

PROBLEMÁTICA DE LA UNIÓN HOMOSEXUAL. DERECHO COMPARADO. DERECHO ARGENTINO

Graciela MEDINA

SUMARIO: I. *Concepto de Homosexuales. Diferencia con transexuales.* II. *Evolución histórica.* III. *Problemas que genera la unión de hecho homosexual frente al derecho público y frente al derecho privado.* IV. *Intereses de los homosexuales.* V. *Legislación comparada.* VI. *Conclusiones.*

I. CONCEPTO DE HOMOSEXUALES. DIFERENCIA CON TRANSEXUALES

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

Para la Corte Europea de Derechos del Hombre, un transexual es una persona que pertenece físicamente a un sexo, pero que siente el pertenecer a otro, y para acceder a una identidad más coherente y menos equívoca se somete a tratamientos médicos o a procedimientos quirúrgicos, a fin de adaptar sus caracteres físicos a su psiquismo. Tales intervenciones nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen.¹

Los transexuales se presentan en un número menor que los homosexuales; su problema es más difícil de entender desde el punto de vista psicológico y médico pues no se reduce a una preferencia sexual, sino a toda una metamorfosis.²

¹ Esta definición ha sido repetida por la Corte de Derechos Humanos de Europa en los casos “Rees”, “Cossey”, “Sheffield” y “Horshman”.

² Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Derecho y homosexualismo en el derecho comparado*, p. 186.

Pérez Cánova aclara en el derecho español que

no resulta cierta la afirmación de que los homosexuales masculinos se sienten interiormente mujeres y los femeninos hombres, o por lo menos desearían pertenecer al otro sexo. Tal idea es fruto de la confusión entre orientación homosexual y transexualismo. Paradójicamente se da la circunstancia de que el transexualismo es, según algunos autores, poco frecuente entre homosexuales. El individuo transexual siente una fascinación tan absoluta por los atributos del sexo contrario que llega a identificarse con él, desvalorizando los atributos de su propio sexo. Entre los individuos de orientación homosexual lo que se da es precisamente una fascinación con los atributos del propio sexo, al tiempo que los del sexo contrario aparecen, en mayor o menor grado como carentes de interés.³

En el derecho italiano se concluye en que la homosexualidad es exclusivamente la desviación del impulso erótico, por la cual se prefiere la compañía sexual de una persona de la misma especie, un hombre de un hombre y una mujer de una mujer, mientras que el transexual presenta un problema de género en virtud del cual lo que se busca es pertenecer al género opuesto y en las relaciones de un transexual se busca la relación entre un hombre y una mujer y no entre iguales.⁴

En la excelente obra *Le sexe et l'état des personnes*, Branlard aclara que la homosexualidad se caracteriza por la atracción sexual preferencial por las personas del mismo sexo. El homosexual es seducido sentimentalmente y sexualmente por los individuos de su mismo sexo físico. Por otra parte, siente indiferencia hacia las personas del sexo opuesto, y no se puede afirmar que la atracción por las personas de sexo semejante sea innata o adquirida.⁵

En el caso de los transexuales, sigue explicando Jean Paul Branlard, no existe una inversión del instinto sexual sino una inversión de la identidad sexual. El transexual siente pertenecer a otro sexo, mientras que el

³ Pérez Cánova, Nicolás, "Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español", Comares, Granada, 1996, p. 31.

⁴ Serravalle, Paola; Perlingerì, Pietro y Stanxione, Paquale, *Problema giuridici del transsexualismo*, Nápoles, 1981, p. 19; Modugno, Franco, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 14; Alpa, Guido y Ansaldo, Anna, *La persone Fisiche*, en "Codice Civile Comentario, II", pp. 213 y ss.

⁵ Branlard, Jean Paul, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, L-G-D-J-, Paris, 1993, p. 473 y ss.

homosexual no, ya que el sujeto homosexual no reclama un estado sexual diferente al que le asigna su sexo biológico que le da placer.

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

La homosexualidad comporta dos actitudes diferentes activa o pasiva, pero estas dos actitudes no perturban la identidad sexual.⁶

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

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. Grecia y Roma

A. Educación pederástica

En la cultura griega las parejas homosexuales no eran sancionadas ni criticadas, sino al contrario eran aceptadas y gozaban de gran predicamento, la unión homosexual estaba asociada a la educación, a la cultura y a la filosofía.

Enseña el profesor Fatas⁷ (a quien seguiremos en el desarrollo de este punto) que Jenofonte (ac. II 12) muestra bien cómo la pederastía ocupaba un notable lugar en la instrucción de los jóvenes espartanos. Se trata de una actividad paidética cuyo énfasis principal no se pone en los aspectos meramente sexuales, contra lo que a menudo se piensa (aunque tiene, sin duda, una componente sexual apreciable).

La relación pederástica que se establecía casi sistemáticamente en Esparta (pero asimismo en otros lugares en los que existían instituciones efébricas; no se trata de una exclusiva doria, a pesar de mucha bibliogra-

⁶ *Op. cit.*, nota 5, p. 477.

⁷ 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; *cit.*, Fatas en "Historia antigua-Universidad de Zaragoza-I Ciclo, " Internet... La educación pederástica en la antigua grecia (adaptado de Marrou, 1971), 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.

fía en ese sentido) no se entiende correctamente sin una suficiente comprensión del sentido que entre griegos tenía el amor. La pareja arquetipo del amor pasional en su versión más completa está 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 suele contar entre 15 y 18 años.

La diferencia de edad establecía unas relaciones desiguales. El mayor es el modelo, el tipo superior al que había que adaptarse por elevación. Eso hace surgir en él una tendencia educadora. Su amor participa del *agapæh* por esa voluntad de entrega de sí, de paternidad espiritual.

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 sí. Puesto que carnalmente ello no es posible, se sublima el deseo en el plano pedagógico. La educación por el mayor aparece como un sucedáneo del alumbramiento. Como señala Platón, “el objeto del Eros (pederasta) es procrear y engendrar en lo bello”.

El vínculo amatorio se prolonga, pues, por un lado, en una tarea formativa matizada por un cuidado de orden paternal y, por otro, en una labor de maduración, teñida de dócil veneración. Se ejercita 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.

La familia no era marco adecuado para la educación completa 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 conciba la relación erasta-erómano como una auténtica comunión, una *koinvnaia*.

Es verdad que existían escuelas (aunque no en el arcaísmo). Pero eran escuelas mercenarias y, por ello, nunca del todo prestigiadas ni enteramente honorables. Se concibiera más como centro de instrucción que no de formación. La *paideia* exige una vinculación espiritual directa y profunda con el maestro, que es iniciador y guía del educando, y puede revestir características de relación totalizadora y absorbente, ya que se halla teñida con el matiz del amor pasional. La responsabilidad educativa del amante sobre el amado es netamente percibida. La opinión

general así lo entiende y, en algunos casos, la ley misma lo expresaba. La más perfecta educación era, por eso, la pederastía.

La educación, en principio, entre nobles, establecía entre educador y educando una relación de tensión y amor moral, del tipo erasta-erómeno. 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.

Está claro en los poemas conservados de Teognis de Mégara (fl. 544-541), elegías para recitarse al son del aulos en los “clubes” aristocráticos y dedicadas a su erómeno Cirno, hijo del noble Polipais. (El libro II, de tipo erótico, es apócrifo y más reciente). El propósito de Teognis es transmitir a su educando los valores tradicionales de los varones discretos, de los *•Agayoi*.

Más tarde surgirá la educación dirigida a la eficiencia profesional y 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 transmite 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 recibe 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.

Señala Fatas que entre los filósofos es claro el caso de Sócrates (469-399),

que atraía hacia sí y retenía a la flor y nata de la dorada juventud de Atenas por medio del “atractivo” de la pasión amorosa, situándose como experto en las cosas del Eros. Y no era suyo un ejemplo aislado: Platón (h. 429-347) fue el amante de Alexis o de Díon; la sucesión de los escolarcas de su Academia se realizó de erastas a erómenos a lo largo de tres generaciones, pues Xenócrates (fl. 339-314) lo fue de Polemón, Polemón (314-270) lo fue de Crates, como Cranto (h. 335-h.275) de Arcesilao. Y esto no ocurría solamente entre los platónicos, ya que Aristóteles (384-322) fue el amante de su discípulo Hermias, tirano de Atarneo (en

Misia, frente a Lesbos), a quien habría de inmortalizar en un himno célebre; ni tampoco exclusivamente entre los filósofos, ya que relaciones análogas unían a los poetas, artistas y sabios: Eurípides (h. 485-h. 406) fue el amante del trágico Agatón, Fidias (n. h. 490) de su discípulo Agorácrito de Paros, el médico Teomedonte del astrónomo Eudoxo de Cnido (h. 390-h. 340).

