29
c) Presunta homosexualidad de David y Jonatán	30
B) Nuevo Testamento.	31
C) La Patrística.	31
3. La Edad Media	32
4. La Revolución francesa	33
5. La homosexualidad en los regímenes dictatoriales	33
A) La homosexualidad en la Alemania nazi	33
B) La homosexualidad en el régimen stalinista.	37
C) La homosexualidad en el régimen franquista.	37
6. La homosexualidad como enfermedad	38
7. La homosexualidad y la doctrina actual de la Iglesia Católica	40
8. El informe Kinsey	42
9. La homosexualidad y las asociaciones <i>gay</i>	45
10. La homosexualidad en la legislación actual.	50
11. La no discriminación por la orientación sexual en la legislación positiva actual	58
12. La razón fundamental por la cual las conductas homosexuales privadas de personas adultas no pueden ser prohibidas ni castigadas	61
13. La homosexualidad en el Derecho argentino actual	64
A) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	64
B) Las soluciones legales relativas a la no discriminación en razón de la orientación sexual.	65
III. Conclusiones	67

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

SUMARIO: I. Introducción. 1. El porqué de la elección del tema o la causa que motiva el estudio. 2. El qué investigar o la cuestión del objeto. 3. El cómo realizar el trabajo, o la cuestión del método. 4. Del para qué o la cuestión de la causa fin. II. Evolución histórica. 1. Grecia. 2. El cristianismo. A) Antiguo Testamento. a) Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX 1-29). b) Código de Santidad del Levítico (Levítico, XX-13). c) Presunta homosexualidad de David y Jonatán. B) El Nuevo Testamento. C) La Patrística. 3. La Edad Media. 4. La Revolución francesa. 5. La homosexualidad en los regímenes dictatoriales. A) La homosexualidad en la Alemania nazi. B) La homosexualidad en el régimen stalinista. C) La homosexualidad en el régimen franquista. 6. La homosexualidad como una enfermedad. 7. La homosexualidad y la doctrina actual de la Iglesia Católica. 8. El informe Kinsey. 9. La homosexualidad y las asociaciones gay. 10. La homosexualidad en la legislación actual. 11. La no discriminación por la orientación sexual en la legislación positiva actual. 12. La razón fundamental por la cual las conductas homosexuales privadas de personas adultas no pueden ser prohibidas ni castigadas. 13. La homosexualidad en el Derecho argentino actual. A) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. B) Las soluciones legales relativas a la no discriminación en razón de la orientación sexual. III. Conclusiones.

I. Introducción

Previo al abordaje del tema propuesto responderemos básicamente a estas cuestiones: a) ¿Por qué elegimos el tema? b) ¿Qué vamos a investigar? c) ¿Cómo vamos a realizar el trabajo? d) ¿Para qué pretendemos hacerlo? Estos interrogantes, en definitiva, responden a la causa (fuente y fin), al objeto y al método.

1. *El porqué de la elección del tema o la causa que motiva el estudio*

En estos últimos años asistimos a una evolución social y jurídica en todos los temas relacionados con la homosexualidad y la transe-

xualidad, evolución vertiginosa, inusitada y sorprendente que nos comprometió a realizar un estudio más detallado, movidos por el convencimiento de que el Derecho no puede permanecer ajeno a esta temática.

El cambio en todo cuanto concierne a las relaciones homosexuales es copernicano; si bien en la cultura grecorromana los homosexuales tuvieron una relativa aceptación, durante siglos fueron repudiados, condenados, perseguidos, discriminados y ultimados. En los últimos veinticinco años, merced a un trabajo activo de las asociaciones que los nuclean, dejaron de ser sancionados penal y correccionalmente, cesaron de ser considerados enfermos psiquiátricos, alcanzaron un reconocimiento social e instauraron en la sociedad el derecho a no ser discriminados. Este cambio de actitud nos asombra, porque ninguna otra institución ni grupo humano ha podido en tan poco tiempo modificar su situación social, médica y jurídica.

En lo social, advertimos que se ha pasado del repudio a la tolerancia, llegándose a una aceptación cada vez mayor de las parejas *gay* y de las uniones transexuales, quienes aparecen públicamente reclamando reconocimiento¹.

En el aspecto médico, hasta 1974 la homosexualidad era considerada una enfermedad mental; en la actualidad, las reglas del arte de la medicina afirman que la homosexualidad no es una patología.

En lo religioso, la Iglesia Católica ha transitado por un camino de cambios que va desde considerar la homosexualidad un pecado *contra natura*, sancionada con la excomunión y con la muerte por los tribunales de la Inquisición, hasta no calificar de pecado la tendencia homosexual y exhortar a los fieles a no discriminar a los homosexuales².

¹ Norbert Lösing (*¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 129) señala que al menos hasta principio de los años setenta parejas del mismo sexo, aunque existían, no eran aceptadas en la sociedad y mantenían sus relaciones ocultas.

² La actual posición de la Iglesia Católica es la de reclamar prudencia y compasión con los homosexuales y condenar cualquier tipo de discriminación injusta; así se dio a conocer en *El cuidado pastoral de las personas homosexuales*, Carta de la Congregación de los Obispos de la Iglesia Católica del 1-1-86, y *Derechos sociales de las personas homosexuales* del 23-7-92, citado por SALTER CID, Nuno de, *Direitos humanos e família: quando os homossexuais querem casar*, separata 1998, p. 199.

En lo jurídico, el problema de nuestros días es la regulación de la homosexualidad; en este ámbito, se ha pasado de considerar a las uniones homosexuales voluntarias entre adultos como delito tipificado por leyes de naturaleza penal³ a su despenalización⁴. En algunas áreas se ha llegado, incluso, a una equiparación de los derechos de las parejas transexuales y homosexuales con las heterosexuales, tales el plano de la seguridad social, el de la salud y el de la continuación del arrendamiento a la muerte del arrendador⁵.

El auténtico reto del jurista está en el ámbito del Derecho de Familia. En los últimos cincuenta años, las reformas del Derecho de Familia tuvieron como designios centrales: establecer la igualdad jurídica de los cónyuges y de los hijos cualquiera que fuera su origen, permitir la libre investigación de la paternidad, regular las técnicas de fecundación asistida, facilitar el divorcio remedio y permitir nuevas formas de autotutela; “con ello podía pensarse que se disponía de un Derecho

³ La Corte de los Estados Unidos de América consideró constitucional una ley del Estado de Georgia que condenaba con 20 años de prisión los delitos de sodomía (Bowers, “Attorney General of Georgia vs. Hardwick et Al”, 478 US. 186; 106 SCT 2841). Mientras que la Corte de Derechos Humanos de Europa consideró que la legislación de Irlanda del Norte, que sancionaba las relaciones homosexuales, era contraria a los tratados de derechos humanos (“Dudgeon c/Royaume-Uni sur legislation penale d’Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles”, *Jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l’Homme*, p. 291).

⁴ MORAN, Leslie, *The homosexuality of law*, Routledge, London-New York, 1996, ps. 91 y ss.

⁵ La continuación de la locación fue denegada en Francia jurisprudencialmente porque la Corte de Casación Francesa sostenía que las prórrogas de locación sólo se podía otorgar a los concubinos y que el concubinato era la unión de un hombre y de una mujer; una reseña de estos fallos puede ser consultada en RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, *Des elements constitutifs du concubinage*, en *Rev. Trim Dr. Civ.*, 89 (1) janv-mars 1990, ps. 54 y ss.; en la actualidad este derecho les es reconocido por la ley de PAC de 1999. En cambio, en España, jurisprudencialmente le fue reconocido por el Tribunal Constitucional español, sent. 147-1993 del 8 de febrero, por el art. 58-1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y por las Leyes de Parejas de Hecho de Cataluña de 1998 y de Aragón de 1999; un comentario puede consultarse en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Principio de libre desarrollo de la personalidad y “ius connubi” (a propósito de auto del Tribunal Constitucional 222-1994)*, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1998, Madrid, p. 689, y en MARTÍN CASALS, Miquel, *Informe de Derecho Comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, octubre-diciembre, año MCMXCV, ps. 1745 y ss.

de Familia acorde con la historia, que se podía seguir viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo; pero no fue así"⁶; las uniones homosexuales requieren nuevas precisiones, plantean problemas judiciales, y reclaman definiciones legislativas.

Las parejas del mismo sexo son una realidad innegable que presenta problemas jurídicos, tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado. En el primero, los componentes de la unión homosexual pretenden que se los equipare a los cónyuges a los fines de la tributación impositiva y fiscal, que se les otorgue igual trato en lo referente a la seguridad social⁷ y en especial al régimen de pensiones y jubilaciones⁸. En el ámbito laboral, reclaman iguales ventajas que las parejas heterosexuales en cuanto a licencias, accidentes de trabajo y demás reconocimientos laborales, como subsidios o premios especiales (pasajes gratis, descuentos laborales, etc.)⁹.

⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un debate posible*, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas* cit., t. I, p. 19.

⁷ La equiparación de las uniones homosexuales a las heterosexuales en el ámbito de la seguridad social ha sido denegada jurisprudencialmente: en España, por auto del Tribunal Constitucional, 222-1994 (el tema es tratado en extenso por MARAGALL, Joan Agusti, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre les unions de fet i la pensió de viudetat: una reflexio crítica*, en *Uniones de hecho*, obra colectiva, Departament de Dret Privat); en Francia, por la Corte de Casación Francesa en 1989. Ha sido otorgado legislativamente, entre otras, por las leyes de Aragón y Cataluña sobre parejas de hecho y por la ley francesa de PAC. Sobre el tema ver la excelente obra de GILLES, Anne-Marie, *Le couple en droit social*, Económica, Paris, 1997.

⁸ El Tribunal Constitucional español ha denegado a un compañero homosexual el derecho a la pensión de viudedad: Sala Primera, Sección Primera, Recurso de amparo N° 1101-1993, *Jurisprudencia Constitucional*, t. XXXIX (mayo-agosto 1994), ps. 1414 a 1416; *Revista de Derecho Privado*, t. 10, 1998, p. 683. Comentario de esta sentencia puede encontrarse entre otros en MARAGALL, *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre les unions de fet...* cit., p. 97; MORENO GENER, Josep; ROMERO BURILLO, Ana y PARDELL VEA, Agnes, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, p. 383; ARECES PIÑOL, Teresa, *Las uniones de hecho. Evolución jurisprudencial de los votos particulares en las sentencias del Tribunal Constitucional*, p. 129, en *Uniones de hecho*, obra colectiva del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Lleida, dirigida por Martinell y Areces Piñol. ROSENBLATT, Jeremy, *The gay pension*, en rev. *Family Law*, 11-999, p. 78.

⁹ En Francia, por ejemplo, la SNCF otorga la carta de *couple* a todas las personas que vivan en unión de hecho sin distinción de sexo. Mientras que Air France otorga

En el Derecho Privado, los planteos de la equiparación se suscitan en los efectos que la unión produce entre sus componentes y entre éstos y terceros.

Frente a terceros, pretenden indemnizaciones por muerte del compañero¹⁰, prórroga y continuación de las locaciones por muerte del conviviente locador¹¹, derecho a la adopción¹² y a las técnicas de fecundación asistida similar a las parejas de diferente sexo¹³.

beneficios sociales a las parejas que viven en aparente matrimonio, pero niega estos derechos a los homosexuales, en decisión confirmada por los tribunales en oportunidad en que un trabajador de Air France solicitó un pasaje para su compañero homosexual. Un comentario a este precedente puede verse en RUBELLIN-DEVICHI, *Des elements constitutifs du concubinage* cit., y en GILLES, *Le couple en droit social* cit., p. 107.

¹⁰ Uno de los precedentes franceses más conocidos fue el resuelto el 25-7-95 por el Tribunal de Belfort. Se trataba de una pareja de lesbianas que habían vivido en concubinato durante veinte años. Una de ellas fue atropellada por un automovilista cuando circulaba en bicicleta, y su compañera demandó los perjuicios materiales y morales que le había causado la muerte de su amiga. En el plano penal el conductor fue condenado a seis meses de cárcel y en la órbita civil se evaluó la larga comunidad de vida y se condenó a pagar la suma de 80.000 francos por el perjuicio moral sufrido y el perjuicio material fue calculado en la suma de 652.000 francos (*Droit de la famille*, Dalloz, 1996, p. 322, N° 1061).

¹¹ La pareja de hecho homosexual ha reclamado iguales derecho a continuar la locación que los que tienen los concubinos; el más conocido de los casos fue la pretensión de un homosexual cuyo compañero había muerto de sida a continuar con la relación locativa prevaleándose de la ley de 1989, pero por aplicación de la doctrina de la Corte de Casación de 1989, el Tribunal de París le denegó su solicitud considerando que el "concubinato notorio requiere de un hombre y de una mujer". Este tipo de precedentes fue reiterado por la jurisprudencia francesa hasta la sanción de la ley de PAC.

¹² DOMÍNGUEZ BETORET, María Ángeles, *Transexualidad múltiple, unión de hecho y la adopción*, p. 163; GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *Uniones de hecho y derecho a la adopción*, en *Uniones de hecho* cit., p. 273; BORRILLO, Daniel y PITOIS, Pithois, *Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996*, en *Homosexualité et Droit*, obra colectiva dirigida por Daniel Borrillo, Puf, 1998, p. 139; Arrêt du Tribunal Administratif de Paris, 25-1-95, *Recueil Dalloz*, 1995, N° 94, p. 647, con nota de BOULANGER, François, *Conceiving parenthood parenting and the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender people and their children*, San Francisco, 2000.

¹³ Si bien las leyes de los países nórdicos como Dinamarca y Noruega no permiten el acceso a las técnicas de fecundación asistida de las parejas gay, ello se encuentra actualmente en discusión (JENSEN, Steffen, *La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave*, en *Homosexualité et Droit* cit., p. 258).

Entre los componentes de la unión homosexual se plantea el problema de los alimentos que ambos se deben, de las contribuciones al sostenimiento del hogar común, el régimen de bienes durante la unión y en especial a su finalización, la ruptura por la disolución intempestiva de la unión homosexual, las pensiones compensatorias por los desajustes económicos que produce la terminación de la pareja, el mantenimiento en el hogar común y la transmisión de derechos para después de la muerte.

Las parejas homosexuales no se conforman con la tolerancia; pretenden la equiparación al estatuto de que gozan las personas casadas¹⁴, y en su defecto, al que tienen los miembros de las uniones de hecho estables heterosexuales.

En definitiva, lo que pretenden es tener iguales derechos que los reconocidos a los cónyuges; está claro, entonces, que el tema subyacente es si tienen o no derecho a contraer matrimonio¹⁵.

2. *El qué investigar o la cuestión del objeto*

El *objeto* de la presente tesis es dar respuesta a los siguientes interrogantes: si las parejas homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio; si son inconstitucionales las leyes que se lo deniegan y si existen razones que justifiquen modificar la legislación argentina vigente suprimiendo la prohibición de contraer matrimonio a personas de igual sexo.

En una ideal “enciclopedia jurídica” la cuestión del matrimonio –y en general de los efectos de las uniones libres– se ubica en el ámbito del Derecho de Familia, por eso esta rama del Derecho Privado positivo argentino es el marco de nuestra investigación.

En definitiva, nuestro fin es doble:

- (i) Hacer un test de constitucionalidad del Derecho Privado vigente

¹⁴ WARDLE, Lynn, *Same-sex marriage and the limit of legal pluralism*, en *The changing family*, ed. por John Eekelaar y Thandabantu Nhlopo, p. 391.

¹⁵ Creemos que la importancia y actualidad del tema lo demuestra la gran cantidad de comentarios doctrinarios que se publican en las revistas jurídicas. Por ejemplo entre 1990 y 1996 la *American Law Review* ha publicado 72 artículos relativos al tema del casamiento entre homosexuales (WARDLE, *Same-sex marriage and the limit of legal pluralism* cit., p. 391).

en Argentina, a la luz de la Constitución reformada en 1994, sobre la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo. Este test se realizará ponderando en particular el otorgamiento de jerarquía constitucional a las declaraciones, tratados y convenciones de derechos humanos enunciados en el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución, y

- (ii) analizar si eliminar tal restricción acordando el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo podría superar un test de razonabilidad.

En consecuencia, en esta tesis no abordaremos los requerimientos particulares de los miembros de las parejas homosexuales relativas a la continuación de la locación, derecho a la seguridad social, derechos de daños y perjuicios por muerte del conviviente homosexual, derecho de adopción, derechos sucesorios, derecho de alimentos, derecho a prestaciones complementarias a la disolución de la unión, derecho al acceso a las técnicas de fecundación asistida, etcétera.

3. *El cómo realizar el trabajo, o la cuestión del método*

Comenzaremos el estudio del tema de la homosexualidad desde una perspectiva histórico-sociológica. Asumimos anticipadamente la posibilidad de crítica, pero lo cierto es que estudiosos contemporáneos¹⁶ destacan la importancia del análisis histórico para aprehender adecuadamente las regulaciones jurídicas¹⁷, idea que se resume diciendo “la historia no prueba nada, no explica nada, pero permite comprender”¹⁸.

Después describiremos el tratamiento que se da a la homosexualidad —en general— en el Derecho Comparado y en el Derecho positivo argentino vigente.

Luego precisaremos la terminología a emplear con relación a las

¹⁶ DE LOS MOZOS, José Luis, en su actualización de CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español. Común y foral*, Madrid, 1984, vol. 1, p. 189.

¹⁷ Ortolan decía a principios del siglo XIX: “Todo jurista debería ser historiador; todo historiador debería ser jurista” (en *Historia de la legislación romana*, p. 19).

¹⁸ GAZZANIGA, Jean-Louis, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité*, en *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Paris, 1997, ps. 3 y ss.

uniones homosexuales, y estableceremos las diferencias de estas uniones con el concubinato heterosexual y con otras de similar naturaleza.

Para determinar las cuestiones que suscita el matrimonio entre homosexuales analizaremos la jurisprudencia y la legislación de países que pertenecen al mundo occidental, en especial de los que se rigen por el sistema romano-germánico. Anticipamos que el Derecho Comparado tiene por finalidad:

- (i) Exponer las distintas soluciones que dan países de estructura social por lo menos semejante al nuestro;
- (ii) conocer –para luego valorar– los argumentos dados por legisladores y jueces frente a los problemas concretos que han tenido que enfrentar.

Nos parece imprescindible la utilización del Derecho Comparado –con el alcance indicado– porque “es totalmente obvio que el Derecho vigente en cierto territorio o con referencia a determinadas personas o relaciones nunca nace aisladamente en la mente de un legislador o en la praxis de los actores locales, sino que representa el fruto de un conjunto de influencias, la mayor parte de las cuales se han desarrollado en confrontación con otros pueblos y territorios o bien derivan de las experiencias precedentemente realizadas por otros pueblos o en otros territorios. En consecuencia, bastante a menudo un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico no es en realidad posible de conseguir sin el conocimiento de todo lo sucedido en otra parte, aunque no todo lo sucedido en otra parte presenta igual grado de interés para el conocimiento del Derecho vigente en el ámbito del ordenamiento de referencia”¹⁹.

Señalamos que nuestro enfoque del Derecho Comparado no se limitará a la legislación, sino que atenderá muy especialmente a la jurisprudencia elaborada tanto en países de Derecho Continental como en los países del *case law*. Es que si bien la cuestión que vamos a investigar no ha sido planteada ante nuestros tribunales, sí ha tenido tratamiento, en cambio, en la Corte de Derechos Humanos de la Unión Europea, en tribunales norteamericanos, en la Suprema Corte alemana

¹⁹ PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, trad. de Juana Bignozzi, España, 1987.

y en el Tribunal Constitucional español. La globalización de las costumbres, la inmediatez y proximidad que producen las comunicaciones, la semejanza de hábitos sociales y la pertenencia a una idea común de "derecho", hacen previsible que así como el derecho a casarse de los homosexuales ha sido planteado en otros países, se suscite también en el nuestro, tanto en el ámbito legislativo como en el judicial (en este último, mediante planteos de inconstitucionalidad de las leyes que niegan el derecho a casarse a personas del mismo sexo); de allí la conveniencia de conocer los planteos y las respuestas que los tribunales han dado a esos casos.

Después analizaremos si la prohibición de casarse de los homosexuales supera el test de constitucionalidad, atendiendo incluso al derecho supranacional de derechos humanos jerarquizado a nivel constitucional en la reforma de 1994.

Finalmente enunciaremos los fundamentos esgrimidos por los sostenedores de la tesis de que los homosexuales tienen derecho a casarse, con el fin de analizar si sería razonable una regla de Derecho positivo que autorizase tal matrimonio.

4. *Del para qué o la cuestión de la causa fin*

Para que la investigación sirva tiene que ser útil a los demás. Por ello, el fin último de nuestra investigación es tratar de demostrar que:

- (i) No son inconstitucionales las leyes que deniegan el derecho a casarse a los homosexuales;
- (ii) el derecho a casarse es por esencia un derecho acordado a parejas de diferente sexo;
- (iii) no existe un derecho humano a que personas del mismo sexo contraigan matrimonio;
- (iv) no hay una ninguna razón que justifique que la legislación positiva permita el matrimonio homosexual, ni equipare totalmente los efectos del casamiento heterosexual a las uniones estables homosexuales.

Además queremos poner a disposición de quienes sigan estudiando este tema el resultado ordenado de nuestras investigaciones y la reco-

pilación de nuestras lecturas, con la esperanza de que contribuyan a la solución en el momento en que los reclamos lleguen a los tribunales o al parlamento.

De otro lado, y aunque más no sea subsidiariamente, entendemos que la exposición organizada de legislación y jurisprudencia extranjera, la sistematización de sus argumentos y su valoración, puede resultar útil en tanto no existe –hasta ahora– en el Derecho argentino ninguna obra que haya abordado esta tarea²⁰.

No desconocemos que el tema está en desarrollo, que es cambiante, que nos arriesgamos a que durante la realización de este estudio se produzcan modificaciones legislativas y jurisprudenciales. Todo ello nos desalienta. Pero al mismo tiempo, cabe reconocer que en el Derecho argentino no hay ninguna obra de este tipo, por lo que su abordaje resulta necesario, máxime teniendo en cuenta que jurisprudencial o legislativamente la pregunta va a requerir respuestas.

II. Evolución histórica

1. Grecia

Según un sector doctrinal importante, en la cultura griega las parejas homosexuales eran aceptadas y gozaban de algún predicamento; se afirma que la unión homosexual estaba asociada a la educación, a la cultura y a la filosofía. Werner Jaeger enseña que “no puede negarse tampoco que la democracia ateniense, según la leyenda histórica, fue fundada por una pareja de tiranicidas, Harmodio y Aristogitón, unidos a vida y muerte por el *eros*”²¹.

El profesor Fatas (a quien seguiremos en el desarrollo de este punto)²² enseña que Jenofonte (Lac., II-12) muestra bien cómo la pederastia ocupaba un notable lugar en la instrucción de los jóvenes espartanos. Se trataba de una actividad paidética cuyo énfasis principal

²⁰ ECO, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, versión española de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez, Barcelona, 1998, p. 27.

²¹ JAEGER, Werner, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, 2ª reimp., México, 1971, p. 572.

²² FATAS, en *Historia Antigua. Universidad de Zaragoza, I Ciclo, La educación pederástica en la Antigua Grecia* (adaptado de Marrou, 1971, recogido en Internet);

no se ponía en los aspectos meramente sexuales, contra lo que a menudo se piensa, aunque tenía, sin duda, un componente sexual apreciable²³.

La relación pederástica que se establecía casi sistemáticamente en Esparta (pero también en otros lugares en los que existían instituciones efébricas, dado que no se trata de una exclusividad doria, a pesar de una amplia bibliografía en ese sentido) no se entiende correctamente sin una suficiente comprensión del sentido que el amor tenía entre los griegos. La pareja arquetipo del amor pasional en su versión más completa estaba compuesta por dos varones; pero no por dos cualesquiera, sino por un varón adulto y maduro, el erasta, y por otro adolescente o preadulto, el erómeno, que solía contar entre 15 y 18 años.

La diferencia de edad establecía relaciones desiguales. El mayor era el modelo, el tipo superior al que había que adaptarse por elevación. Eso hacía surgir en él una tendencia educadora.

Según Fatas, el sentimiento ha sido minuciosamente analizado por Platón: se trata de una versión del instinto ordinario de generación, de reproducción, de perpetuarse mediante alguien similar a uno. Puesto que carnalmente ello no es posible, se sublima el deseo en el plano pedagógico. Como señala Platón, "el objeto del Eros (pederasta) es procrear y engendrar en lo Bello".

El vínculo amatorio se prolongaba, por un lado, en una tarea formativa matizada por un cuidado de orden paternal y, por otro, en una labor de maduración teñida de veneración. Se ejercitaba en libertad y en la vida cotidiana de relación mutua, por contacto, con el ejemplo, la conversación, la vida en común, la iniciación paulatina del joven en las relaciones sociales del mayor, tales como el grupo de amigos, el gimnasio, el simposio, etcétera. Éste era el mundo normal de la educación entre griegos.

FUENTES, Safo, fr. 64, 65, 97-98, 101; Heródoto, I-135, II-91, 135, Tucídides, VI-54-59; Jenofonte, Lac., II 12, 13, Conv. VIII 32; Platón, Conv. 178c, 182 bd, cd, 209c, 206be, 206e, 209be; Fedro, 275ac; Aristóteles, Pol., V 1313; Estrabón X 482-484, XVII 808; Plutarco, Pel., 17-19, Erot., 929 s., Lic. 18.

²³ Finnis rechaza que estuviera presente o que fuera aceptada la unión carnal homosexual (*Law, morality and sexual orientation*, en *69 Notre Dame Law Review*, 1994, p. 1049).

La familia no era marco adecuado para la educación completa del hombre por la insignificancia de la mujer (que sólo asistía al hijo hasta los siete años) y por la dedicación del padre a la vida pública (se entiende que entre clases altas). De ahí que se concebía la relación erasta-erómano como una auténtica comunión.

La educación exigía una vinculación espiritual directa y profunda con el maestro, que era iniciador y guía del educando, y podía revestir características de relación amorosa. La responsabilidad educativa del amante sobre el amado era netamente percibida.

La educación, en principio, entre nobles establecía entre educador y educando una relación de tensión y amor moral, del tipo erasta-erómano. El marco en que se desarrollaba la formación era, a un tiempo, "elegante, deportivo y mundano", bajo la dirección de un hombre de más edad y en el seno de la amistad viril.