B. *Uniones entre personas del mismo sexo*

En el periodo que abarca aproximadamente desde el 400 a. de C. al 400 d. C., se pueden establecer ampliamente cuatro tipos de uniones homosexuales (las derivadas de la dominación en general con esclavos, las de la enseñanza entre discípulo y maestro, las de amantes circunstanciales y las de parejas estables).

Las distinciones que deben efectuarse entre los distintos tipos de uniones entre personas de igual género, son más fluidas y menos legalistas que las pueden establecerse entre las uniones heterosexuales, por cuanto estas últimas determinaban el estatus de la descendencia y la disposición de la propiedad, consecuencias éstas que no tenían lugar en las uniones homosexuales.

La primera forma de unión entre personas de igual sexo, se vio reflejada en la costumbre generalizada de la época de la explotación por parte de varones hacia otros varones, a quienes reducían a objeto de posesión o dominio. Así también, el acto de la violación, era frecuentemente que se lo tomara como una agresión hacia el enemigo derrotado y como una manera común de usar a los esclavos.

Corresponde destacar, que este tipo de vínculos entre personas de igual sexo eran privados y carecían de efectos legales, razón por la cual no se encuentran documentadas, sino que se han conocido, mediante las referencias circunstanciales que la poesía, los murales, etcétera, han delatado que eran usuales y frecuentes.

En la época que estamos analizando, era común que los ciudadanos romanos de un cierto estatus, tuvieran un esclavo cuya tarea consistía en satisfacer las necesidades sexuales de su amo hasta que éste contrajera matrimonio, momento en el cual se lo despedía de sus funciones. A este sujeto, se lo denominaba *concupinus*. A tal punto era frecuente este tipo de situación, que en los contratos matrimoniales del Egipto

romano, solía especificarse como condición de la esposa, que el esposo no tenga en la casa concubinos.

Echando un vistazo, sobre las relaciones que se configuraron a lo largo de la historia antigua, puede concluirse que el tipo de relación entre personas del mismo género más común que se ha dado fue el de los denominados “amantes”. Esta clase de relación, consistía en la unión de dos personas del mismo sexo, por afecto, pasión o deseo, cuyo vínculo no traía aparejado efectos institucionales para el estatus, la propiedad, etcétera. A lo largo de la historia antigua fueron muy relevantes esta clase de uniones por cuanto, al ser típicas y corrientes, llegaron a constituir muchas veces, equivalentes de matrimonios heterosexuales.

Las parejas homosexuales que se conformaron en la Atenas del siglo IV, tenían numerosas similitudes con las heterosexuales pero así también muchas diferencias. Entre las semejanzas que se pueden hallar, es interesante destacar la de la diferencia de edad entre los miembros de aquéllas. El paradigma cultural de la época sustentaba la diferencias de edad de casi una generación entre los miembros de las parejas, circunstancia ésta que se dio tanto en las parejas homo como heterosexuales.

La constitución de estos vínculos con personas mayores, suponían una presentación social como adulto joven, tal como paradójicamente, ingresaba la novia a la sociedad adulta a través del matrimonio.

Con respecto al rol que desempeñaban los sujetos intervinientes en este tipo de relaciones, el mayor de los integrantes de la pareja, desempeñaba el papel de educador y protector del menor, situación asimilable en las parejas heterosexuales, al papel desarrollado por el esposo con respecto a la mujer.

Si bien a lo largo de la historia se ha construido erróneamente un mito, a través del cual se han encasillado a las parejas homosexuales de la época clásica, en el estereotipo que las define como breves interacciones formales entre un amante (mayor) y un amado (siempre menor y cumpliendo un rol pasivo).

En rigor de verdad, los autores antiguos han expresado incertidumbre acerca de quién desempeñaba uno u otro papel en relaciones muy conocidas.

Halperin, se ve forzado a admitir que en este periodo de la historia no se tenía para nada claro qué desempeñaban Aquiles y Patroclo en la relación (*One Hundred Years*, p. 86).

El aspecto más llamativo de las relaciones entre personas del mismo sexo, en el caso griego, está configurado por su relación con la democracia y las fuerzas militares, que en la actualidad —conforme los conceptos de moral tan arraigados a nuestras costumbres— se puede llegar a considerar imposible.

En efecto, a partir del ejemplo de Harmodio y Aristogitón, pareja de amantes a quienes se creía fundadores de la democracia ateniense, esta asociación se extendió a Pelópidas y Epaminondas, Alejandro y Bagoas.

Así también, en el año 378 a. C., Gorgidas creó una compañía de 300 hombres formada por parejas de amantes, se la conoció con el nombre de “Batallón sagrado” de Tebas, y los numerosos triunfos de este ejército, contribuyeron a la idealización de las relaciones homosexuales en las sociedades guerreras.

Roma

Las relaciones entre personas de idéntico sexo en Roma, han sido menos estudiadas, pero al introducirnos en el tema, resulta imposible no destacar la diferencia sustancial existente entre las relaciones griegas, idealistas y configuradas por un amante y un amado con respecto al mito de la sexualidad romana, a la cual se la ha calificado como lujuriosa y promiscua.

No obstante ello, existieron en Roma numerosas uniones homosexuales que convivían en forma permanente, constituyendo parejas ni más ni menos exclusivas que las heterosexuales.

La pareja homosexual más famosa de la Roma Imperial del siglo II, la constituyeron Adriano y Antíno, ambos eran hombres libres, que permanecieron juntos sólo por amor, sin ningún vínculo legal que los uniera.

En la antigua literatura amorosa, los amantes masculinos suelen tener parejas permanentes y exclusivas, que impiden tener relaciones paralelas con otros individuos de su mismo sexo, sin embargo no se prohíben un matrimonio heterosexual.

Los rasgos, que aparentemente caracterizan a este tipo de relaciones suelen ser la igualdad general, aunque en muchos casos persiste la diferencia de edad, y los papeles de “amante” y “amado”.

Surge de lo expresado por escritores antiguos, que éstos daban más crédito de fidelidad y permanencia a los vínculos nacidos entre personas homosexuales que a los heterosexuales. La obra de Platón, *El banquete*, ha contribuido sin duda a este prejuicio, pues en ella se califica a las relaciones heterosexuales de “vulgares” y en cambio a las “homosexuales” se les adjudica el calificativo de “celestiales”.

Esta opinión tan elevada acerca de las relaciones homosexuales, se relaciona con la superposición de los conceptos antiguos de amor homosexual y amistad masculina. En la Antigüedad no se concebía la amistad con una mujer, por cuanto este tipo de vínculo amistoso, sólo podía darse entre iguales. Al no ser considerada la mujer como igual al hombre era imposible tan sólo imaginar la amistad con ellas. No obstante ello, las palabras “amiga” o amistad se usan ocasionalmente para referirse a compañeras sexuales o al matrimonio.

Aristóteles sostenía que la amistad era principalmente el efecto entre iguales, por lo que su empleo para referirse al matrimonio resulta mucho más sorprendente.

Las amistades entre hombres, en la época que estamos tratando, tenían ciertas características particulares. Los amigos vivían frecuentemente unos en casa de otros, con esto no se quiere significar que todas las relaciones de amistad entre hombres tuvieran un contenido amoroso, pero la diferenciación entre la amistad y un vínculo amoroso, ha sido difícil de establecer entre los escritores antiguos, para quienes también, éste era un vínculo que se establecía sólo entre dos personas, no concebían la idea de la pluralidad de amigos, como en las sociedades modernas, y en base a ello idealizaban la amistad intensa y de por vida.

Para Aristóteles o Cicerón, no había relación más emocional, íntima e intensa que la amistad.

Se dio también en el mundo antiguo, una cuarta clase de relación homosexual que consistía en uniones formales, éstas eran relaciones públicamente reconocidas, y que implicaban algún cambio en el estatus de una de las dos partes o de ambas, comparable al matrimonio heterosexual.

Esta clase de uniones formales, no siempre eran privadas. Una muestra de ello, fue dada por el emperador Nerón, quien gobernó de 54 a 68 d. C., y unos años antes se casó con un hombre en una auténtica ceremonia pública. El matrimonio se celebró por separado en Roma y en Grecia.

Corresponde hacer una diferenciación entre las uniones de personas del mismo sexo antes y después del Imperio.