El autor que venimos glosando indica que más tarde surgirá la educación dirigida a la eficiencia profesional, ejercida por educadores que son casi profesionales de esa tarea. Empero, no desaparecerá de la escena el Eros viril. De cualquier clase que sea, se transmitía en la atmósfera de comunión espiritual que crea el vínculo fervoroso y a menudo apasionado del discípulo por el maestro al cual se ha entregado, sobre cuya imagen modela la suya propia y de quien recibía la progresiva iniciación en los secretos de su ciencia o su arte.

Mientras no hubo instituciones especializadas, el educador distinguía al educando al elegirlo, proclamando que lo consideraba digno de él. Por eso surgirá desprecio inicial por el educador profesional que acepta a cualquiera que acuda mediante pago, merezca o no su enseñanza.

Hasta acá hemos venido hablando de la homosexualidad masculina, pero también estuvo presente en Grecia la homosexualidad femenina, sobre todo en la poesía. Según Werner Jaeger, la homosexualidad femenina se explica porque en aquel tiempo, ajeno todavía al concepto del matrimonio por amor, era difícil para la mujer concebir el amor hacia el hombre. Del mismo modo el amor del hombre en su más alta espiritualización no alcanzó su expresión poética en relación con la mujer sino en la forma del eros platónico²⁴.

²⁴ JAEGER, *Paideia: Los ideales de la cultura griega* cit., ps. 188-189.

Dice Jaeger con referencia al eros femenino: “Sería absolutamente vano e inadecuado intentar explicaciones psicológicas indemostrables sobre la naturaleza de este eros, o tratar, por el contrario, indignados por estas blasfemias, de probar la concordancia de los sentimientos del círculo sáfico con los preceptos de la moral cristiana y burguesa. Los poemas nos muestran el eros sáfico como una pasión íntima que con la misma fuerza afectaba a los sentidos que al alma. Lo que nos interesa ahora aquí es mucho menos la comprobación de la existencia de un aspecto sensual en la erótica sáfica que la plenitud sentimental que conmueve vigorosamente la totalidad del alma humana”²⁵.

La postura de Fatas, que es similar a la de Boswell²⁶, no es compartida por la generalidad de los autores, entre ellos por el filósofo iusnaturalista Finnis.

La posición de los griegos que enseña Fatas y el profesor de la Universidad de Yale, Boswell, fue expuesta por la profesora Martha Nussbaum, en su testimonio oral brindado el 15 de diciembre de 1993 frente a la Corte de los Estados Unidos de América en el caso “Evan vs. Romer”²⁷, que comentaremos en el capítulo siguiente.

Por su parte, Finnis entiende que esta posición es equivocada y que en verdad Sócrates, Platón y Aristóteles condenaban la copulación homosexual²⁸.

²⁵ JAEGER, ob. cit., p. 134. Explica este autor que el eros femenino no pudo ser “una fuerza puramente sentimental, puesto que debía unir en algo más alto a las almas que impregnaba. Se hallaba presente en la *charis* sensual de los juegos y danzas y se encarnaba en la alta figura que estaba presente, como modelo, en la comunidad de las camaradas. La lírica sáfica tiene sus momentos culminantes cuando solicita el corazón áspero y todavía no abierto de una muchacha, en la despedida de una compañera querida que se ve obligada a abandonar el círculo para volver a su tierra o para seguir al hombre que la ha pedido como esposa —lo cual en aquel tiempo nada tenía que ver con el amor— o, finalmente, en el recuerdo anhelante de una compañera lejana que, paseando en la tarde por el silencioso jardín, invoca en vano el nombre de la perdida Safo”.

²⁶ BOSWELL, John, *Las bodas de la semejanza*, trad. de Galmarini, Muchnic, España, 1994.

²⁷ FINNIS, *Law, morality and sexual orientation* cit., p. 1049.

²⁸ Finnis afirma que el autor en el cual Nussbaum se había basado, que era el profesor Robert George, le habría enviado una carta en octubre de 1993 diciéndole que él consideraba que tanto Sócrates como Platón condenaban la copulación homosexual en todos los casos y no la limitaban a una condena en particular.

También Finnis afirma que Platón veía las relaciones anales como contrarias a la naturaleza; como una degradación no sólo de la humanidad del hombre, sino también de su animalidad; que para Platón toda conducta sexual fuera del matrimonio heterosexual es dañina, vergonzosa e ilícita, tal como lo es para la doctrina tradicional y católica.

Además, Finnis sostiene que Aristóteles consideraba la conducta sexual homosexual algunas veces directa, y otras indirectamente, como perversa y vergonzosa. Estima que para Aristóteles el amor se podía dar en el matrimonio y en la pederastia, pero que, en este último caso, el amante podía tocar al amado y besarlo con su consentimiento, pero como a un hijo, y que ello no incluía actos sexuales. Es decir, que la pederastia excluía los actos de esta naturaleza.

Destacamos que aun en la posición de Finnis se acepta que el amor homosexual era corriente entre los griegos, salvo que Finnis no admite que tuvieran relaciones sexuales, sólo caricias y besos.

Por su parte Werner Jaeger dice que “es significativo que la primera vez que consideramos desde cerca la cultura de la nobleza dórica hallamos el *eros masculino como un fenómeno de una importancia tan decisiva*. No queremos entrar en la discusión de un problema tan debatido en nuestros días. No es nuestro propósito describir y estudiar el estado social por sí mismo. Es preciso, sólo mostrar cómo este fenómeno tiene su lugar y su raíz en la vida del pueblo griego. Es preciso no olvidar que el *eros* del hombre, hacia los jóvenes o los muchachos es un elemento esencial histórico en la constitución de la primitiva sociedad aristocrática inseparablemente vinculado a sus ideales morales y a su rango. La atribución se halla perfectamente, pues aquella práctica ha sido siempre más o menos ajena al sentimiento popular de los jonios y de los áticos, como lo revela ante todo la comedia. Las formas de vida de las clases superiores se transmiten naturalmente a la burguesía acaudalada. Pero los poetas y los legisladores atenienses que lo mencionan y lo elogian son principalmente nobles, desde Solón, en cuyos poemas el amor de los muchachos aparece al lado del de las mujeres y de los deportes nobles como los más altos bienes de la vida, hasta Platón. La nobleza helénica se halla siempre profundamente influida por los dorios. Ya en la Grecia misma

y, en los tiempos clásicos este *eros*, a pesar de su amplia difusión, fue objeto de las más distinguidas apreciaciones. Ello se explica por su dependencia de determinadas condiciones sociales e históricas. Desde este punto de vista es fácil comprender que en amplios círculos de la vida griega esta forma de la *erótica* fuera considerada como una degradación, y en otras capas sociales obtuviera un amplio desarrollo y estuviera vinculada a las más altas concepciones sobre la perfección y la nobleza humana²⁹.

Es difícil establecer cuál era el contenido exacto del contacto amoroso griego, pero, para los fines de nuestro estudio, creemos importante señalar que el amor homosexual entre los griegos no era condenado penalmente ni era considerado una enfermedad, sino que, por el contrario, era practicado normalmente entre los miembros de las diversas clases sociales³⁰.

2. *El cristianismo*

La decadencia del Imperio Romano y la penetración del cristianismo, así como la confusión de la Iglesia y el Estado, llevaron a que la homosexualidad fuera condenada y perseguida penalmente porque el homosexual iba en contra de la ley divina.

²⁹ JAEGER, ob. cit.

³⁰ En la obra *Fedro*, Platón relata los diálogos de Sócrates con su amado Fedro. En este diálogo Fedro le pregunta a Sócrates si es más conveniente a los efebos entregar su amor a los amantes o a quienes no los aman. Sócrates le dice que es mejor entregarle el amor a los amantes porque ellos lo inician en la filosofía. Transcribimos dos párrafos de Fedro que no dejan dudas sobre los amores homosexuales: "Era una vez un niño, o, mejor dicho un mozalbeta, bello que tenía muchísimos enamorados. Era uno de ellos ladino y, a pesar de que estaba prendado de él más que ninguno, tenía convencido de que no lo amaba. Un día requiriéndole de amores trataba de persuadirle precisamente de que se debía otorgar el favor al no enamorado con preferencia al enamorado [...] Suponte que por casualidad nos hubiera escuchado un hombre de carácter noble y apacible, que estuviera enamorado de otro tal como él, o lo hubiera estado alguna vez anteriormente, cuando decíamos que por fútiles motivos los enamorados suscitan grandes enemistades y que son envidiosos y dañinos para sus amados. ¿No crees tú que pensaría sin remedio que estaba oyendo hablar a hombres criados entre marineros y que no habían visto ningún amor propio de hombres libres?" (PLATÓN, *Fedro*, Alianza, Madrid, 1997, ps. 190 y 202).

Pérez Cánovas señala que en la tradición judeocristiana que hegemoniza la moral en Europa, encontramos los primeros testimonios escritos en los que se ha querido ver la condena a los homosexuales³¹.

A) *Antiguo Testamento*

a) *Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX I-29)*

Sodoma, ciudad de la antigüedad donde se practicaba la homosexualidad, fue destruida por imperio divino, por una parte por su depravación y por otra por la falta de hospitalidad hacia los extranjeros.

La Biblia relata que después de establecerse en Canaán, Abraham y su sobrino Lot decidieron separarse debido a que empezaban a surgir disputas entre sus pastores. Lot se afincó en Sodoma, que con Gomorra formaba parte de una pentápolis (grupo de cinco ciudades a orillas del Mar Muerto). Tiempo después, Dios tomó noticias de que en Sodoma y Gomorra había crecido el pecado y se propuso destruirlas.

Abraham pretendió evitar que la furia de Dios recayera sobre Sodoma y Gomorra y obtuvo la promesa divina de no castigar a estas ciudades, si en ellas se encontraba a diez hombres justos. Con ese fin envió a Sodoma dos ángeles con apariencia humana que se alojaron en la casa de Lot, sobrino de Abraham. Los hombres de la ciudad rodearon la casa de Lot pretendiendo “conocer”³² a los hombres. Lot salió a la puerta y dijo: “Por favor hermanos, no hagáis semejante maldad; dos hijas tengo que no han conocido varón, las sacaré para que hagáis con ellas lo que en bien os parezca, pero a estos hombres no le hagáis nada, porque ellos se han acogido a la sombra de mi techo”³³.

Pero los sodomitas no cedieron, y para evitar que los hombres de la ciudad tomaran por la fuerza a los extranjeros los ángeles utilizaron

³¹ PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, p. 2.

³² “Conocer” en el Antiguo Testamento también es sinónimo de relaciones sexuales.

³³ SCHWARTZ, Marco, *Los amores en la Biblia*, Madrid, 1997, p. 233, quien pone de relevancia que “los derechos de una mujer a su integridad tenían en esos tiempos menor valor que el deber de la hospitalidad”.

su poder para salir de Sodoma y sacar de ella a Lot y a su familia, salvo su mujer, que por desobedecer una orden divina se convirtió en estatua de sal³⁴.

Por este pasaje bíblico, Sodoma dio su nombre a las relaciones homosexuales en lengua latina a lo largo de la Edad Media; tanto en latín como en cualquiera de las lenguas vernáculas la palabra más próxima a homosexual fue “sodomita”³⁵.

b) *Código de Santidad del Levítico (Levítico, XX-13)*

El Libro de Jueces recoge una historia parecida a la de Sodoma y Gomorra: un levita que iba con su concubina y su siervo de regreso al hogar, situado en territorio de la Tribu de Efraim, fue sorprendido por la noche y decidió pernoctar en Guibea, ciudad perteneciente a la tribu de Benjamín. Cuando llegaron a la plaza, un viejo se fijó en ellos y los invitó a pernoctar en la casa. Entrada la noche, los hombres del pueblo rodearon la casa y pretendieron que el viejo hiciera salir a su invitado, “para que lo conozcamos”. El anciano salió entonces al umbral y gritó: “No hermanos míos, no hagáis tal maldad os lo pido, pues que este hombre ha entrado en mi casa, no cometáis semejante crimen. Aquí está mi hija, que es virgen, y la concubina de él, yo las sacaré fuera para que abuséis de ellas, pero a este hombre no le hagáis semejante infamia”.

Viendo que la turba no aceptaba la propuesta, el levita sacó a su concubina y los hombres abusaron de ella hasta matarla, lo que originó una guerra punitiva donde se perdieron 25.000 hombres³⁶.

En el Levítico, la condena a la homosexualidad es explícita; así se dice: “no te echarás con varón como mujer, porque es una abominación” (Levítico, XVII-22).

³⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, *Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado*, en *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 13, Abeledo-Perrot, 1998, p. 190, y KIPER, Claudio, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 388.

³⁵ PÉREZ CÁNOVAS, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales...* cit., p. 2.

³⁶ SCHWARTZ, *Los amores en la Biblia* cit., p. 235.

“El que se ayuntare con varón como si éste fuera hembra, los dos hicieron cosas nefastas, mueran sin remisión: caiga su sangre sobre ellos” (Levítico, XX-13).

c) *Presunta homosexualidad de David y Jonatán*

Schwartz explica en *Los amores de la Biblia* que en el curso de un debate en el Parlamento de Israel sobre los derechos de los gays, una diputada planteó la homosexualidad del rey David, la figura más importante de la historia judía junto al legislador Moisés y al patriarca Abraham. Esta diputada sostuvo que de los textos bíblicos surge que la relación de David y Jonatán fue homosexual. En la tradición judeocristiana, esta relación ha sido planteada como de profunda amistad; sin embargo, algunos sostienen que entre ambos personajes pudo haber sentimientos amorosos, que se traslucirían de las palabras del padre de Jonatán, Saúl, quien le dijera a éste: “¡hijo perverso y contumaz! ¿No sé yo que tú prefieres al hijo de Isai (o sea David) para vergüenza tuya y vergüenza de la desnudez de tu madre?”

La utilización de la fórmula “para vergüenza de la desnudez de tu madre” sugiere que Saúl había descubierto o intuía algo grave en la relación de su hijo con David, ya que ese giro verbal solía utilizarse en el contexto de prohibiciones sexuales, como por ejemplo en el incesto³⁷.

Bonifacini recuerda algunos pasajes bíblicos que apoyarían la relación homosexual entre Jonatán y David, entre ellos el Libro 2º de Samuel (1:25-26) que dice:

¡Cómo han caído los valientes en medio de la batalla!
 ¡Jonatán, muerto en tus alturas!
 Angustia tengo por ti, hermano mío Jonatán,
 Que me fuiste muy dulce.
 Más maravilloso me fue tu amor
 Que el amor de las mujeres³⁸.

Para judíos y católicos, la relación entre Jonatán y el rey David sigue siendo considerada de profunda amistad, pero la frase anterior

³⁷ Ídem nota anterior, p. 240.

³⁸ BONIFACINI, Gustavo, *Gays y lesbianas*, Distal, Buenos Aires, 2000, p. 17.

y otra de un cantar que David le dedicara a Jonatán ha permitido sostener la homosexualidad de David.

B) *Nuevo Testamento*

En el Nuevo Testamento existen cuatro referencias contrarias a la homosexualidad, todas ellas incluidas en las Cartas de San Pablo.

En las enseñanzas de Jesús, según los escritos de los demás apóstoles, no existen referencias a la homosexualidad.

Las realizadas por San Pablo son: "Por eso los entregó Dios a las pasiones infames. Pues sus mismas mujeres invirtieron el uso natural, en el que es contrario a la naturaleza" (Romanos, I-26).

"Del mismo modo también los varones, desechando el uso natural de la hembra, se abrazaron en amores brutales de unos con otros, cometiendo torpezas refinadas varones contra varones y recibiendo en sí mismos la paga merecida de su obcecación" (Romanos, I-27).

"¿No sabéis que los injustos no poseerán el reino de Dios? No queráis cegaros hermanos míos: ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los sodomitas, ni los ladrones, ni los avarientos, ni los borrachos, ni los maledicientes, ni los que viven en rapiña habrán de poseer el reino de Dios" (I Corintios, VI-9, 10).

"Reconociendo que no se puso la ley o sus penas para el justo, sino para el injusto y los sodomitas" (I Timoteo, I-9, 10).

C) *La Patrística*

Así como son escasas las referencias a la homosexualidad en el Nuevo Testamento, en la Patrística abundan.

Entre los padres de la Iglesia fueron San Agustín y Santo Tomás quienes más se pronunciaron contra la homosexualidad.

San Agustín dice: "...Los pecados que son contra la naturaleza, como fueron los sodomitas, siempre y en todo lugar deben ser detestados y castigados; y aun cuando todas las gentes los cometieran serían igualmente culpables ante la ley divina, que no hizo a los hombres para que de tal modo usasen uno de otros" (Confesiones, III-8, 15).

“El que los hombres sufran la condición de las mujeres no es según la naturaleza, sino contra la naturaleza. Este crimen, esta ignominia” (La ciudad de Dios, VI-8.1).

Santo Tomás, que tanta influencia ha tenido en el pensamiento occidental, enseña que la procreación dentro del matrimonio es la única razón justificante de cualquier actividad sexual. A todas las demás actividades sexuales las considera pecados contra el Creador.

Para Santo Tomás, los pecados son divididos en *secundum naturam*, cuando al cometerlos no queda excluido el fin de la procreación, como el incesto y el adulterio, y *contra naturam*, cuando queda excluido, como la masturbación, el bestialismo y la homosexualidad.

Los pecados *contra naturam* (entre los que se incluye la homosexualidad) fueron más censurados por Santo Tomás que los *secundum natura*, porque entendió a los primeros contrarios a la obra de Dios, y consideró que quienes los cometían le negaban a la naturaleza los fines para los que fue pensada.

3. La Edad Media

Durante la Edad Media se hace sentir la condena de la Iglesia Católica a la homosexualidad, que fue severamente reprimida mediante la castración, la confiscación de los bienes y la tortura.

Cabe recordar que esta represión se justificaba por la influencia de la doctrina cristiana que, ya lo hemos dicho, en ese momento consideraba la *homosexualidad* como un *pecado grave contra Dios*.

Alarico mandó que los homosexuales fueran quemados en la hoguera y en la ley Visigotorum se condenaba al homosexualismo con la castración³⁹.

En el *Fuero Real* de Alfonso el Sabio se castigaba brutalmente a la homosexualidad con la muerte, debiendo ser éstos colgados por las piernas hasta que murieran. En las *Partidas* de Alfonso el Sabio, dictadas en el año 1265, también se condena a la homosexualidad con la muerte, tanto del que lo hace como de quien lo consiente.

Nuno de Salter Cid enseña que en 1447, durante el reinado de Al-

³⁹ PÉREZ CANOVAS, *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales...* cit., p. 8.

fonso V en Portugal, regían las ordenanzas Manuelinas y Filipinas que ordenaban la confiscación de todos los bienes de los homosexuales; sus hijos y descendientes eran calificados de infames y establecían un complejo sistema de recompensa y de denuncia de los delitos de sodomía. Agrega el autor citado que el rey Manuel estableció que el delito también podía ser cometido por mujeres, y que en 1614 se ordenó que los culpables del pecado de sodomía fueran quemados vivos cuando tuvieran sentencia del Santo Oficio ejecutadas por los jueces seculares⁴⁰.

Durante el reinado de los Reyes Católicos también se dictaron leyes contra la homosexualidad, ordenando que los sodomitas fueran quemados en llamas de fuego y que perdieran todos los bienes que pasaban a la Real Cámara y al Fisco.

Estas leyes fueron repetidas en la Nueva Recopilación de Leyes de España de 1567 y en la Novísima Recopilación.

Felipe II insistió en que se aplicara el castigo de muerte a los sodomitas y exhortó a que no se los mande a las galeras como hacían en algunos casos los tribunales de la Inquisición. Estas leyes rigieron en España y en las colonias de las que nuestro país formaba parte.

4. *La Revolución francesa*

La situación de los homosexuales cambió radicalmente gracias a las ideas laicas que impregnaron la Revolución francesa; así, en el año 1791, la Asamblea Constituyente eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía y Napoleón despenalizó la homosexualidad entre personas adultas, siempre que se tratara de relaciones privadas.

Si bien la homosexualidad en sí misma no era un delito, fue considerada como una falta contra la moral y las buenas costumbres, y siguió estando presente en los códigos militares.

5. *La homosexualidad en los regímenes dictatoriales*

A) *La homosexualidad en la Alemania nazi*⁴¹

En la Alemania de fines de 1920 surgió la figura de un líder caris-

⁴⁰ SALTER CID, *Dereitos humanos e familia* cit., p. 203.

⁴¹ En este tema hemos seguido a MONDIMORE, Francis Mark, *Una historia natural de la homosexualidad*, Paidós, España, 1998.

mático, Adolf Hitler, quien prometía cambiar las bases de la sociedad reinante hasta el momento. En su visión de futuro dejaba ver una sociedad sustentada en la familia, el trabajo honrado, la disciplina y el honor; los líderes corruptos eran reemplazados por gente sana y corriente.

Dentro de esta nueva sociedad no había cabida para la homosexualidad. Este prejuicio homosexual quedó claramente puesto de manifiesto y llevado a sus extremos durante el periodo del holocausto, el cual se caracterizó por la identificación sistemática de homosexuales, su captura y asesinato.

En 1928 quedó clara la posición que el nuevo Partido Nacionalista (abreviado Partido Nazi) tomaría frente a la homosexualidad: en plena lucha para anular el artículo 175 del Código Jurídico alemán que incriminaba la homosexualidad, los nazis mostraron abiertamente su oposición radical, considerando enemigo a cualquiera que creyera en el amor homosexual.

El 30 de enero de 1933, Adolf Hitler se convirtió en el canciller de Alemania; en menos de veinticinco días se prohibieron las organizaciones en defensa de los derechos de los homosexuales.

El triunfo de Hitler se debió en gran parte al apoyo de grupos paramilitares que mediante actos terroristas intimidaron a la oposición. Uno de esos grupos, el SA o Camisetas Marrones, estaba encabezado por un homosexual llamado Röhm, amigo de Hitler, a quien no pareció importarle sus inclinaciones sexuales mientras lo necesitara para llegar al poder.

Las cosas cambiaron rotundamente cuando Hitler llegó a ser canciller de Alemania: el detonante fue el reclamo por parte de Röhm para que le otorgara una porción del poder; las consecuencias fueron nefastas para todo el grupo. El 28 de junio de 1934, en la noche conocida con el nombre de "los cuchillos largos", los miembros del SA de toda Alemania fueron arrestados y acusados de conspirar contra Hitler. Röhm y miles de los integrantes de este grupo fueron ejecutados, acusados de ser unos "cerdos homosexuales".

Con Hitler en el poder, las cosas se pusieron seriamente difíciles para los homosexuales, pues tomó medidas dirigidas directa y exclusivamente a exterminar la homosexualidad.

Ello así, en octubre de 1934 creó un nuevo servicio de policía (Centro del Reich) dedicado exclusivamente a combatir la homosexualidad.

En junio de 1935, el apartado 175 que sólo prohibía las relaciones anales entre hombres, fue modificado para incluir cualquier *actividad delictiva indecente* entre hombres; este término incluía cualquier cosa: besarse, darse la mano, hasta pasar el brazo por encima del hombro de otro hombre y así lo entendieron los tribunales.

Parte de la teoría sostenida por los nazis para perseguir a los homosexuales tenía su antecedente en un libro escrito por Otto Weininger en 1903; entre las cosas que describía en esa publicación, el autor, un homosexual judío que se suicidó poco después de publicar su libro, sostenía que los hombres que tenían demasiadas cualidades del sexo opuesto eran peligrosos para la sociedad y que los homosexuales corrompían a la sociedad.

Por otra parte, desarrollaron una falsa teoría, cual es que los romanos habían fomentado la homosexualidad entre los griegos a fin de conquistarlos. La característica fundamental de este período nazi fue la obsesión por la perfección de la raza, lo cual los impulsó exterminar a todo aquel grupo o individuo que –según su criterio– atentara contra la raza aria y, en consecuencia, se tornó moralmente aceptable el exterminio de aquellos a quienes ellos denominaron inferior, anormal o degenerado. Entre estos grupos marginales fueron incluidos los judíos, gitanos, retrasados mentales, grupos eslavos y por supuesto los homosexuales.

Heinrich Himmler fue el hombre que dirigió la guerra nazi contra los homosexuales.

Himmler estaba convencido de la existencia de una organización homosexual y judía, cuyo único fin era destruir Alemania. Según su pensamiento, los homosexuales, quienes se identificaban secretamente entre sí, se irían infiltrando en las bases de la sociedad alemana, hasta conseguir los puestos de poder y luego maquinarian la elección de otros homosexuales, culminando por subyugar a los hombres normales y aniquilar la sociedad.

La homosexualidad femenina no fue tomada en cuenta por los ale-

manes nazis, quienes se encontraban obsesionados por la sexualidad masculina; en efecto, en el apartado 175 del Código Penal no se encuentra mención alguna a la homosexualidad femenina, ni Himmler hizo declaraciones sobre las lesbianas. Existen pocos datos de lesbianas arrestadas y enviadas a campos de concentración durante la década de 1940.

Los nazis reconocían a los homosexuales mediante informes. Las libretas de direcciones, las cartas, postales e incluso un rumor podían facilitar nombres y en consecuencia arrestos. Por otra parte, los mismos arrestados eran torturados para que revelaran la identidad de sus parejas, amigos o conocidos homosexuales.

Los homosexuales enviados a campos de concentración eran identificados a través de un triángulo rosa colocado en la ropa provista, de la misma manera que a los delincuentes se los identificaba con un triángulo verde, rojo para los presos políticos y la estrella de David en color amarillo para los judíos.

En los años '70, el triángulo rosa fue utilizado como símbolo de la homosexualidad por la comunidad *gay*, apareciendo en banderas y pancartas, pero esta vez representando la lucha por la igualdad de los homosexuales.

Resultan asombrosos y espeluznantes los padecimientos que los homosexuales debían pasar en cautiverio; no sólo han debido soportar torturas, también ha logrado saberse que los presos homosexuales fueron sometidos a terribles experimentos médicos. Uno de ellos resultó ser la castración de los hombres, para luego inyectarles testosterona, supuestamente para ver si podían modificar su orientación sexual.

Los registros nazis muestran que entre 1931 y 1944 unos cincuenta mil hombres fueron condenados por ofensas al apartado 175 del Código Penal, pero en rigor de verdad, así como hasta después de la guerra no se sabía que la persecución a homosexuales había sido parte de la monstruosidad del holocausto, son incalculables y no conocidas la real cantidad de víctimas homosexuales que se cobró aquél.

Cabe consignar también, con el fin de comprender la ardua persecución y discriminación que sufrió la comunidad homosexual, que las

víctimas homosexuales del holocausto no tuvieron derecho a la compensación económica que recibieron las demás víctimas.