Antes del Imperio el matrimonio heterosexual carecía prácticamente de vínculos emocionales, y se reducía a un arreglo de propiedad que tenía que ver con descendientes y la herencia y en consecuencia las uniones entre personas del mismo sexo que encontraban su razón de ser en otros móviles, basados en los vínculos afectivos, no encontraban lugar en esas ceremonias.

Luego, entre los siglos I y II del Imperio, cuando se puso el énfasis en el amor como causa o consecuencia del matrimonio, los ciudadanos del Imperio comenzaron a tejer una relación entre matrimonios heterosexuales y uniones homosexuales.

Por otra parte, en los primeros tiempos del Imperio se fue disminuyendo el estado de subordinación en que se encontraba la novia respecto del esposo en los matrimonios heterosexuales, y ello trajo aparejado que se eliminara una de las dificultades que encontraban los integrantes de las parejas del mismo sexo, para consolidar sus vínculos. Pues con la nueva modalidad, ninguno de ellos debía someterse al poder o dominio del otro, sino que podían constituir una sociedad similar a la de los contratos matrimoniales egipcios. No debe perderse de vista que en el mundo que estamos estudiando, el control y privilegio masculino, constituían el pilar del fundamento social.

A mediados del siglo IV, la tendencia a una moralidad pública cada vez más conservadora, y la insistencia en papeles sexuales tradicionales, trajeron como consecuencia el nacimiento de una ley que prohibía los casamientos entre personas de igual sexo, por lo menos aquellos que implicaban papeles genéricos tradicionales. El código prescribía la pena de muerte, para estos casos, y aunque puede parecer demasiado castigo, era compatible con una época de profundas transformaciones. Radicales cambios se gestaban en las bases de la sociedad, trayendo consigo la caída de los modelos tradicionales.

En parte por esto y por otras tantas razones, entre ellas el surgimiento de nuevas formas de unión formal entre personas del mismo sexo, hicieron que la cantidad de este tipo de bodas, fueran cada vez menores a medida que se desvanecía el Imperio.

Este nuevo tipo de uniones, a las que hicieramos referencia precedentemente, no dejaron rastro, quizá porque no existía un gran interés en

dejarlas legalmente registradas, por no producir consecuencias importantes en la propiedad y en la herencia.

Existen tres clases de uniones formales:

– La primera de ellas, fue descrita por el geógrafo y etnógrafo Estrabón, quien describió una ceremonia de *raptó* ritual que establece unía relación legal entre amantes masculinos en Creta. Los cretenses no obtienen a sus amantes por persuasión, sino por raptó. A excepción del aspecto del raptó, esta práctica posee todos los elementos de la tradición matrimonial europea: testigos, regalos, sacrificio religioso, banquete, etcétera. Se realiza un juicio público en el banquete, el cual terminaría siendo el elemento más importante del matrimonio en el derecho romano y cristiano: la declaración de consentimiento a la unión. Esta costumbre del raptó también era válida en las relaciones heterosexuales.

– La segunda de ellas, trataba de una ceremonia mediante la cual los varones escitas establecían entre sí relaciones formales y de por vida. Fue descrita por Luciano, en la segunda mitad del siglo I.

– La tercera clase de unión formal implica la adopción colateral: mediante esta práctica un hombre adoptaba a otro como hermano, de hecho o de una manera oficial. Entre los romanos, la adopción de hijos era una práctica corriente, las razones eran varias: algunos lo hacían para tener herederos sin necesidad de engendrar, otros como una forma de legar riquezas, posición o estatus en beneficio de una persona amada. La persona adoptada, obviamente obtenía ventajas evidentes, y la única desventaja consistía en que quedaba sometida a la autoridad del paterfamilias adoptante, que podía ser desagradable o restrictivo.

A principios del Imperio, se comenzó a adoptar hombres como hermanos, quienes pasaban a ser herederos pero no hijos, este tipo de adopción creaba entre adoptado y adoptante un vínculo legal, pero el hermano adoptivo no caía bajo la autoridad o el control, ni cambiaba de nombre ni de estatus.

Del hecho que adoptar un hermano, era una forma de constituir una relación con un amante heterosexual, y los contemporáneos entendían el matrimonio heterosexual como una forma de adopción colateral, mediante la cual la esposa se convertía en una hermana, se extrae que las adopciones se entendían como un medio de establecer legalmente una unión de dos personas del mismo sexo.

2. *El cristianismo*

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

Señala Pérez Cánova que en la tradición judeo-cristiana que hegemoniza la moral judeo-cristiana en Europa encontramos los primeros testimonios escritos en los que se ha querido ver la condena a los homosexuales, a saber:⁸

A. *Antiguo Testamento*

a. Sodoma y Gomorra (Génesis XIX I- 29)

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

Relata la Biblia 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). 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 encontraban diez justos. Para lo cual 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” 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”.⁹

⁸ *Op. cit.*, nota 3.

⁹ Schwartz, “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”.

Pero lo sodomitas no cedieron y los ángeles utilizaron su fuerza para salir de la ciudad y sacar de ella a Lot y a su familia, salvo su mujer que por desobedecer la orden divina se convirtió en estatua de sal.¹⁰

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”.¹¹

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 os 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 hombres.¹²

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

¹⁰ *Op. cit.*, nota 2, p. 190.

¹¹ *Op. cit.*, nota 3.

¹² *Op. cit.*, nota 9, p. 235.

c. Presunta homosexualidad de David y Jonatán

Explica Scharwtz 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 judeo cristiana esta relación ha sido planteada como de profunda amistad, sin embargo hoy se discute si entre ambos personajes pudo haber sentimientos amorosos, que se traslucirían de las palabras del padre de Jonatán, Saúl, quien le dijera a Jonatán: “¡Hijo perverso y contumaz! ¿No sé yo que tú preferies 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 incesto.¹³

Para judíos y católicos la relación entre Jonatán y el Rey David sigue siendo considerada de profunda amistad, pero esta frase un cantar que David le dedicara a Jonatán movieron a una diputada israelí a sostener la homosexualidad de David en su discurso por los derechos de los homosexuales, planteado en el Congreso de Israel.

B. Nuevo Testamento

En el Nuevo Testamento se encuentran cuatro referencias contrarias a la homosexualidad todas ellas incluidas en el evangelio de San Pablo. En las enseñanzas de Jesús, ni en 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

¹³ *Ibidem*, p. 240.

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 (II 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*, la enseñanza de la Patrística abunda en ellas.

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 hago 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. Todas las demás actividades sexuales las consideraba pecados contra el creador.

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

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

3. *La Edad Media*

Durante la Edad Media la influencia de la Iglesia católica se hace sentir en la condena a la homosexualidad, la cual fue severamente reprimida, al principio mediante la castración y luego con la muerte.

Cabe recordar que esta represión se justificaba por la influencia de la doctrina cristiana, que ya hemos dicho consideraba en ese momento 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 castración.¹⁴

En el fuero Real de Alfonso el Sabio se castiga brutalmente a la homosexualidad con la muerte, debiendo ser colgados por las piernas hasta que murieran.

En *Las Partidas* de Alfonso el Sabio, dictada en el año 1265, también se condena a la homosexualidad con la muerte, tanto del que lo hace como del que lo consiente.

Enseña Nuno de Salter Cid que en 1447, durante el reinado de Alfonso V en Portugal, regían las ordenanzas manuelinas y filipinas que ordenaban la confiscación de todos los bienes de los homosexuales, y sus hijos y descendientes eran calificados de infames y establecían un complejo sistema de recompensa y de denuncia de los delitos de sodomía.

Agrega Nuno de Salter Cid que por su parte 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 seculares.¹⁵

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 pasarían 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.

Durante el reinado de Felipe II se insistía en que se aplicara el castigo de muerte a los sodomitas y se exhortaba que no se los

¹⁴ *Op. cit.*, nota 3.

¹⁵ Nuno de Salter Cid, "Direitos Humanos e familia quando os homossexuas querem casar", separata de 1998, p. 203.

mande a las galeras, como hacían en algunos casos los tribunales de la Inquisición.

Cabe señalar que estas leyes estuvieron rigiendo en España y en las colonias hasta el dictado del Código Penal de 1848.

4. *La Revolución francesa*

Con las ideas laicas que impregnaron la Revolución francesa la situación de los homosexuales cambio radicalmente, así el año 1791. La Asamblea Constituyente eliminó la pena de muerte para el delito de sodomía, y Napoleón despenalizó la homosexualidad entre personas adultas y siempre que se tratase de relaciones privadas entre ellos.

Si bien la homosexualidad en sí misma no era un delito, fue de todas maneras 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

En la Alemania de fines de 1920, surgió la figura de un líder carismático, Adolfo 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; remplazando a los líderes corruptos 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.