Si bien el movimiento de liberación homosexual alemana fue aniquilado por los acontecimientos que se suscitaron a mediados del siglo XX, éste había diseminado sus semillas para su renacimiento en Estados Unidos de América.

En el año 1999 se realizó la primera conmemoración oficial en el antiguo campo de concentración de Sachsenhausen, en la cual se recordó oficialmente los miles de *gays* que fueron perseguidos durante la Segunda Guerra Mundial⁴².

B) *La homosexualidad en el régimen stalinista*

Durante la época stalinista, la homosexualidad era considerada como “producto de la decadencia burguesa”, de “perversión fascista”; por tal motivo, los homosexuales fueron objeto de persecuciones en nombre de la “pureza del proletariado”. A las prohibiciones para publicar obras que hablaran sin animadversión de la homosexualidad, le siguieron redadas y deportaciones de homosexuales, culminando en marzo de 1934 con una ley que hizo sancionar el mismo Stalin, castigando con “cinco años de prisión los actos homosexuales cometidos entre adultos que dan su consentimiento”⁴³.

C) *La homosexualidad en el régimen franquista*

En el régimen de Franco la homosexualidad no era considerada un delito pero sí un acto peligroso, por lo que fue castigada indirectamente al incluírsela en la Ley de Vagos y Maleantes, obra de Jiménez de Asúa. Esta ley no tipificaba delitos o faltas sino conductas peligrosas y por lo tanto no imponía penas, sino medidas de seguridad. En ella se consideró a los homosexuales (juntamente con los rufianes, proxenetes y mendigos profesionales) sujetos sometidos a la vigilancia de los delegados; tenían obligación de declarar su domicilio y eran internados en establecimientos de trabajo con el objeto de curarlos, rehabilitarlos o regenerarlos.

⁴² Del informe del ILGA para 1999, obtenido en www.ilga.org.

⁴³ FERNÁNDEZ, D., *El rapto de Ganimedes*, Tecnos, Madrid, 1992, citado por PÉREZ CÁNOVAS, ob. cit., p. 15.

Concretamente decía el artículo 6, número 20, de la Ley de Vagos y Maleantes:

A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendacidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) internación en un establecimiento de trabajo o Colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a estas medidas de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales y en todo caso con absoluta separación de los demás; b) prohibición de residir en determinado territorio y obligación de declarar su domicilio; c) sumisión a la vigilancia de los delegados.

Además de estar sometidos a la Ley de Vagos y Maleantes, la homosexualidad era considerada una conducta que encajaba dentro del delito de escándalo público, razón por la cual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue sancionada por encuadrar en el artículo 431 del Código Penal que concretamente decía: “El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en la pena de arresto mayor, multa de cinco mil a veinte mil pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de 21 años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo”.

En la época franquista la homosexualidad era considerada como algo totalmente peyorativo, a tal punto que si alguien mataba a otro por haberlo llamado maricón se estimaba que había obrado en legítima defensa, porque se lo había tratado con el epíteto que más puede denigrar la dignidad del varón, desde que se está poniendo en entredicho la honra y crédito a la masculinidad⁴⁴.

6. *La homosexualidad como enfermedad*

Posteriormente se abandona la noción de homosexualidad como pecado, o mejor dicho, a medida que pierde influencia la moral religiosa en la moral social se comienza a concebir la homosexualidad como una enfermedad.

⁴⁴ Sentencia del TS español del 26-1-57, citada por PÉREZ CÁNOVAS, ob. cit., p. 24.

Desde la mitad del siglo XIX hasta el año 1974 la homosexualidad fue considerada una enfermedad mental.

En Estados Unidos de América, la Asociación de Psiquiatras Americanos incluyó a la homosexualidad en la primera calificación de enfermedades mentales realizadas en 1952 y la mantuvo hasta 1974, considerando que “el homosexual tiene una desviación sexual vinculada con una alteración psicopática de la personalidad”. En 1974, la Asociación Americana de Psiquiatría sometió a un referéndum democrático la clasificación de la homosexualidad como enfermedad y el 58% de los psiquiatras determinó que no era una enfermedad⁴⁵.

La Organización Mundial de la Salud realiza una clasificación internacional de enfermedades que se conoce con las siglas CIE o ICD. Hasta el año 1992, fecha en la que rige la CIE-9, la homosexualidad estuvo incluida en esta clasificación, porque se la juzgaba como una “inclinación o comportamiento sexual anormal”.

A partir de la CIE-10, la homosexualidad en sí no es considerada un trastorno mental, dado que ninguna “desviación conductal, ya sea política, religiosa o sexual, ni los conflictos entre individuos y la sociedad son trastornos mentales”.

Es cierto que cuando la homosexualidad o excitación homosexual no es aceptada por el sujeto puede producir una enfermedad mental conocida como perturbación “egosistónica”, pero la homosexualidad en sí no es una enfermedad⁴⁶.

“El hecho constatado de que el porcentaje de neurosis y suicidios sea especialmente alto entre homosexuales no significa que la homosexualidad sea una conducta neurotizante, y menos aún intrínsecamente neurótica. Lo que obviamente resulta neurotizante para el homosexual es el rechazo y la eventual persecución de que es objeto por parte de la sociedad. El estigma asociado a la definición de homosexualidad es tan fuerte en nuestra sociedad que ha obligado al homosexual a buscar mecanismos de defensa para poder evadir

⁴⁵ Llama la atención que se defina por votación si una conducta constituye o no una enfermedad. La determinación de que no era una enfermedad llevó a decir que fue la curación más milagrosa para miles de personas.

⁴⁶ PÉREZ CÁNOVAS, ob. cit., p. 48.

los controles sociales. El miedo a ser calificado como homosexual y por tanto a perder su trabajo, la posición social, etcétera, ha obligado a muchos homosexuales a buscar mecanismos para ocultar o negar su identidad sexual (en España sólo un 10% de los homosexuales se atreve a decirlo). La forma más común de hacer frente a este rechazo social es pasar por heterosexual, lo que obliga a los homosexuales a vivir una doble vida para ocultar su realidad sexual, y esto potencialmente es una fuente de problemas psicológicos y emocionales⁴⁷.

En definitiva, la comunidad científica afirma que la homosexualidad no debe ser considerada como enfermedad, y aun cuando fuera una enfermedad, las enfermedades en Derecho son causa de incapacidad y no de discriminación. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci ironiza que afortunadamente, hasta ahora, al legislador no se le ha ocurrido enumerar a los homosexuales entre los incapaces que necesitan protección⁴⁸.

No obstante, en los Estados Unidos de América, la doctora Laura Schelessinger, de 53 años, ha iniciado una campaña mediática contra los homosexuales afirmando que los *gays* son enfermos, que son un error biológico y recomienda terapias de cura⁴⁹.

7. La homosexualidad y la doctrina actual de la Iglesia Católica

Habíamos señalado que en sus orígenes y en toda la Edad Media la Iglesia Católica consideró a la homosexualidad como pecado y que la Inquisición la castigó hasta con la muerte.

Actualmente, la situación ha variado fundamentalmente: en el nuevo Código Canónico, que rige a partir de 1983, se suprimen las menciones de la homosexualidad contenidas en el Código de 1917, relativas a los seglares condenados por delitos de sodomía (que eran considerados ipso facto infames además de otras penas) y a los clérigos que eran suspendidos, y en casos graves, depuestos⁵⁰.

⁴⁷ Ídem nota anterior, p. 37.

⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Derecho y homosexualidad...* cit., p. 192.

⁴⁹ *Newsweek*, 20 march 2000.

⁵⁰ PÉREZ CÁNOVAS, ob. cit., p. 46.

Vemos cómo la posición de la Iglesia Católica ha avanzado en estos años, puesto que de la condena a muerte ha pasado a deplorar con firmeza las expresiones de malevolencia y las acciones violentas contra los homosexuales, a suprimir las referencias expresas en el Código Canónico, y a no considerar la tendencia homosexual como pecado.

En la actualidad, la Iglesia Católica no aprueba los comportamientos homosexuales, a los que considera “intrínsecamente desordenados”, y entiende que esta tendencia debe ser sublimada con la castidad; pero en la Pastoral exhorta a los fieles a brindar a los *homosexuales* *respeto* y *delicadeza* y *condena* cualquier tipo de *discriminación* injusta⁵¹.

El Catecismo Universal de la Iglesia, aprobado por el Papa el 26 de junio de 1992, sigue manteniendo el criterio tradicional de que los actos homosexuales son intrínsecamente malos, pero distingue entre la obligación que tienen los homosexuales de ser castos y el respeto y la delicadeza con la que deben ser tratados por los cristianos, a quienes pide que no los conviertan en “objeto de discriminación”⁵².

En el Angelus del domingo 22 de febrero de 1994, en ocasión de que el Parlamento europeo reunido en Estrasburgo aprobara la “Resolución para la igualdad de derechos para los homosexuales en la comunidad”, el Papa se pronunció en su contra; señaló que, con esa resolución, se pide legitimar un desorden moral e indica que el Parlamento ha conferido indebidamente un valor institucional a comportamientos no conformes con el plan de Dios: “Es una debilidad –nosotros lo sabemos– pero haciendo esto, el Parlamento ha secundado la debilidad del hombre”⁵³.

En el año 1999, Jennifer Wilson y Jordi Petit, secretarios generales

⁵¹ La posición de la Iglesia Católica fue dada a conocer en *El cuidado pastoral de las personas homosexuales*, Carta de la Congregación de los Obispos de la Iglesia Católica del 1-1-86, Derechos Sociales de las Personas Homosexuales del 23-7-92, citado por SALTER CID, *Direitos humanos e familia...* cit., p. 199.

⁵² PÉREZ CÁNOVAS, ob. cit., p. 46.

⁵³ FERRARI DA PASSANO, Paolo, *Homosexualidad y Derecho*, en E. D. 163-1009.

de la ILGA, solicitaron al Vaticano una disculpa por la persecución de los homosexuales en el período de la Inquisición, disculpa que no fue formulada⁵⁴.

8. *El informe Kinsey*⁵⁵

Alfred Kinsey, quien vivió entre los años 1894 y 1956, biólogo y educador, se licenció en la Universidad de Harvard en taxonomía, el estudio de los sistemas de clasificación de las plantas y los animales.

En 1938 la Universidad de Indiana le solicitó que coordinara una "facultad interdisciplinaria que impartiera un curso sobre relaciones maritales"⁵⁶; a raíz de ello, los alumnos comenzaron a buscar a Kinsey para que los aconsejara en cuestiones sexuales; al no encontrar todas las respuestas, buscó en la bibliografía científica; al asombrarse de lo poco que se había estudiado sobre la temática sexual, decidió realizar una investigación por sí mismo.

Kinsey comenzó el estudio de la sexualidad humana recopilando y escribiendo los relatos de los estudiantes que acudían a él para plantearle sus problemas.

Progresivamente fue creciendo en forma desmesurada la recopilación de datos, tanto así que Kinsey ideó un plan para recopilar datos de cien mil personas de diferente procedencia educativa, religiosa, ética y socioeconómica con el fin de publicar un estudio sobre la conducta sexual masculina.

Estos datos se recopilaban mediante entrevistas a los sujetos que duraban de noventa minutos a dos horas, en las que se les hacía de trescientas cincuenta a quinientas preguntas en función del nivel de experiencia del sujeto. Las personas entrevistadas eran de las características más diversas: universitarios, clérigos, presidiarios, pacientes psiquiátricos, entre muchos otros. Kinsey se dedicó a viajar por el

⁵⁴ Informe general de ILGA para el año 1999.

⁵⁵ En este tema vamos a seguir lo expuesto por MONDIMORE, *Una historia natural de la homosexualidad...* cit., Cap. 6, ps. 105 a 129. Las conclusiones del informe Kinsey son normalmente citadas por todos los autores que se ocupan del tema.

⁵⁶ MONDIMORE, ob. cit., p. 106.

país y solicitaba a amigos, alumnos y colegas que contaran su historia. Así logró penetrar en la comunidad homosexual.

Finalmente, después de diez años de recopilar relatos y analizarlos, salió a la luz su primera publicación llamada *La conducta sexual en el hombre*.

Varias de las estadísticas que arrojó la obra de Kinsey dejaron sorprendidos a expertos y gente común, pero los datos más llamativos fueron los recogidos sobre relaciones homosexuales: el 37% de los hombres entrevistados informó que había tenido por lo menos una relación homosexual con orgasmo en su vida; la tasa ascendía al 50% en los hombres solteros hasta la edad de 35 años. El 10% de los hombres era más o menos exclusivamente homosexual, durante por lo menos tres años entre los 16 y los 55 años de edad.

Entre las conclusiones extraídas se destaca el hecho de que Kinsey consideró imposible intentar identificar a los individuos como homosexuales o heterosexuales. Había muchas personas homosexuales que no habían tenido relaciones heterosexuales y asimismo, muchas heterosexuales que no habían conocido una relación homosexual, pero lo curioso era la gran cantidad de personas que habían tenido experiencias eróticas con ambos sexos.

Con el propósito de analizar los datos, Kinsey ideó una escala que aún sigue siendo un instrumento de investigación esencial para los investigadores sexuales modernos. Se la llamó "escala de Kinsey"; la misma calificaba a los individuos de 0 a 6 según su proporción de actividad homosexual y heterosexual, comprendidos el contacto físico y las reacciones psicológicas experimentadas. Los individuos clasificados con "0" eran exclusivamente heterosexuales sin experiencias homosexuales, los "1" eran predominantemente heterosexuales con alguna experiencia homosexual ocasional, y así hasta llegar a "6", que eran los exclusivamente homosexuales.

La principal consecuencia extraída de los datos consistía en que como la homosexualidad era muy frecuente en la población normal, parecía improbable que el erotismo homosexual fuera patológico, tal como se lo había asumido.

Otra consecuencia más general era que no existía "el" tipo de per-

sona homosexual. Según Kinsey, la homosexualidad era algo que uno hacía y no algo que uno era. Consideraba la elección de una pareja homosexual una elección que no procedía de nada inherente al individuo. Desestimó los factores biológicos y hereditarios y puso énfasis en el papel que la cultura y la socialización tienen en el desarrollo de los modelos de expresión homosexual y heterosexual.

La estadística más controvertida contenida en el trabajo de Kinsey es la famosa cifra del "10%". Esta estadística informaba que el 10% de los hombres era "más o menos exclusivamente homosexual durante por lo menos tres años entre los 16 y los 55 años de edad". A menudo se interpreta que el 10% de la población masculina adulta es más o menos exclusivamente homosexual, pero no es esto lo que muestran los datos de Kinsey, por cuanto él midió las conductas sexuales y no clasificó a las personas como criaturas sexuales de un tipo particular. En otros términos, Kinsey no concebía que la heterosexualidad-homosexualidad fuera una forma de clasificar a las personas; lo que se calificaban eran las conductas.

La conclusión más importante de su trabajo consiste en interpretar que el erotismo entre personas del mismo sexo y la conducta homosexual no convierten a la persona en un monstruo, ni en un delincuente.

En 1953, Kinsey publicó el segundo informe de su estudio de la conducta sexual humana, al que llamó *Conducta sexual de la mujer*; como su nombre lo indica, en esta oportunidad su estudio se dirigió –como antes lo había hecho con los hombres– exclusivamente a las mujeres.

En este informe estableció que hacia la edad de 30 años, el 25% de las mujeres reconocía reaccionar eróticamente ante otras mujeres; a la edad de 40 años, el 19% de las mujeres entrevistadas tenía algún contacto físico con otras mujeres. Esta cifra ascendía al 24% si sólo se tomaban en cuenta las mujeres solteras. A la edad de 45 años, el 13% de las mujeres había experimentado relaciones homosexuales con orgasmo.

Kinsey destacó la normalidad de muchas de las lesbianas entrevistadas durante su investigación, recalcando que muchas de ellas eran

personas de buena posición económica y social en la comunidad, siendo incluso importantes dentro de la sociedad.

En un principio, la comunidad psiquiátrica se mostró adversa a las conclusiones de Kinsey, por cuanto consideraba que éste no informaba sobre la patología de sus sujetos porque no sabía cómo hacerlo, concluyendo que no había psicoanalizado los entrevistados, sino que tan sólo les había preguntado qué habían hecho a nivel sexual.

Casi treinta años más tarde la psiquiatría comenzó a entender lo que Kinsey había querido transmitir con sus informes: que la homosexualidad era algo común en muchos individuos y que no debería considerarse un indicador de trastorno mental grave.

Recientemente —en 1992— se conoció un nuevo informe sobre las prácticas sexuales de los norteamericanos, derivado de un nuevo estudio realizado entre tres mil quinientas personas, el cual reveló que el 7,1% de los hombres y el 3,8% de las mujeres entrevistados mantenían algún tipo de contacto homosexual desde su pubertad. El porcentaje de personas que informaba haber mantenido contactos homosexuales durante los doce meses anteriores a la entrevista decayó al 2,7% en hombres y al 1,3% en las mujeres, lo que se corresponde con los porcentajes de personas que dijeron considerarse a sí mismas homosexuales o bisexuales (2,8% de los hombres y 1,4% de las mujeres)⁵⁷.

En marzo del año 2000, la revista *Newsweek* publicó una estadística que establecía que el 4% del electorado norteamericano entre 1990 y 1998 era *gay*⁵⁸.

9. La homosexualidad y las asociaciones “gay”

Los movimientos bélicos dieron un espacio importante para que la homosexualidad encontrara lugar dentro de la sociedad. Como consecuencia de ellos, muchos jóvenes de ambos sexos fueron separados de su familia y su comunidad, algunos enviados por primera vez a

⁵⁷ TALAVERA FERNÁNDEZ, *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España*, Dickinson, Madrid, 1999, p. 3.

⁵⁸ *Newsweek*, del 20-3-2000, p. 48; hay que tener en cuenta que el voto no es obligatorio en los USA y que el aumento del número de votantes *gay* influye en los resultados de las políticas que adoptan las legislaciones locales.

grandes ciudades. Estos movimientos trajeron consigo que muchos homosexuales se dieran cuenta de que no estaban solos, sino que había otros con sus mismas inclinaciones.

Durante la Segunda Guerra Mundial, las mujeres lesbianas tuvieron la oportunidad de ingresar al cuerpo femenino del ejército, el cual ante la presión de la guerra dejó de lado su dureza habitual frente al homosexualismo.

Por otra parte, no sólo las lesbianas que entraron al ejército tuvieron la posibilidad de encontrar una comunidad para ellas; el hecho de que los hombres se iban a la guerra hizo necesario que las mujeres los sustituyeran en las fábricas; comenzó así a considerarse aceptable que una mujer decidiera no casarse, e incluso que se fuera de su casa.

El fin de la guerra trajo consigo grandes cambios sociales; mientras muchos individuos volvían a sus lugares de origen, gran cantidad de *gays* y lesbianas se habían unido en grupos de amigos en iguales condiciones y habían decidido no regresar; con el fin de formar una comunidad donde se sintieran amparados, comenzaron a formar en las principales ciudades reducidas organizaciones homosexuales, como la Asociación Benévola de Veteranos en Nueva York.

La institución de mayor importancia fue el “bar *gay*”.

Este tipo de bares constituía un lugar abierto al público donde los homosexuales podían encontrarse y relacionarse abiertamente con otros de su misma condición sin necesidad de disimular su homosexualidad. El bar *gay* de toda ciudad era el lugar seguro para tener acceso a la comunidad homosexual.

No obstante, la legislación contra la conducta homosexual se aplicaba frecuentemente en forma de redadas policiales en los bares *gays*, aunque en general estos bares pertenecían a gánsteres, que pagaban a la policía y funcionarios para poder mantenerlos abiertos. Los esfuerzos policiales por suprimir la homosexualidad no hicieron más que estimularla; tal fue el caso de la “Sociedad Matachín”, que fue la primera organización de liberación homosexual.

Esta organización fundada por Dale Jennings y otros hombres, bajo la dirección de Harry Hay, fue la primera sociedad secreta en defensa de los derechos homosexuales.

El grupo adoptó el nombre de los bufones de la corte del Renacimiento, denominados *matachines*, que los creadores de la sociedad suponían homosexuales. Los *matachines* se consideraban un grupo minoritario dominado por la mayoría y rechazaban la visión social de sí mismos como seres depravados.

Los *matachines* educaron a otros homosexuales acerca de sus convicciones, entre las que se encontraban afirmar la validez de la identidad homosexual, terminar con la opresión psicológica que significaba ocultar su verdadera sexualidad. Los *matachines* fueron los primeros en hablar del “orgullo *gay*”.

Uno de sus fundadores –Jennings– había sido acusado y arrestado en el año 1952 por conducta obscena y disoluta, después de que un policía lo forzara a invitarlo a su casa.

Mediante la intervención de la Sociedad Matachín, Jennings consiguió que un abogado aportara el argumento de que si bien él era homosexual, no había tenido relaciones con aquel oficial y que la homosexualidad no era un delito. Como consecuencia de ello, en el juicio se retiraron los cargos.

Este episodio sacó a la luz la organización, quien vio duplicadas sus afiliaciones mes a mes.

El término *homófilo* se empleó en las publicaciones de la Sociedad Matachín, como alternativa al término *homosexual* para destacar la atracción y el amor homoerótico (del latín *filos*, “amor por”) en lugar del sexo. El movimiento homófilo siguió creciendo, cimentado por las publicaciones y las formaciones de otras organizaciones que contribuían a que se expandiera. Entre ellas fue muy conocida la denominada Las Hijas de Bilitis (creada en 1953 por cuatro parejas de lesbianas), que si bien surgió como una alternativa femenina a los bares *gays* fue creciendo con el tiempo y empezó a publicar un boletín llamado *The Ladder* (*La escalera*).

Por su parte, la Sociedad Matachín publicó la revista *One* y posteriormente creó One SA, el único grupo que representaba de manera significativa a ambos sexos.

No obstante el crecimiento de estos grupos, éstos no supieron conseguir la condición de organización nacional y no dejaron de ser un

grupo local de activistas. La Sociedad Matachín, Las Hijas de Bilitis y One SA sufrían crisis de intereses entre sus dirigentes, permanecían en conflicto con respecto a sus tácticas; todo ello provocaba la indignación y la partida de sus afiliados y generó una paralización del movimiento durante años.

Sin embargo, aun cuando no se hubieran cumplido todos los objetivos, las organizaciones homófilas sentaron las bases para la siguiente etapa del movimiento de liberación homosexual.

El logro mayor de estas organizaciones fue hacer visible la imagen de los *gays* en la cultura norteamericana. Las publicaciones, los juicios, las conferencias de prensa y las manifestaciones crearon fuertes lazos solidarios entre los homosexuales, que con el transcurrir del tiempo verían por fin los resultados de tantos años de lucha y dolor.

Si bien el origen de las organizaciones homosexuales puede remontarse a principio del siglo XX lo cierto es que históricamente se fija como fecha de su origen el 28 de junio de 1969 en Nueva York, día en que comenzó el motín de "Stonewall". Stonewall era un bar de homosexuales de Greenwich Village donde se efectuó el 28 de junio de 1969 un operativo policial; por primera vez los homosexuales reaccionaron en forma violenta y se produjo un enfrentamiento que duró hasta el día 30.

A partir de allí, los homosexuales de todo el mundo se unen en asociaciones que buscan fundamentalmente luchar contra la discriminación.

Los homosexuales no sólo se encuentran unidos en asociaciones, sino que conforman una federación que se originó en el año 1978 en Coventry, Inglaterra, con la creación de la ILGA (International Lesbian and Gay Association), creada por trece organizaciones de homosexuales que buscaban coordinar esfuerzos. Esta organización se transformó en una verdadera federación que catorce años después agrupaba a cuatrocientas diez asociaciones en más de sesenta países⁵⁹.

El fin principal de la ILGA es trabajar para liberar a los homosexuales de cualquier discriminación legal, social, cultural y económica. Además produce un informe anual sobre la situación mundial de los

⁵⁹ SALTER CID, ob cit., p. 212.

homosexuales que refleja la evolución legislativa de la cuestión homosexual.

La creación de estas organizaciones ha sido importantísima para la reivindicación de los derechos de los homosexuales, que individualmente, siendo perseguidos y discriminados, nunca hubieran logrado revertir su posición social ni su status jurídico. La doctrina que ha abordado el tema concuerda en que la "presión gay en las instancias europeas ha sido fructífera"⁶⁰, y se le atribuye a sus esfuerzos el dictado de: la recomendación 924 y la resolución 756 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre discriminación contra los homosexuales, ambas del 1º de octubre de 1981⁶¹; la resolución del Parlamento de Europa sobre Discriminación Sexual en el Trabajo del 13 de marzo de 1984⁶²; la resolución del Parlamento de Europa sobre Respeto de los Derechos del Hombre en la Comunidad Europea del 11 de marzo de 1993⁶³, y la resolución del Parlamento de Europa sobre Igualdad de los Hombres y Mujeres Homosexuales en la Comunidad Europea del 8 de febrero de 1994⁶⁴.

Otra organización internacional es IGLHRC (International Gay and Lesbian Human Rights Commission); tiene como fin proteger y hacer avanzar los derechos humanos de todas las personas y comunidades sujetas a discriminación o abuso por su orientación sexual, identidad de género o status frente al VIH.

La IGLHRC es una organización sin fines de lucro, no gubernamental (ONG) y con sede en los Estados Unidos de América, que responde a las mencionadas violaciones a los derechos humanos que suceden en todo el mundo mediante la documentación, la búsqueda de reformas legales, la formación de coaliciones, la educación del público y la asistencia técnica.

El compromiso de esta organización fundamental es defender en

⁶⁰ Ídem nota anterior.

⁶¹ Esta recomendación traduce una invitación a la Organización Mundial de la Salud (OMS) para suprimir la homosexualidad de su Clasificación Internacional de Enfermedades. Ello fue aceptado en 1991 con efectos a partir del 1-1-93.

⁶² Publicada en "JO", C 104 del 16-4-84, ps. 46 y ss.

⁶³ Publicada en "JO", C 115 del 26-4-93, p. 178, puntos 4 a 33.

⁶⁴ Publicada en "JO", C 61 del 28-2-94.

todo el mundo el derecho de las personas a definir su propia sexualidad y su identidad de género y apoyar los esfuerzos de individuos y grupos por organizarse y construir sociedades libres de la homofobia.

En nuestro país, la asociación que nuclea a los homosexuales se denomina Comunidad Homosexual Argentina (CHA). El otorgamiento de la personería jurídica le fue negado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, en el año 1990⁶⁵, en resolución que fuera confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en noviembre de 1991, en fallo dividido⁶⁶; pero posteriormente le fue otorgada por la Inspección General de Personas Jurídicas.