Ya en 1928, quedó sumamente clara la posición que con respecto a la homosexualidad tomaría el nuevo Partido Nacionalsocialista (abreviado Partido Nazi), cuando estaba en pleno auge la lucha para anular el artículo 175 del Código Jurídico alemán, el cual incriminaba la homosexualidad y ellos mostraron abiertamente su oposición radical, considerando enemigo a cualquiera que creyera en el amor homosexual.

El 30 de enero de 1933, Adolfo 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 las inclinaciones sexuales de aquel mientras lo necesitara o para llegar al poder.

Las cosas cambiaron rotundamente cuando Hitler llegó a ser canciller de Alemania, y el detonante fue el reclamo por parte de Röhm para que le otorgara un poco de poder, las consecuencias fueron nefastas para todo el grupo. El 28 de junio de 1934, en la noche que se la conoció 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 aquél 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 que sostenían los nazis para perseguir a los homosexuales, encuentra su razón de ser en un libro escrito por Otto Weininger en 1903, entre las cosas que describía en aquella publicación este homosexual judío que se suicidó poco después de publicarse su libro, corresponde destacar que sostenía que los hombres que tenían demasiadas cualidades del sexo opuesto eran peligrosos para la sociedad, que los judíos eran anormalmente femeninos, los homosexuales “eran tipos intermedios” que corrompían a la sociedad.

Por otra parte, desarrollaron una falsa teoría, promulgando la idea que los romanos habían fomentado la homosexualidad entre los griegos a fin de conquistarlos, concluyendo que esta expansión de la homosexualidad era la culpable del declive del Imperio romano.

La característica fundamental de este periodo nazi, fue la obsesión por la perfección de la raza, lo cual los impulsó a una obsesión por 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, pueden distinguirse 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, y gracias a ello se convirtió en la segunda persona con más poder de Alemania.

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 maquinarián la elección de otros homosexuales, culminando por subyugar a los hombres normales y aniquilando la sociedad.

Con respecto a la homosexualidad femenina, la misma no era prácticamente tenida en cuenta por los alemanes nazis, quienes se encontraban obsesionados por la sexualidad masculina, no se encuentra mención alguna en el apartado 175 acerca de la homosexualidad femenina, ni Himmler hizo declaraciones sobre lesbianas. Pocos datos de lesbianas arrestadas y enviadas a campos de concentración durante los años de 1940.

Los nazis reconocían a los homosexuales mediante informes. Las libretas de direcciones, las cartas, postales e incluso un rumor podía 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 que eran enviados a campos de concentración, eran identificados en los mismos, a cuyo fin se les marcaba el uniforme con un triángulo rosa, 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 setenta, 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.

Resulta asombroso y espeluznante, los padecimientos que los homosexuales debían pasar en cautiverio, no sólo han debido soportar tortura sino también que ha logrado saberse que los presos homosexuales fueron sometidos a terribles experimentos médicos. Uno de ellos, resulto 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, 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 aquél se cobró.

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.

Así también el periodo de la posguerra o “desnazificación” dejó prácticamente intacta la versión incluida por los nazis del apartado 175, por cuanto fue considerada “justificada con datos objetivos”, hasta que en 1988 el gobierno de la Alemania Occidental ofreció compensaciones pecuniarias a los homosexuales que hubiesen sufrido en los campos de concentración alemanes.¹⁶ Finalmente, el mentado artículo 175 fue abolido en 1969.¹⁷

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 tales motivos, los homosexuales fueron objeto de persecuciones en nombre de la “pureza del proletariado”. A las prohibiciones para publicar obras que hablaran sin animadversión del proletariado le siguieron redadas y deportaciones de homosexuales, culminando en marzo de 1934 con una ley que hizo adoptar el mismo Stalin, castigando con “cinco años de pri-

¹⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aida Rosa, “Derecho de Familia”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, t. 13, 1998, p. 193 y bibliografía por ella citada en cita núm. 17

¹⁷ Kipper, Claudio, “Derechos de las minorías ante la discriminación”, p. 388.

sión los actos homosexuales cometidos entre adultos que dan su consentimiento”.¹⁸

C. *La homosexualidad en el régimen franquista*

En el régimen de Franco la homosexualidad no es considerada un delito pero sí un acto peligroso, por lo que va a ser castigada directamente al incluirla en la Ley de Vagos y Maleantes, que fuera obra de Jiménez de Asúa. Esta ley no tipifica delitos o faltas, sino conductas peligrosas y por lo tanto no impone penas, sino medidas de seguridad. En ella se consideró a los homosexuales conjuntamente con los rufianes, proxenetas y mendigos profesionales sujetos sometidos a la vigilancia de los delegados, que tenían obligación de declarar su domicilio y quienes eran internados en establecimientos de trabajo, con el objeto de curarlos, rehabilitarlos o regenerarlos.

Concretamente decía el artículo 60. núm. 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)* internado 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, y *c)* sumisión a la vigilancia de los delegados.

Además de estar sometidos a la Ley de Vagos y Maleantes se consideraba a los homosexuales como una conducta que encajaba dentro del delito de escándalo público y 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 5,000 a 20,000 pesetas e inhabilitación especial. Si el

¹⁸ Fernández, D., “El rapto de Ganímedes”, Madrid, 1992, Tecnos; Pérez Canova, *op. cit.*, nota 3, p. 15.

ofendido fuere menor de 21 años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo.

La homosexualidad era considerada en la época franquista como algo totalmente peyorativo, a tal punto que, si alguien mataba a otro por haberle llamado maricón se consideraba que había obrado en legítima defensa porque lo había tratado con el epíteto que más puede denigrar la dignidad del varón, pues se está poniendo en entredicho la honra y crédito a la masculinidad.¹⁹

6. *La homosexualidad como enfermedad*

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

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

En Estados Unidos la Asociación de Psiquiatras Americanos incluyó a la homosexualidad en la primera “calificación de enfermedades mentales” realizadas en 1952 y la mantuvo hasta 1974 se consideraba que “el homosexual tenía 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 enfermedad.

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

A partir de la CIE-10 la homosexualidad en sí no es considerada un trastorno mental, ya que ninguna “desviación de conducta, 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

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de enero de 1957; Pérez Canova, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

conocida como perturbación “egosistónica”, pero la homosexualidad en si no es una enfermedad.²⁰

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 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 a 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 emocionales.²¹

En definitiva en la comunidad científica hoy no se acepta que la homosexualidad sea considerada como enfermedad y aun cuando fuera una enfermedad, las enfermedades en derecho son causa de incapacidad y no de discriminación. En este sentido afirma Kemelmeajer de Carlucci que afortunadamente hasta ahora no se le ha ocurrido enumerar a los homosexuales entre los incapaces que necesitan protección.²²

7. *La homosexualidad y la doctrina de la Iglesia católica en la actualidad*

Habíamos señalado que en sus orígenes y en toda la Edad Media la Iglesia católica consideró a la homosexualidad como pecado y que los tribunales de la Inquisición la castigaron hasta con la muerte.

La situación actual ha variado fundamentalmente, en el nuevo código canónico que rige a partir de 1983 en el cual se suprimen las menciones de la homosexualidad que estaban contenidas en el código de 1917 relativas a los seglares condenados en delitos de sodomía que eran consi-

²⁰ *Op. cit.*, nota 3, p. 48.

²¹ *Ibidem*, p. 37.

²² *Op. cit.*, nota 16, p. 192.

derados *ipso facto* infames además de otras penas y los clérigos que eran suspendidos y casos graves se los debía deponer.

Vemos cómo la posición de la Iglesia católica ha avanzado en estos años, ya que de la condena a muerte la Iglesia ha pasado a deplorar con firmeza las expresiones de malevolencia y las acciones violentas contra los homosexuales, a suprimir las referencias expresadas en el código canónico y a no considerar la tendencia homosexual como pecado.

En la actualidad, si bien la Iglesia católica no aprueba los comportamientos homosexuales, que considera “intrínsecamente desordenados” y entiende que esta tendencia debe ser sublimada con la castidad, en la pastoral exhorta a los fieles a brindar a los homosexuales respeto y delicadeza y condena cualquier tipo de discriminación injusta.²³

En el Catecismo Universal de la Iglesia aprobado por el Papa el 26 de junio de 1992, se sigue manteniendo el criterio tradicional de que los actos homosexuales son intrínsecamente malos, pero ahora se 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 piden que no los conviertan en “objeto de discriminación”.²⁴

En el año 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 en el angelus del domingo 22 de febrero de 1994 se pronunció en contra de la misma, señalando que con la resolución del Parlamento de Europa se ha pedido legitimar un desorden moral y señalando 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.²⁵

En igual sentido ha continuado la doctrina social de la Iglesia después de la muerte Juan Pablo II con el Papa Benedicto XVI, es decir

²³ 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 01.01.1986. Derechos sociales de las personas homosexuales del 2307-1992, *cit.* Nuno de Salter Cid, “Direitos Humanos e Família quando os homosseuais querem casar”, separatta, 1998, p. 199.

²⁴ *Op. cit.*, nota 3, p. 46.

²⁵ Ferrari da Passamo S. J., “Homosexualidad y derecho”, E. D. 163-1009.

proclamando que aun cuando la conducta constituya un pecado no se debe discriminar al homosexual.

8. *El informe Kinsey*

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

En 1938, la Universidad de Indiana le solicitó a Kinsey que coordinara una facultad interdisciplinaria que impartiera un curso sobre relaciones maritales, a raíz de ello los alumnos comienzan a buscar a Kinsey para que los aconsejara en cuestiones sexuales, no encontrando todas las respuestas comienza a buscar en bibliografía científica y 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 es así, que Kinsey ideó entonces 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.

El modo en que se recopilaban estos datos, era mediante entrevistas a los sujetos que duraban de noventa minutos a dos horas, en las que les hacía de 350 a 500 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 país y solicitaba a amigos, alumnos y colegas que contaran su historia. Así fue logrando 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 lo más sorprendente fueron los datos 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 treinta y cinco años. El 10% de los hombres era más o menos exclusivamente homosexual durante por lo menos tres años entre los dieciséis y los cincuenta y cinco años de edad.

Entre las conclusiones que extrajo Kinsey, luego de su recopilación de datos, es destacable el hecho de que 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 hoy sigue siendo un instrumento de investigación esencial para los investigadores sexuales modernos. Se la llamó “escala de Kinsey”, la misma puntaba 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 que puntaban “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.

Conforme el volumen de su obra que dedica a la homosexualidad así como su especial tratamiento, al incluir para este tema en particular una sección titulada “Consecuencias sociales y científicas”, puede concluirse que Kinsey pensaba que los datos sobre la homosexualidad eran los que tenían ramificaciones de mayor alcance.

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

Otra consecuencia más general de los datos era que no existía el tipo de persona 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 de la cultura y de la socialización en el desarrollo de los modelos de expresión homosexual y heterosexual.

Para Kinsey, la selección de la sexualidad venía determinada mayormente por la costumbre, las obligaciones sociales, la oportunidad y la conveniencia, aún cuando sus datos no demostraban esta opinión.

La estadística más controvertida del trabajo de Kinsey, es la famosa cifra del “10 por ciento”. 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”, es decir que uno de cada diez hombres entre la población masculina de raza blanca. El problema que trae esta cifra, es que a menudo se interpreta que el 10% de la población masculina adulta es más o menos exclusivamente homosexual, y esto no es 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. Es de destacar que Kinsey no concebía que la heterosexualidad-homosexualidad fuera una forma de clasificar a las personas, sino a las conductas.

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

En 1953, Kinsey publicó el segundo informe de su estudio de la conducta sexual humana, el cual se 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 treinta años, el 25% de las mujeres reconocía reaccionar eróticamente ante otras mujeres, a la edad de cuarenta 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 personas de importancia dentro de la sociedad.

A su vez, siguió afirmando que los principales factores a la hora de determinar la orientación sexual del individuo eran la oportunidad y las experiencias sexuales.

En un principio, la comunidad psiquiátrica se mostró adversa a las conclusiones de Kinsey, por cuanto consideraban que éste no informaba sobre la patología de sus sujetos porque no sabía cómo hacerlo, concluyendo que no había psicoanalizado a sus sujetos, 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, por lo menos en algún momento de su vida, y no debería considerarse un indicador de trastorno mental grave.

Recientemente, se conoció un nuevo informe sobre las prácticas sexuales de los norteamericanos, derivado de un nuevo estudio realizado entre 3,500 personas en 1992, 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 a un 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).

9. *La homosexualidad y las asociaciones*

Si bien puede que el origen de las organizaciones homosexuales pueda remontarse a principio del siglo XX, lo cierto es que históricamente se fija la fecha de su origen el 28 de junio de 1969 en Nueva York con los motines de “Stonewal”. Stonewall era un bar homosexual de Greenwich Village donde se efectuó el 28 de junio de 1968 un operativo policial, por primera vez los homosexuales reaccionan en forma violenta y se produce un enfrentamiento que duró hasta el día 30 de junio de 1969.

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), organizada por 13 organizaciones de homosexua-

les que buscaban coordinar esfuerzos. Esta organización se transformó en una verdadera federación que 14 años después agrupaba a 410 asociaciones en más de 60 países.²⁶

El fin principal de la ILGA es trabajar para liberar a los homosexuales de cualquier discriminación legal, social, cultural y económica.

La creación de estas organizaciones ha sido importantísima para la reivindicación de los derechos de los homosexuales, que lógicamente solos, siendo perseguidos y discriminados, nunca hubieran logrado revertir su posición social, ni su estatus jurídico. La doctrina que ha abordado el tema concuerda en que la “presión *gay* en las instancias europeas ha sido fructífera”,²⁷ y se le atribuye a sus esfuerzos el dictado de la Recomendación 924 de 1981 y la Resolución 756 de 1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre discriminación contra los homosexuales, ambas del 1o. de octubre de 1981.²⁸ La Resolución del Parlamento de Europa sobre discriminación sexual en el trabajo del 13 de marzo de 1984;²⁹ Resolución del Parlamento de Europa sobre Respeto de los Derechos del Hombre en la Comunidad Europea del 11 de marzo de 1993;³⁰ Resolución del Parlamento de Europa sobre Igualdad de los Hombres y Mujeres Homosexuales en la Comunidad Europea, del 8 de febrero de 1994.³¹

En nuestro país, la asociación que nuclea a los homosexuales se denomina Comunidad Homosexual Argentina. Esta comunidad pidió el otorgamiento de la personería jurídica y le fue negado por la Cámara Nacional de Apelaciones Sala I, en el año 1990,³² en resolución que fuera confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en noviembre de 1991, en fallo dividido.³³

²⁶ *Op. cit.*, nota 23, p. 212.

²⁷ *Idem.*

²⁸ 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.

²⁹ Publicada en J. O., C 104, del 16-04-84, p. 46 y s.

³⁰ Publicada en J. O., C 115, del 26 04-1993, pp. 178, puntos 4 a 33.

³¹ Publicada en J. O., C 61 del 28-02-1994.

³² LL 1990-E-136.

³³ C. S. J. N. Comunidad Homosexual Argentina LL 1991-E 680, JA 1992-I226, con nota de Augusto Mario Morello, “La homosexualidad frente a la Constitución” y Felix Roberto Loñ, “Consideraciones sobre el rechazo de la personalidad jurídica a la comunidad homosexual Argentina”, E. D 146-229.

10. *La homosexualidad en la legislación actual*

En la actualidad el derecho ha cambiado radicalmente su postura frente a la homosexualidad; mientras que hasta mediados del siglo XX se lo consideraba un delito, se lo penalizaba y a sus miembros se los enviaba a campos de concentración, en la actualidad:

I. Se la ha despenalizado como delito.³⁴

II. Se trata de evitar la discriminación en razón de la preferencia sexual.

III. Las relaciones homosexuales son tenidas en consideración para obtener derechos en diversas áreas.

IV. Se legisla expresamente sobre las uniones homosexuales.

III. PROBLEMAS QUE GENERA LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL FRENTE AL DERECHO PÚBLICO Y FRENTE AL DERECHO PRIVADO

La cuestión fundamental es la pretensión de los homosexuales de reconocimiento jurídico de su unión convivencial.

La problemática sería muy sencilla de solucionar si se les otorga el derecho a casarse, ya que se le aplicaría a la pareja del mismo sexo que se casa el estatuto matrimonial y con ello se solucionaría la cuestión.

En otra obra anterior a esta hemos analizado el derecho a casarse de los homosexuales, y hemos concluido que no es inconstitucional la legislación Argentina en tanto reserva el derecho matrimonial a las parejas heterosexuales.³⁵

Advertimos que la negativa del derecho a casarse a las personas del mismo sexo, no soluciona nada en la práctica, sólo constituye una cuestión de principios, importante pero que nos deja sin respuesta a la enorme cantidad de problemas que las uniones convivenciales de personas del mismo sexo plantean y que vamos a tratar de describir.

En el ámbito del derecho público las uniones homosexuales plantean problemas específicos en el área de la seguridad social, particu-

³⁴ 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.

³⁵ Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a casarse*, Rubinzal Culzoni, 2001.

laramente en lo que hace a la salud y al régimen de pensiones y jubilaciones. La cuestión radica en determinar si se le extiende al conviviente del mismo sexo la cobertura de salud de su compañero así como el régimen de pensiones y jubilaciones.

No desconocemos que en el área del derecho público los conflictos no se limitan a las seguridad social sino que se extienden al área penitenciaria, donde surgen numerosos problemas como lo son el lugar de alojamiento de los homosexuales y el acceso al régimen de visitas carcelarias de la pareja homosexual, pero la especificidad de la temática requiere de conocimientos específicos en el área del derecho penal que no nos son propios, y por ende no abordaremos en el presente el delicadísimo tema carcelario.

En el ámbito del derecho procesal la cuestión estriba fundamentalmente en precisar la competencia del tribunal que atenderá las cuestiones relativas a las uniones homosexuales, ello implica determinar si son competentes los jueces de familia o los jueces patrimoniales para entender los conflictos que se generen entre los convivientes homosexuales como por ejemplo los reclamos alimentarios o las cuestiones a la disolución de la unión.

En el derecho brasileño la reticencia a identificar los vínculos entre personas del mismo sexo como una entidad familiar remitía a las demandas relacionadas con dichas formas de relación a la jurisdicción civil y no a la jurisdicción de derecho de familia. Una decisión pionera de la justicia de Río Grande do Sul, de junio de 1999, fijó la competencia de los juzgados de familia para juzgar la acción derivada de la relación homosexual (AI núm. 599.0750496), dando el primer paso para otorgarle a la unión homosexual el *status* de familia.

A partir de esta postura jurisprudencial, al menos en ese estado de la Federación brasileña, todas las acciones relacionadas con relaciones entre personas del mismo sexo se transfirieron de la jurisdicción civil a los juzgados de familia. Así mismo se atribuyó a las cámaras de familia del Tribunal de Justicia la competencia para juzgar los respectivos recursos. Hay que destacar que este es el único estado cuyas salas están especializadas, con competencias definidas por materias. Este motivo ciertamente es el que ha llevado a la justicia gaucha a ser considerada la que más avances ha venido introduciendo en el derecho de

familia de un modo general, y particularmente en las cuestiones que envuelven a los pares del mismo sexo.³⁶

En el derecho privado las uniones homosexuales plantean cuestiones frente a los terceros ajenos a la pareja y entre sus miembros.

Frente a los terceros los problemas se generan en el derecho a continuar la locación, el acceso a las técnicas de fecundación asistida, el derecho de adopción y la responsabilidad por daños derivados de la muerte del compañero homosexual.

Entre los miembros de la unión la problemática reside en el derecho de alimentos, el derecho sucesorio y la forma de liquidar los bienes a la disolución de la unión homosexual.

IV. INTERESES DE LOS HOMOSEXUALES

En el correr de la última década del siglo XX y más particularmente en el inicio del siglo XXI hemos advertido una evolución en todos los temas relativos a la homosexualidad.

La homosexualidad ha pasado de ser un motivo de escándalo, vergüenza, ocultismo y burla, a ser el tema casi obligado de las obras de arte, que la muestran en sus más diversos perfiles, es decir, ha dejado de ser oculta para ser expuesta, y exhibida desde los medios más restringidos del arte, como la pintura y la escultura hasta los más masivos como son el cine y la televisión, sin olvidar pasar por la música y la literatura.

En el arte la homosexualidad no se da a conocer más como un motivo de escarnio, ni de mofa, que condenaría a los autores al ostracismo, sino que por el contrario se la enaltece, o al menos se la muestra como una faceta más de lo humano separándola de lo bestial y antinatural que durante siglos la envolvió.

La evolución también se advierte en la sociedad, donde los *gays* aparecen, se dan a conocer más abiertamente, y viven sus relaciones afectivas cada día más públicamente.

³⁶ “Uniones homoafectivas”, la autora es miembro del Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-BR. También es vicepresidente del Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFam. Autora del libro *União homossexual: O preconceito e a justiça*. www.mariaberenicedias.com.br.

Este cambio en la manera de visualizar la homosexualidad también se refleja en lo jurídico, donde lógicamente se está produciendo un cambio de perspectiva.

No es que el operador jurídico haya necesitado 21 siglos para darse cuenta que los homosexuales existían y que por lo tanto eran sujetos de derecho, sino que durante 20 siglos la homosexualidad fue motivo de condena penal, y la única rama del derecho que se ocupaba de ellos era el derecho público en su faz represiva.³⁷

Las relaciones homosexuales eran condenadas y de esta manera se pensó en suprimirlas.

Aún hoy existen estados de los Estados Unidos, que es uno de los países más desarrollados, del mundo donde la sodomía es delito y la Corte Suprema de Estados Unidos ha considerado que tales leyes son constitucionales.³⁸

Pero dentro del mundo occidental la condena represiva de la homosexualidad entre personas adultas y libres ya pertenece a un capítulo de la historia del derecho y esta falta de represión ha contribuido notablemente a la publicidad de las relaciones afectivas de personas del mismo sexo.³⁹

Advertimos cómo la problemática de los homosexuales deja de ser patrimonio exclusivo del ámbito penal para constituir un problema común a todas las ramas del derecho.

Lógicamente la primera pretensión que plantean los homosexuales, como pretensión mínima es no ser condenados penalmente por mantener relaciones afectivas o meramente sexuales.⁴⁰ Logrado este objetivo de mínima, que ya dijimos que en el mundo occidental se ha obtenido lo que pretenden es el reconocimiento de la pareja homosexual.

Los intereses homosexuales en particular: el derecho a casarse y el derecho a la adopción.

³⁷ *Op. cit.*, pp. 13 y ss., capítulo I.

³⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos “Hardwick vs. Bowers”, un comentario a este fallo con extensas referencias a lo sostenido por cada uno de los jueces de la Corte norteamericana puede verse en “Discriminations based on sexual orientation. Jurisprudence the Supreme Court”, Harvard Law Review, vol. 110, 1996, núm. 1, pp. 155 y ss.

³⁹ Para ver un cuadro comparativo de la situación penal de la homosexualidad, véase Medina, Graciela, *op. cit.*, nota 35, pp. 51 y ss. Y *Revista de derecho privado y comunitario*, núm. 19, sección legislación y jurisprudencia de derecho comparado, en “Persona, familia y sucesiones”.

⁴⁰ *Ibidem*, nota 34.

1. *El derecho a casarse*

Los homosexuales alegan que tienen derecho a casarse, por ser un derecho humano básico que no les puede ser privado por su inclinación sexual, y entienden que la negativa estadual al reconocimiento de la capacidad de contraer matrimonio atenta contra el derecho humano a constituir una familia, vulnera el derecho a la igualdad de todos los seres humanos, lesiona su derecho a la orientación sexual, restringe irrazonablemente el derecho a la libertad y limita su derecho a la intimidad (*same sex marriage*).

Los fundamentos esgrimidos por las personas de igual sexo que pretenden casarse son: *a)* vulneración al derecho a casarse, *b)* violación al derecho de constituir una familia, *c)* discriminación, *d)* lesión a la igualdad, y *e)* ultraje a la intimidad.

Al mismo tiempo, debemos advertir que las razones sostenidas para otorgar o para denegar la pretensión marital a las personas de igual sexo está en íntima relación con la extensión y el significado que se le otorgue a las peticiones enumeradas.

En el reclamo a su derecho a casarse, los homosexuales deben buscar el fundamento último fuera de la legislación positiva vigente porque como se ha visto, en todos los casos, ésta les niega el derecho a casarse.

Los *gays* tratan de hallar una prerrogativa de contenido extrapatriomonal, inalienable, perpetua y oponible *erga omnes*, que corresponda a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, de la que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, que fundamente su derecho a casarse.⁴¹ Por tal motivo, se refieren a la vulneración de derechos humanos.

Jurisprudencia Comparada relativa al derecho a casarse

*Hillary Goodridge & Others vs. Department of Public Health & another. SJC-08860 —18 de noviembre de 2003— Corte Suprema del Estado de Massachusetts.*⁴²

⁴¹ Definición dada por Rivera, Julio César, *Derecho personalísimo*, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. II, p. 7.

⁴² Para una rápida ubicación del fallo ver: <http://www.state.ma.us/courts/courtsand-judges/courts/supremejudicialcourt/goodridge.html>.

O *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, 3, p. 542.

El caso llegó a la Corte a través de una “acción civil” entablada por 14 personas, que conforman siete parejas gay, de hombres y mujeres, cuyas edades van de los 35 a los 60 años y con relaciones afectivas de entre 4 a 30 años. Vale aclarar que cuatro de ellas tenían hijos. Los demandantes se dedicaban a profesiones tales como la abogacía, ingeniería informática, docencia, consultoría financiera y psicología. La controversia se suscita a partir de que a estas parejas les fueron negadas las licencias que les permiten casarse, afirmándose que al tratarse de parejas homosexuales, les estaba prohibido casarse.

Así, su pretensión era la declaración de inconstitucionalidad de la exclusión que rige para las parejas demandantes y parejas en idéntica condición, con respecto al matrimonio.

1. La capacidad procreacional y la voluntad procreativa no son condiciones para casarse.

2. El interés del menor no está sujeto a la orientación sexual de sus padres y está íntimamente relacionado con la estabilidad familiar. Excluyendo la posibilidad de que haya niños criados por parejas homosexuales no hace al resto mejores, ni más seguros.

El mayor costo económico que debe asumir el Estado al permitir el matrimonio homosexual no es un fundamento suficiente para negar un derecho humano básico.

2. *Derecho de adopción*

Las parejas homosexuales no pueden procrear si no es por medio de técnicas de fecundación asistida, inseminación artificial, el alquiler de vientres o la sustitución. Muchas veces, no pueden recurrir a dichos métodos, ya sea por razones económicas o legales. Así, la adopción se presenta como la única oportunidad de crear una familia y abrazar la idea del hijo propio.

Leslie Ann Minot⁴³ explica que las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (conocidos como el grupo LGBT) se convierten igualmente en padres de diversas maneras.

Pueden tener niños a través de relaciones heterosexuales. A menudo las lesbianas inician relaciones heterosexuales con el solo propósito de resul-

⁴³ Minot, Leslie Ann, *ut supra*, 11, p. 7.

tar embarazadas. Una lesbiana y un *gay* pueden decidir tener y criar a un niño juntos, ya sea por medio de relaciones sexuales heterosexuales, inseminación artificial, o accediendo a tecnologías reproductivas legales como una pareja. También pueden acceder a niños a través de adopciones “extra oficiales”. Para ellos es muy importante la adopción, la mera tenencia de un niño no les confiere los derechos que sí les brinda esta institución, al tiempo que priva a los niños de beneficios que sí gozan los adoptados; por ejemplo, el derecho a heredar a sus padres.

Los derechos y responsabilidades derivados de la paternidad difieren según los distintos ordenamientos jurídicos. Por lo general los padres tienen el poder de:⁴⁴

- a) Elegir dónde vivirá el niño, y asumir la responsabilidad de su cuidado diario.
- b) Tomar decisiones médicas con respecto al niño, autorizar tratamientos, ser consultado o informado acerca del tratamiento.
- c) Ser responsable de la educación del niño y otros aspectos de su bienestar.
- d) Obtener la tenencia del niño frente a una ruptura de la relación con el otro padre.
- e) Obtener la custodia del niño frente a la muerte del otro padre.
- f) Recibir créditos fiscales, exenciones o ayudas gubernamentales.
- g) Gozar de vacaciones o periodos de licencia autorizados por enfermedad del niño.
- h) Recibir asignaciones familiares.
- i) Llevar al niño de vacaciones.
- j) Cambiar legalmente el nombre del niño.

Asimismo, el niño también obtiene ciertos derechos, a saber:

- a) Sustento económico.
- b) Derecho a la legítima.
- c) Legitimación para reclamar indemnización por muerte del padre.
- d) Alimentos.

⁴⁴ *Op. cit.*, nota 43, *ut supra*, 11, p. 33.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. Nivel supranacional

Legislación de la Comunidad Económica Europea

Informe del Parlamento Europeo sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la Comunidad Europea de fecha 26 de enero de 1994.

En el año 1994 se presentó un proyecto de directiva; su ponente fue la congresista Roth; el proyecto no fue aceptado como directiva —que resulta obligatoria para los Estados miembros—, pero fue aprobado como Informe del Parlamento Europeo sobre la Igualdad Jurídica de los Homosexuales en la Comunidad Económica Europea de fecha 26 de enero de 1994.⁴⁵

El informe fue aprobado por una mayoría relativa, dado que en la votación estaban presentes 275 parlamentaristas sobre un total de 518, de los cuales 158 votaron a favor, 98 en contra y 18 se abstuvieron.⁴⁶

De este informe, creemos importante destacar algunos puntos de las peticiones, razón por la que lo transcribiremos.

PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO A LOS ESTADOS MIEMBROS CONTENIDAS EN EL INFORME.

A. Pide a los Estados miembros que supriman todas las disposiciones jurídicas que discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

B. Pide que las limitaciones de edad con fines de protección sean idénticas en las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.⁴⁷

C. Pide que se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas de la seguridad social, en las prestaciones sociales, en la legislación relativa

⁴⁵ El Parlamento Europeo puede elaborar informes, resoluciones y recomendaciones, según el artículo 45 de su reglamento interno.

⁴⁶ Para que se alcance el quórum en las votaciones necesario que se encuentren presentes al menos un tercio de los miembros efectivos.

⁴⁷ El Código Penal de Grecia en su artículo 347 establece que los homosexuales pueden ser perseguidos cuando exista la sospecha de seducción de un menor de quince o dieciséis años en la que se ha llevado el coito anal. Un informe sobre la situación mundial del derecho penal puede verse en *Revista de derecho privado y comunitario*, núm. 23, en sección “Legislación y jurisprudencia extranjera”, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2000.

a la adopción, en el derecho sucesorio, en la legislación en materia de opinión, prensa información, ciencia y arte; además, pide a todos los Estados miembros que, en el futuro, respeten estos derechos a la libertad de opción.

D. Pide a los Estados miembros que prohíban las discriminaciones por razón de orientación sexual en todos los ámbitos sociales y que extiendan a las parejas homosexuales los regímenes jurídicos de que se benefician las parejas heterosexuales o creen regímenes sustitutivos equivalentes para las primeras.

E. Pide a la Comisión que presente una propuesta de directiva al Consejo relativa a la lucha contra la discriminación por razones de orientación sexual.

F. Señala que esta directiva debería considerar discriminatoria, entre otras conductas, las siguientes:

- La denegación del derecho a la adopción o a la tutela.
- La denegación a las parejas homosexuales de instituciones jurídicas sustitutivas del matrimonio o la exclusión de las parejas homosexuales de los regímenes jurídicos para parejas no casadas.
- La negativa a reconocer a los matrimonios de personas extranjeras del mismo sexo o las parejas registradas en el derecho privado internacional de los Estados miembros.⁴⁸

Esta recomendación, aunque no tiene fuerza vinculante, tiene una importancia decisiva porque proviene del Parlamento Europeo, y demuestra el cambio de posición de Europa frente al problema homosexual.⁴⁹

2. Políticas legislativas

Se advierten diferentes formas de legislación que pueden ser clasificadas en:

A. Abstencionista.

B. Reguladora.

- Con posibilidad de contraer matrimonio.
- Con equiparación al matrimonio.

⁴⁸ Gutiérrez Díaz, Antonio, “El debate en el Parlamento Europeo. Antecedentes y situación actual en relación a los estados miembros”, *El derecho europeo ante la pareja de hechos*, Barcelona, Cedes, 1996, p. 203.

⁴⁹ El texto de ella y un comentario puede ser consultado, entre otros, en Ferrarida Passano, Paolo, *op. cit.*, nota 25 y en Kemelmajer de Carlucci, Aída, *op. cit.*, nota 16, pp. 238 y 239, y en Salter Cid, Nuno de, *op. cit.*, nota 23, 1998, p. 203.

- Con negación de los efectos del matrimonio.
- Regulación específica de la unión de hecho.
- En forma independiente.
- En forma conjunta con el concubinato heterosexual.
- En forma estadual.
- En forma nacional.

A. Legislaciones abstencionistas

Las legislaciones abstencionistas son aquellas en las que el legislador no ha tomado ninguna previsión con respecto a las uniones homosexuales, no las sanciona, pero tampoco se ocupa de regular sus consecuencias jurídicas.

Dentro de esta categoría se encuentran, en general, las legislaciones latinoamericanas; en estos países aún no existe un pronunciamiento legislativo sobre la amplia problemática que presentan las uniones homosexuales. Salvo en la ciudad de Buenos Aires, donde rige la Ley 1004 sobre Unión Civil y el decreto reglamentario 556/03 del 15/5/03.

B. Reguladoras

Denominamos legislaciones reguladoras a aquellas que se han preocupado por reglar la situación de las uniones de hecho, de diferente manera a saber:

a. Con autorización para contraer matrimonio

El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley conocida como Bill núm. 26672, entró en vigencia a partir de enero de 2001, las parejas homosexuales podrán acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.

En el mes de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento, también promulgó la ley que permite la adopción por parejas homosexuales. La normativa prevé que las parejas del mismo sexo que hayan cohabitado por más de tres años podrán adoptar bajo las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. Para hacerlo no es necesario que la pareja se encuentre casada o registrada.

Alguna de las consecuencias de las posibilidades de adopción por el compañero homosexual es que como un menor no puede tener más de dos padres oficiales, si un niño es adoptado por la pareja mujer de su madre, el menor ya no podría ser reconocido por su padre natural. Asimismo, la paternidad ya no puede determinarse judicialmente.

La ley sólo es aplicable a la adopción dentro de Holanda. En lo que concierne a los niños extranjeros, la situación no se ha modificado, es decir que la adopción en estos casos sólo podrá ser solicitada por parejas heterosexuales.

De todas maneras, se teme que la adopción por homosexuales en Holanda no sea reconocida en el extranjero, atento a que esta clase de adopción no fue incluida en la convención de La Haya sobre adopción de 1993.

b. Con equiparación al matrimonio

Algunas legislaciones han equiparado “las uniones homosexuales registradas” al matrimonio. En algunos casos en forma integral, en otros impidiendo el acceso de las uniones homosexuales a la adopción y al acceso a las técnicas de fecundación asistida, que le son negadas a las primeras.

En principio, estos sistemas reservan la denominación matrimonio para las uniones heterosexuales y a los homosexuales se les permite contraer “uniones registradas” o “uniones civiles” que tienen —en general— iguales efectos que el matrimonio.

Siguen este sistema, entre otros, los siguientes Estados:

Suecia: Ley de Registro de la Pareja de Hecho (23 de junio de 1994).⁵⁰

Noruega: Ley sobre Registro de Parejas.⁵¹

Dinamarca: Ley danesa sobre el Registro de las Parejas (7 de junio de 1989).⁵²

Vermont 2000.

Nueva Zelanda 21/11/00.

⁵⁰ La ley se puede consultar en español, *El derecho europeo ante la pareja de hecho*, seminario organizado por la Fundación Olof Palme, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 293 y 294.

⁵¹ *Op. cit.*, nota 50, pp. 297-299.

⁵² *Op. cit.*, nota 50, p. 302.

Nueva Escocia 30/11/00.

Ley Canaria de Uniones de Hecho Nro. 5 del 14/4/03.

Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura del 20/3/03.

Ley de Unión Civil de Québec.

Desde la óptica de la técnica legislativa, ésta es la forma más simple, ya que como el régimen del matrimonio goza de un estatuto completo, basta con la remisión a éste para solucionar la mayor cantidad de problemas que se pueden presentar, y en aquellos supuestos donde la voluntad legislativa no se inclina por la equiparación (como en la adopción y en las técnicas de fecundación humana asistida), se excluye la aplicación de las normas del matrimonio. Como vemos, el método es de una gran simplicidad, al menos formal.

c. Con negación expresa de toda equiparación al matrimonio

Algunas legislaciones, como la federal de los Estados Unidos de América, se encargan de regular sobre las uniones homosexuales para denegarles el estatus matrimonial, y privarles de toda equiparación con éste.

En Estados Unidos de América tiene gran importancia la Ley de Defensa del Matrimonio del 12 de julio de 1996, dictada por una amplísima mayoría de votos (342 contra 67 en la Cámara de Diputados y 85 contra 14 en el Senado). En su segunda sección, esta norma establece:

Ningún Estado, territorio, posesión de los Estados Unidos o tribu india, estará obligado a hacer efectiva en su ámbito propio ninguna disposición, documento o sentencia judicial de otro estado, territorio, posesión o tribu, concerniente a una relación entre personas del mismo sexo, que sea considerada como matrimonial según las leyes de ese otro estado, territorio, posesión o tribu.

La posibilidad de rechazo se extiende, incluso, a “cualquier derecho o demanda surgida de una relación de ese género”.⁵³

⁵³ Una crítica a esta ley puede consultarse en Strasser, Mark, *Same Sex Marriage and the Constitution*, cap. VI, The Defense of Marriage Act, pp. 127 y ss. Strasser, Mark, *Legally wed, Same-Sex, Marriage and the Constitution*, Londres, Cornell University Press, 1997.

La importancia de la citada norma radica en que se trata de una ley federal; al respecto, cabe recordar que, en Estados Unidos, el matrimonio no es una cuestión federal sino que cada estado lo regula en forma independiente, de allí que puedan haber estados que reconozcan el matrimonio entre homosexuales. Pero a partir de la Ley de Defensa del Matrimonio, ningún estado está obligado a reconocer como matrimonio a las uniones concubinarias del mismo sexo, aun cuando otro estado así lo hubiera hecho.

d. Regulación específica de la unión de hecho homosexual

Algunos estados han optado por legislar especialmente sobre las uniones de hecho homosexuales en forma independiente del matrimonio, y aclaran específicamente, que no se aplica el estatuto matrimonial, ni genera relaciones de parentesco.

Esta clasificación admite una subclasificación, a saber:

- Legislaciones que regulan las uniones homosexuales, en forma independiente.
- Legislaciones que regulan las uniones homosexuales, en forma conjunta con el concubinato heterosexual.

Entre las primeras se encuentra la Ley de Parejas de Cataluña, sancionada el 11 de junio de 1998. Esta ley contiene dos capítulos: el primero es sobre las parejas de hecho heterosexuales, y el segundo regula a la unión estable homosexual en forma independiente.

Entre las que regulan las uniones homosexuales en forma conjunta con el concubinato heterosexual se encuentran la Ley de Aragón y la ley francesa de PAC, pero en lo que respecta a la adopción y a las técnicas de legislación humana asistida existen diferencias, puesto que no se concede a las uniones homosexuales el derecho de adoptar, ni el de ser beneficiarios de los procedimientos de las técnicas de legislación humana asistida.⁵⁴

⁵⁴ Una reseña de esta ley de nuestra autoría puede consultarse en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 20, Santa Fe, Argentina, 1999, p. 441.

C. *La situación argentina*

En Argentina se ha dictado en la ciudad de Buenos Aires la Ley de Uniones Civiles que permite a las parejas del mismo sexo inscribirse en un registro público de uniones civiles que funciona en el ámbito del Registro Civil y Capacidad de las Personas y otorga a los miembros de la unión iguales derechos que a las personas casadas dentro del ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En igual sentido y con los mismos alcances dentro de su respectiva jurisdicción la provincia de Río Negro ha dictado una Ley de Uniones Civiles.

Por otra parte, jurisprudencialmente se ha admitido que los miembros de una unión homosexual gozan de los beneficios que la seguridad social otorga a las parejas de diferente sexo, y doctrinariamente se admite la continuidad de la locación por el conviviente homosexual y se aplica a la disolución de la unión homosexual los mismos principios jurisprudenciales que para la disolución del concubinato heterosexual.⁵⁵

VI. CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico no puede ignorar la existencia de uniones de hecho homosexuales.
2. Las relaciones sexuales de dos personas libres y capaces, que no ofenden la moral pública, integran el ámbito de su privacidad y toda Constitución democrática obliga a su respeto.
3. La posición del derecho frente a las uniones que tienen como base la cohabitación homosexual pública y estable debe ser la de respeto, reconocimiento y diferenciación.

A. *Respeto*: El respeto a la libre determinación y a la vida privada de los hombres hace necesario que las uniones homosexuales no sean perseguidas penalmente, ni discriminadas arbitrariamente.

⁵⁵ Medina, Graciela, *op. cit.*, nota 35; “Uniones de hecho homosexuales”, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, diciembre de 2001 y “Las uniones de hecho homosexuales frente al derecho argentino”, *Revista de Derecho Comparado*, núm. 4, “Uniones entre personas del mismo sexo”, Santa Fe, Argentina, noviembre de 2001, p. 87.

B. *Reconocimiento*: El derecho debe reconocer la existencia de uniones homosexuales y, en consecuencia, concederles efectos jurídicos, en algunas áreas sobre la base del derecho a la orientación sexual internacionalmente propugnado.

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

D. En un verdadero sistema pluralista no basta con declarar que existe el derecho a la libre orientación sexual, sino que existan acciones afirmativas por parte del Estado en este sentido.