10. *La homosexualidad en la legislación actual*

Como hemos adelantado, el Derecho de nuestros días ha cambiado radicalmente su postura frente a la homosexualidad; mientras que hasta mediados del siglo XX se la consideraba un delito, se la penalizaba y a sus miembros se los enviaba a campos de concentración, en la actualidad se la ha despenalizado⁶⁷; se trata de evitar la discriminación en razón de la preferencia sexual; las relaciones homosexuales son tenidas en consideración para obtener derechos en diversas áreas y se legisla expresamente sobre las uniones homosexuales.

Consideramos ejemplificativo reproducir un cuadro del estado legal de la homosexualidad en el mundo en 1998 y 1999, en el cual se clasifican los países según tengan leyes penales que condenen o no la homosexualidad⁶⁸.

⁶⁵ L. L. 1990-E-136.

⁶⁶ CSJN, "Comunidad Homosexual Argentina", L. L. 1991-E 680; E. D. 146-229, y J. A. 1992-I-226, con nota de MORELLO, Augusto Mario, *La homosexualidad frente a la Constitución*, y LOÑ, Félix Roberto, *Consideraciones sobre el rechazo de la personalidad jurídica a la Comunidad Homosexual Argentina*.

⁶⁷ Entre las principales legislaciones, cabe citar que dejó de considerarse delito a la homosexualidad entre adultos en Suecia (1930), Gran Bretaña (1967), República Federal Alemana (1969), Finlandia (1970), Austria, Francia y Noruega (las tres en 1971). Irlanda del Norte quedó excluida del campo de aplicación de la Sexual Offenses Act de 1967.

⁶⁸ Informe anual ILGA '99, www.ilga.org.

(PC): Países en los que los actos homosexuales se castigan con la pena de muerte.

(PC+): Países en los que se sabe que se ha ejecutado a homosexuales en los últimos 10 años.

(-): Países en los que existe una importante discriminación en las leyes criminales, pero que no llegan a la ilegalidad absoluta.

ÁFRICA		
País	Lesbianas	Gays
Argelia	Ilegal	Ilegal
Angola	Ilegal	Ilegal
Benín	Ilegal	Ilegal
Botswana	No se menciona	Ilegal
Burkina Faso	Legal	Legal
Burundi	Ilegal	Ilegal
Camerún	Ilegal	Ilegal
Cabo Verde	Ilegal	Ilegal
República Centroafricana	Legal	Legal
Chad	Legal	Legal
Comoros	Legal	Legal
Congo	Legal	Legal
República Democrática del Congo (antes llamado Zaire)	No queda claro	No queda claro
Djibouti	Ilegal	Ilegal
Egipto	No se menciona	No se menciona
Guinea Ecuatorial	No disponible	No disponible
Etiopía	Ilegal	Ilegal
Eritrea	Legal	Legal

País	Lesbianas	Gays
Gabón	Legal	Legal
Gambia	No disponible	No disponible
Ghana	No se menciona	Ilegal
Guinea	No disponible	No disponible
Guinea Bissau	No disponible	No disponible
Costa de Marfil	No se menciona	No se menciona
Kenia	No se menciona	Ilegal
Lesotho	No se menciona	No se menciona
Liberia	Ilegal	Ilegal
Libia	Ilegal	Ilegal
Madagascar	No se menciona	No se menciona
Malawi	Ilegal	Ilegal
Mali	Ilegal	Ilegal
Mauritania	Ilegal (PC)	Ilegal (PC)
Isla Mauricio	Ilegal	Ilegal
Marruecos	Ilegal	Ilegal
Mozambique	No se menciona	Ilegal
Namibia	Posición incierta	Posición incierta
Níger	No disponible	No disponible
Nigeria	No se menciona	Ilegal
Reunión	Legal	Legal
Ruanda	No se menciona	No se menciona
Sto. Tomé y Príncipe	Legal	Legal
Senegal	Ilegal	Ilegal
Islas Seychelles	No se menciona	No se menciona

País	Lesbianas	Gays
Sierra Leona	No se menciona	No se menciona
Somalia	No se menciona	No se menciona
Sudáfrica	Legal	Legal
Sudán	Ilegal (PC)	Ilegal (PC)
Swazilandia	Ilegal	Ilegal
Tanzania	No se menciona	Ilegal
Togo	Ilegal	Ilegal
Túnez	Ilegal	Ilegal
Uganda	No se menciona	Ilegal
Zambia	No se menciona	Ilegal
Zimbabwe	No se menciona	Ilegal

CONTINENTE AMERICANO

País	Lesbianas	Gays
Antigua y Barbuda	No se menciona	Ilegal
Argentina	Legal	Legal
Aruba	Legal	Legal
Bahamas	Ilegal	Ilegal
Barbados	Ilegal	Ilegal
Belice	Legal	Legal
Bermuda	No se menciona	Ilegal
Bolivia	No se menciona	No se menciona
Brasil	No se menciona	No se menciona
Canadá	Legal	Legal
Islas Caimán	No se menciona	Ilegal

País	Lesbianas	Gays
Chile	No se menciona	Ilegal
Colombia	No se menciona	No se menciona
Costa Rica	Legal	Legal
Cuba	Legal (-)	Legal (-)
República Dominicana	Legal	Legal
Ecuador	Legal	Legal
El Salvador	No se menciona	No se menciona
Guayana Francesa	Legal	Legal
Groenlandia	Legal	Legal
Granada	Ilegal	Ilegal
Guadalupe	Legal	Legal
Guatemala	No se menciona	No se menciona
Guayana	No se menciona	Ilegal
Haití	No se menciona	No se menciona
Honduras	Legal	Legal
Jamaica	No se menciona	Ilegal
Martinica	Legal	Legal
México	No se menciona	No se menciona
Antillas Holandesas	Legal	Legal
Nicaragua	Ilegal	Ilegal
Panamá	No se menciona	No se menciona
Paraguay	No se menciona	No se menciona
Perú	Legal	Legal
Puerto Rico	Ilegal	Ilegal
Saint Kitts y Nevis	No disponible	No disponible

País	Lesbianas	Gays
Santa Lucía	Ilegal	Ilegal
Surinam	Legal	Legal
Trinidad y Tobago	Ilegal	Ilegal
Islas Turks y Caicos	No se menciona	Ilegal
Estados Unidos	Ver relación	ver relación
Uruguay	No se menciona	No se menciona
Venezuela	Legal	Legal

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

	Lesbianas	Gays
<i>Legal por Estados</i>	Maine, Nueva Hampshire, Vermont, Connecticut, Nueva York (decisión del tribunal estatal), Nueva Jersey, Pennsylvania (decisión del tribunal estatal), Virginia del Oeste, Ohio, Indiana, Illinois (el primero en 1961), Wisconsin, Iowa, Dakota del Norte, Nebraska, Colorado, Nuevo Méjico, Wyoming, Washington, Oregon, California, Alaska y Hawai	Maine, Nueva Hampshire, Vermont, Connecticut, Nueva York (decisión del tribunal estatal), Nueva Jersey, Pennsylvania (decisión del tribunal estatal), Virginia del Oeste, Ohio, Indiana, Illinois (el primero en 1961), Wisconsin, Iowa, Dakota del Norte, Nebraska, Colorado, Nuevo Méjico, Wyoming, Washington, Oregon, California, Alaska y Hawai
<i>El sexo homosexual anal y oral es ilegal, por Estados</i>	Massachusetts, Maryland, Distrito de Columbia, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Georgia, Florida, Kentucky, Tennessee, Alabama, Mississippi, Louisiana, Missouri, Michigan, Minnesota, Idaho, Utah y Arizona	Massachusetts, Maryland, Distrito de Columbia, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Georgia, Florida, Kentucky, Tennessee, Alabama, Mississippi, Louisiana, Missouri, Michigan, Minnesota, Idaho, Utah y Arizona

	Lesbianas	Gays
<i>El sexo anal y oral es ilegal tanto para homo como heterosexuales, por Estados</i>	Arkansas, Kansas, Oklahoma (en 1986 el más alto tribunal criminal decidió que la aplicación de esta norma al sexo heterosexual era inconstitucional), Tejas, Montana y Nevada	Arkansas, Kansas, Oklahoma (en 1986 el más alto tribunal criminal decidió que la aplicación de esta norma al sexo heterosexual era inconstitucional), Tejas, Montana y Nevada

EUROPA		
País	Lesbianas	Gays
Albania	Legal	Legal
Andorra	Legal	Legal
Armenia	No se menciona	Ilegal
Austria	Legal	Legal
Azerbaiyán	No se menciona	Ilegal
Bielorrusia	No se menciona	Legal
Bélgica	Legal	Legal
Bosnia-Herzegovina	No se menciona	Ilegal
Bulgaria	Legal (-)	Legal (-)
Chechenia	Ilegal (PC)	Ilegal (PC)
Croacia	Legal	Legal
Chipre	Legal (-)	Legal (-)
República Checa	Legal	Legal
Dinamarca	Legal	Legal
Estonia	Legal	Legal
Islas Feroe	Legal	Legal
Finlandia	Legal	Legal

País	Lesbianas	Gays
Francia	Legal	Legal
Georgia	No se menciona	Ilegal
Alemania	Legal	Legal
Grecia	Legal	Legal
Hungría	Legal	Legal
Islandia	Legal	Legal
Irlanda	No se menciona	Legal
Italia	Legal	Legal
Letonia	No se menciona	Legal
Liechtenstein	Legal (-)	Legal (-)
Lituania	Legal	Legal
Luxemburgo	Legal	Legal
Macedonia	No se menciona	Ilegal
Malta	Legal	Legal
Moldavia	No se menciona	Legal
Mónaco	Legal	Legal
Montenegro	Legal	Legal
Noruega	Legal	Legal
Polonia	Legal	Legal
Portugal	Legal	Legal
Rumania	Legal (-)	Legal (-)
Rusia	No se menciona	Legal
San Marino	No se menciona	Legal
Serbia	Legal	Legal
Eslovaquia	Legal	Legal

País	Lesbianas	Gays
Eslovenia	Legal	Legal
España	Legal	Legal
Srpska Republic	No se menciona	Ilegal
Suecia	Legal	Legal
Suiza	Legal	Legal
Holanda	Legal	Legal
Turquía	Legal	Legal
Ucrania	Legal	Legal
Reino Unido	No se menciona	Legal (-)
Vaticano	No se menciona	No se menciona

11. *La no discriminación por la orientación sexual en la legislación positiva actual*

El aspecto sobre el que existe mayor consenso internacional en los Estados occidentales es en el relativo a la no discriminación en razón de la orientación sexual.

El reconocimiento de que no se puede discriminar por la orientación sexual se asienta sobre los principios de libertad, autodeterminación y de respeto a la vida privada. Entre los países que contienen normas expresas sobre la protección de la orientación sexual, anteriores a 1999⁶⁹, nos encontramos con algunos de naturaleza constitucional y otros de rango legal, a saber:

Protección constitucional:

- La Constitución de Ecuador, reformada en 1998, prohíbe expresamente la discriminación en razón de la orientación sexual⁷⁰.

⁶⁹ Las siguientes citas de normas han sido tomadas de WARDLE, *Same sex marriage and the limits of legal pluralism* cit., p. 389, y del Informe General de ILGA para el año 1999, publicado en www.ilga.org.

⁷⁰ “La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y go-

- Nueva Zelanda: el Acta de Derechos Humanos prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual y se aplica al empleo, la educación, acceso a los lugares públicos, provisión de bienes y servicios, y acceso a lugares de hospedaje.
- República de Fiji: en la Constitución de República de Fiji se prohíbe la discriminación por orientación sexual.
- En la Constitución de Sudáfrica se prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual.
- Suiza: se aprobó una nueva Constitución el 18 de abril de 1999, que prohíbe la discriminación por la forma de vida. Los *gays* presionaron por la utilización de “orientación sexual”, pero se tuvieron que conformar con “forma de vida”.

Protección legal:

- Dinamarca: el Código Penal sanciona la discriminación en razón de la orientación sexual.
- Finlandia: el Código Penal de 1995 penaliza la discriminación en razón de la orientación sexual; en la Constitución se prohíbe la discriminación en razón de la “característica de un individuo”; el gobierno entiende que esta expresión incluye la orientación sexual.
- Francia: el Código Penal y el Laboral prohíben la discriminación en razón de la orientación sexual.
- Holanda: la Constitución y el Código Penal prohíben la discriminación por la orientación sexual.
- Noruega: prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual.
- Eslovenia: el Código Penal de 1995 penaliza a quien deniegue a otro un derecho humano o libertad fundamental incluyendo la orientación sexual.
- España: la reforma del Código Penal español de 1995 reconoce el derecho a una orientación sexual como una libertad funda-

zarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole” (Constitución de Ecuador, 1998, art. 23, inc. 3).

mental y en razón de ello prohíbe la discriminación por la orientación sexual de las personas y pena la violencia contra los homosexuales y las organizaciones homosexuales.

- Alemania: la ley del 14 de noviembre de 1991, que entró en vigor el 1º de febrero de 1992, se refiere a la no discriminación por orientación homosexual o heterosexual⁷¹.
- Brasil: existen leyes estatales que prohíben la discriminación en razón de la orientación sexual, y se pretendió incluirla en la reforma constitucional de 1987 pero no se obtuvo la mayoría necesaria (429 votos en contra y 127 votos a favor).
- Eslovenia: el artículo 6 de la Ley de Relaciones Laborales prohíbe la discriminación en razón de la orientación sexual en el trabajo.
- Costa Rica: cuenta con una ley que penaliza la discriminación de gays y lesbianas.
- Suecia: el parlamento de Suecia votó, el 4 de marzo de 1999, a favor de una nueva legislación contraria a la discriminación en el mercado laboral. Una de las leyes prohíbe la discriminación que tiene su origen en la orientación sexual.
- Vermont: el Estado de Vermont prohibió la discriminación por orientación sexual en 1992, por ley 135.

En definitiva, con respecto a la homosexualidad el estándar⁷² moderno es el de no aceptar la discriminación por la orientación sexual. Según Finnis el estándar moderno europeo con referencia a la homosexualidad (seguido por la Corte de Derechos Humanos de Europa y aceptado en general por los países europeos, aun por los que no forman parte de la Unión Europea) establece que: es injusto que A pueda

⁷¹ DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, *Los límites del Derecho*, Granada, Comares, 1996, p. 120.

⁷² El término estándar es muy utilizado en las legislaciones que pertenecen al sistema del *common law*, a esta palabra se le puede conceptualizar como "Stability, general recognition and conformity to established practice. A type, model or combination of elements accepted as correct or perfect" (*Black's Law Dictionary*, 6ª ed., Saint Paul, Minn., p. 1404). Es un criterio, regla, parámetro o patrón generalmente aceptado (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor, *Diccionario Jurídico*, Heliasta, reimp. 1996, t. 1, p. 708).

imponer alguna desventaja a B simplemente porque B tenga una inclinación sexual hacia una persona de su mismo sexo⁷³.

Pero reconocer que los ciudadanos no pueden ser discriminados por el comportamiento sexual privado libremente adoptado no basta para acordarle a las parejas homosexuales el mismo status jurídico que a las parejas casadas, tema éste que vamos a desarrollar ampliamente en el Capítulo IV, punto 3.

12. *La razón fundamental por la cual las conductas homosexuales privadas de personas adultas no pueden ser prohibidas ni castigadas*

De la evolución histórica realizada y de la legislación comparada se desprende que el motivo último por el cual la conducta homosexual ha sido condenada es que se ha considerado a la homosexualidad como contraria a las leyes morales.

Pensamos que si el fundamento último de la persecución homosexual ha sido el considerar la conducta homosexual inmoral, el tema central es determinar cuál es el grado de exigibilidad jurídica de las normas morales.

En nuestro país ha desarrollado el tema el profesor Massini Correas, quien enseña que:

- "a) La ley humana ha de establecerse para el bien de los hombres, concretamente para su bien común, bien que se adquiere, en su dimensión ética, a través de la práctica de las virtudes morales; ésta es la razón por la cual corresponde que la ley jurídica promueva en los ciudadanos el cumplimiento de los actos propios de esas virtudes;
- "b) No obstante lo anterior, como la ley jurídica sólo se ordena al

⁷³ FINNIS, ob. cit., punto II, quien además aclara que la posición moderna estándar difiere de la posición que ésta sustituyó, que convertía en crimen la sodomía adulta consensuada y actos similares. Por otra parte, Finnis dice que el estándar moderno también le da protección contra actos innecesarios de discriminación privada en el hogar o en el empleo a gente con posiciones políticas impopulares o excéntricas. También expresa este autor que la posición moderna viene acompañada por muchas protecciones legales para personas homosexuales con respecto a asaltos, amenazas, discriminación irrazonable por fuerzas públicas y oficiales, etc.

- bien común político en materia de justicia, no corresponde que la ley ordene los actos que son objeto de todas las virtudes sino únicamente de la justicia, o aun de las otras virtudes pero sólo en cuanto ordenables o rectificables por la justicia;
- "c) conforme lo afirmado en el punto precedente, no es propio de la ley jurídica prohibir y castigar todos los vicios, sino sólo: 1) los más graves; 2) los que perjudican a los demás; 3) aquellos sin cuya prohibición la sociedad humana no podría mantenerse; 4) aquellos cuya prohibición no acarree males mayores, y 5) *todo ello ha de hacerse de modo gradual y progresivo, teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad a la que ha de aplicarse la ley;*
- "d) *de lo anterior se sigue que deben quedar excluidas de la regulación de la ley civil las siguientes conductas:* 1) las que son impuestas o prohibidas por una ley tiránica, que no contiene preceptos verdaderos y sí normas erróneas de moral; 2) *los actos meramente internos, que no pueden ser ordenados por la justicia al bien común político,* y 3) los vicios menores o sin importancia social;
- "e) *la ley humana tiene,* en lo que respecta a la exigibilidad jurídica de ciertos actos morales, un carácter eminentemente supletorio; no se trata de que por la coacción puedan promoverse directamente actos de valor moral, *sino sólo de evitar la propagación de los vicios más graves* a través del mal ejemplo o de prevenir la formación de vicios fuertes y seductores, evitando así la reiteración de los actos viciosos, aun cuando sea por mero temor al castigo, y
- "f) finalmente, es necesario destacar que, en esta sistemática, es legítimo que las leyes civiles prohíban los actos de ciertos vicios que no causan daño directo a otros, siempre que se reúnan las restantes condiciones enumeradas en el punto c, en especial que se trate de vicios graves y *que sus actos trasciendan la mera interioridad del sujeto*"⁷⁴.

El tema de la exigibilidad de las normas morales también es estudiado por Santiago Legarre, quien se pregunta: ¿Cuál es el alcance de

⁷⁴ MASSINI-CORREAS, Carlos, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, 1999, ps. 98/99.

la autoridad estatal respecto de la virtud de los ciudadanos adultos, ya emancipados de la potestad parental? Y concluye siguiendo a Finnis en que la ley humana tiene por finalidad establecer la justicia y la paz en la comunidad a la cual está destinada. Solamente cuando se demuestra que una determinada conducta compromete aquellos valores directa o indirectamente, tiene la autoridad pública título para intervenir. En tanto ello no ocurra, la corrección moral de la vida de las personas queda reservada a ellas mismas, a sus familias y, en términos del artículo 19 de nuestra Carta Magna, a Dios⁷⁵.

Siguiendo estas enseñanzas creemos que la mera preferencia homosexual de personas adultas y libres no puede ser prohibida ni castigada por la ley civil, porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada que no pueden ser ordenados por la justicia al bien común político, y no trascienden de la interioridad de los sujetos.

Por otra parte, pensamos que si la conducta de los sujetos homosexuales perjudica a los demás como en el caso de la corrupción de menores, o incentiva vicios como la prostitución, debe ser reprimida, pero no en cuanto homosexual sino en cuanto corruptora o facilitadora de conductas disvaliosas. Por ello la corrupción de menores o el proxenetismo son sancionables penalmente cualquiera sea el sujeto que los actúe, y la homosexualidad del agente del delito no es una causal de agravación del tipo penal; en otras palabras, el derecho represivo no debe distinguir según el delito sea cometido por homosexuales o heterosexuales, pues éstos también pueden ser agentes de esas conductas⁷⁶.

⁷⁵ LEGARRE, Santiago, *Ensayo de delimitación de las "acciones privadas de los hombres"*, en L. L. 1999-B-1267. Recuerda Legarre que Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* concluye que el Estado tiene autoridad coercitiva sobre toda la vida de los ciudadanos adultos para que ellos se enderecen al "obrar bueno". Y explica que generalmente se ha sostenido que Santo Tomás de Aquino siguió a Aristóteles en este punto; sin embargo, recientemente Finnis ha sugerido que la lectura tradicional de Santo Tomás es incorrecta. El profesor de Oxford se apoya en pasajes menos conocidos de otras obras de Santo Tomás, sobre cuya base propone una nueva interpretación —armónica— de los textos tradicionales. Concluye en que para el aquinate la ley humana tiene una finalidad más modesta que la sugerida por Aristóteles, a saber la de establecer la justicia y la paz en la comunidad a la cual está destinada.

⁷⁶ Muchas veces se confunde homosexualidad con pedofilia o se identifica a los homosexuales con las personas propensas a la pedofilia. Este concepto es totalmente

13. *La homosexualidad en el Derecho argentino actual*

A) *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En nuestro país, la cuestión de la homosexualidad fue examinada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1991, cuando se expidió sobre la personería jurídica solicitada por la Comunidad Homosexual Argentina. En esa oportunidad, se denegó la personería a la CHA, en un fallo dividido; por la mayoría votaron los doctores Moliné O'Connor, Levene (h), Belluscio, Boggiano, Cavagna Martínez y Barra. Entre los votos de la mayoría cabe mencionar el del doctor Boggiano, quien dijo que "la pública defensa de la homosexualidad resulta reñida con razonables valoraciones, apreciaciones y distinciones morales y jurídicas, y en definitiva del bien común" y que "toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos y en modo eminente a la Corte"⁷⁷.

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

errado porque la explotación, el acoso y la violación de los niños y de los jóvenes no es patrimonio de los homosexuales; por el contrario, algunos estudios indican que quienes perpetran más actos de abuso con los niños son los hombres heterosexuales y que sus víctimas son predominantemente femeninas y heterosexuales (NICHOLSON, Alistair, *The changing concept of family: the significance of recognition and protection*, en www.murdoch.edu.ar).

⁷⁷ Del voto del doctor Boggiano, considerandos 18 y 19, L. L. 1991-E-703.

porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a la aparente preferencia de la mayoría”.

Creemos que la posición en el Derecho argentino ha variado desde el momento del dictado de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes reseñada. Por empezar, en el año 1992 la Inspección General de Justicia le otorgó la personería que había sido negada en el año 1989 y que diera origen al fallo antes mencionado⁷⁸, y además en diversas normas positivas se ha aceptado el principio de la no discriminación en razón de la orientación sexual.

B) *Las soluciones legales relativas a la no discriminación en razón de la orientación sexual*

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho a la orientación sexual, al igual que se lo reconoce en la ciudad de Rosario y en la Provincia de Río Negro.

En el año 1996 la Provincia de Río Negro dictó la ley 3055, cuyo artículo 1º dice: “*Reconócese la orientación sexual como derecho innato de las personas implícito en la Constitución Provincial...*” Artículo 2º: “Toda vez que las leyes, decretos, ordenanzas o cualquier otra norma de carácter general, mencionen expresamente que no podrá discriminarse por naturaleza alguna, deberá entenderse que queda comprendida la orientación sexual en dicha enunciación”⁷⁹.

Los legisladores argentinos han tenido oportunidad de expedirse sobre la orientación sexual en el último de los ordenamientos constitucionales que se ha dictado: la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, donde se reconoce expresamente *el derecho a la orientación sexual* en el artículo 11 que dice: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, *orientación sexual*, edad, religión, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condiciones psicofísicas, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión restricción o menoscabo. La

⁷⁸ E. D. 146-228.

⁷⁹ Ley 3055 de la Provincia de Río Negro, publ. en *Cuadernos de Bioética*, Nº 5, p. 156.

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

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

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

El punto de partida de nuestro estudio es el reconocimiento de que en la realidad existen uniones homosexuales y de que la preferencia sexual de las personas no es una conducta que pueda ser sancionada por la ley positiva vigente, en tanto se practique entre personas libres y capaces.

Pero el tema de nuestra tesis requiere otro tipo de respuestas, ya que trasciende el ámbito de lo meramente individual y privado, porque a lo que apuntamos es a determinar si los homosexuales tienen derecho a casarse y si son inconstitucionales las leyes que le deniegan el derecho a contraer matrimonio, temas éstos que investigaremos en los próximos capítulos a la luz de los derechos humanos comprometidos, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la legislación comparada.

III. Conclusiones

1. Ha quedado comprobado lo que afirmáramos al señalar la causa de este estudio: existe un gran cambio fundamentalmente sociológico en todo cuanto concierne a las relaciones homosexuales. Puede ello sintetizarse en etapas claramente diferenciadas:

- (i) En la cultura grecorromana los homosexuales tuvieron una relativa aceptación;
- (ii) pero durante siglos fueron repudiados, condenados, perseguidos, discriminados y ultimados;
- (iii) hasta que en los últimos veinticinco años, merced a un trabajo activo de las asociaciones que los nuclean, han dejado de ser considerados enfermos psiquiátricos, alcanzaron un reconocimiento social y han instaurado en la sociedad el derecho a no ser discriminados.

2. Ese cambio tan significativo necesariamente debe proyectarse en el mundo jurídico; lo que comenzó con la despenalización de las relaciones homosexuales se va extendiendo hacia el reconocimiento de otros derechos.

3. Constituye un estándar aceptado casi universalmente que es injusto que A pueda imponer alguna desventaja a B simplemente porque B tenga una inclinación sexual hacia una persona de su mismo sexo. En otras palabras, es injusto que se discrimine a un sujeto por su orientación homosexual.

4. Lo discutible es el alcance de esa “no discriminación”; esto es, si ello genera derecho a “acciones positivas” y si autoriza el acceso de los homosexuales –individualmente considerados o en pareja– a situaciones o relaciones jurídicas generalmente limitadas a personas o parejas heterosexuales (desde la incorporación al ejército, a los *boy-scouts*, las técnicas de fecundación asistida, la adopción, la seguridad social, etc.).

5. En particular adquiere relevancia –y provoca hoy un debate globalizado– la cuestión del derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio.