

GRACIELA MEDINA

**LOS HOMOSEXUALES
Y EL DERECHO
A CONTRAER
MATRIMONIO**



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

LOS HOMOSEXUALES Y EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

GRACIELA MEDINA

**LOS HOMOSEXUALES
Y EL DERECHO A
CONTRAER MATRIMONIO**

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Tucumán 2644 – Tel. (0342) 455-5520 – S3000CAF Santa Fe

Arturo M. Bas 284 – Tel. (0351) 428-4418 – X5000KLF Córdoba

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

A quien más me apoyó,
JULIO CÉSAR RIVERA

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO	9
---------------	---

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA CONSIDERACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

I. Introducción	13
1. El porqué de la elección del tema o la causa que motiva el estudio	13
2. El qué investigar o la cuestión del objeto	18
3. El cómo realizar el trabajo, o la cuestión del método	19
4. Del para qué o la cuestión de la causa fin	21
II. Evolución histórica.	22
1. Grecia	22
2. El cristianismo	27
A) Antiguo Testamento	28
a) Sodoma y Gomorra (Génesis, XIX I-29)	28
b) Código de Santidad del Levítico (<i>Levítico</i> , XX-13) ...	29
c) Presunta homosexualidad de David y Jonatán	30
B) Nuevo Testamento	31
C) La Patrística	31
3. La Edad Media	32
4. La Revolución francesa	33
5. La homosexualidad en los regímenes dictatoriales	33
A) La homosexualidad en la Alemania nazi	33

B) La homosexualidad en el régimen stalinista	37
C) La homosexualidad en el régimen franquista	37
6. La homosexualidad como enfermedad	38
7. La homosexualidad y la doctrina actual de la Iglesia Católica	40
8. El informe Kinsey	42
9. La homosexualidad y las asociaciones <i>gay</i>	45
10. La homosexualidad en la legislación actual	50
11. La no discriminación por la orientación sexual en la legislación positiva actual	58
12. La razón fundamental por la cual las conductas homosexuales privadas de personas adultas no pueden ser prohibidas ni castigadas	61
13. La homosexualidad en el Derecho argentino actual	64
A) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	64
B) Las soluciones legales relativas a la no discriminación en razón de la orientación sexual	65
III. Conclusiones	67

CAPÍTULO II

DENOMINACIÓN, CONCEPTO Y CARACTERES

I. Introducción	69
II. Denominaciones	70
III. Diferencia entre homosexuales y transexuales	74
IV. Concepto	76
V. Naturaleza	76
1. Diferencias con el concubinato	76
2. Diferencias con las uniones esporádicas, libres y transitorias	79
VI. Características de la unión de hecho homosexual	80
1. Convivencia	80
2. Singularidad	83
3. Publicidad	84

4. Permanencia y duración.	85
5. Inexistencia de impedimentos de parentesco.	88
6. Imposibilidad de engendrar hijos.	89
7. Imposibilidad de educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados.	90
8. Incapacidad de la unión para la continuación de la especie . . .	91
9. Ineptitud para la transmisión de los valores culturales tradicionales.	92
VII. Conclusiones	92
1. Denominación	92
2. Concepto	93
3. Caracteres.	93

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

.	95
I. Legislación comparada	97
1. Clasificación de las legislaciones según la forma de la regulación	98
Legislaciones abstencionistas	98
Legislaciones reguladoras	98
2. Legislación de la Comunidad Económica Europea	100
Considerandos	101
Reflexiones generales	102
Peticiónes del Parlamento Europeo a los Estados Miembros contenidas en el informe.	102
3. Ley de los Estados Unidos de América de 1996	104
4. Ley de Dinamarca de 1989	106
5. Ley de Noruega de 1997	107
6. Ley de Suecia de 1987-1994	108
7. Ley de Hungría de 1996.	109
8. Ley de Holanda de 1997	109
9. Ley de Cataluña sobre uniones de hecho hetero y homosexuales 10-1998.	111

10.	Ley de Aragón relativa a parejas	
11.	Ley de Francia de PAC de 1999	120
12.	Ley de Canadá de 1999	127
13.	Ley de Puerto Rico de 1999	128
14.	Ley de Kentucky de 1998	128
15.	Ley de Iowa de 1997	129
16.	Ley de Illinois	129
17.	Ley de West Virginia 2000-4	129
18.	Ley de Washington de 1998	129
19.	Ley de Delaware	129
20.	Ley de Utah	130
21.	Ley de Vermont de 2000	130
22.	Ley de Navarra de 2000	135
II.	Jurisprudencia comparada	137
1.	Jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos de Europa . .	137
A)	Caso “Rees”	138
B)	Caso “Cossey”	146
C)	Caso “Sheffield y Horshman”	150
D)	Caso “X, Y y Z c/Reino Unido”	155
2.	Precedentes de la Comunidad Económica Europea	162
3.	Jurisprudencia americana	163
A)	Jurisprudencia de Hawai	164
B)	Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos	172
4.	Jurisprudencia alemana	178
A)	Sentencia de la Corte Constitucional en el caso del transexual	178
B)	Juzgado de 1ª instancia de Franckfurt, del 21 de diciembre de 1992	179
C)	Sentencia de la Corte Constitucional de 1993	181
5.	Jurisprudencia española	182
A)	Auto del Tribunal Constitucional 47-1993	182
B)	Auto del Tribunal Constitucional 222-1994	183
III.	Proyecto de ley argentino	185
IV.	Conclusiones	190

CAPÍTULO IV

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE LIMITAN EL DERECHO A CASARSE A PERSONAS DE IGUAL SEXO

.....	191
I. Los derechos comprometidos.....	192
1. Introducción.....	192
2. Fin del capítulo.....	192
3. Método del capítulo.....	193
4. Concepto de derechos humanos.....	194
II. Instrumentos internacionales de derechos humanos.....	197
1. Derecho a casarse.....	197
A) Los instrumentos internacionales que los contemplan.....	197
a) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).....	198
b) Pacto de San José de Costa Rica (1969).....	198
c) Convención Europea de Derechos Humanos.....	198
El derecho a casarse admite reglamentaciones.....	198
B) ¿Cómo interpretar que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse?.....	201
a) Los partidarios de la unión homosexual afirman que las convenciones no aclaran que el derecho a casarse del hombre y la mujer esté limitado al casamiento entre sí.....	201
b) Una “interpretación integradora” de las convenciones sólo permite sostener que el derecho a casarse existe para que sea ejercido entre personas de diferente sexo.....	201
c) Una “interpretación lógica” lleva a afirmar que la libertad matrimonial contemplada en los tratados de derechos humanos se refiere a la celebración heterosexual.....	202
d) Una “interpretación gramatical” lleva a concluir que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre hombre y mujer.....	203

e)	Una “interpretación sociológica” permite afirmar que el matrimonio es la institucionalización de la unión intersexual	204
f)	Una “interpretación teleológica” induce a decir que el derecho a celebrar matrimonio es otorgado a personas de diferente sexo	205
2.	Derecho a constituir una familia	208
A)	Los instrumentos internacionales que lo contemplan	208
a)	Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Civiles y Políticos	208
b)	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)	208
c)	Convención Europea de Derechos Humanos	209
B)	La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿les impide a los homosexuales constituir una familia?	209
a)	Concepto de familia	209
a.1)	Conceptos tradicionales	209
a.2)	Conceptos modernos	210
b)	Según las definiciones tradicionales de familia, la unión homosexual no es una familia, y la prohibición de casarse no vulnera el derecho personal a constituir una familia	212
c)	Según las modernas definiciones de familia, la unión homosexual puede ser considerada una familia; por ende, la imposibilidad de contraer matrimonio no impide la conformación de una familia	213
3.	Derecho a no ser discriminado	214
A)	Instrumentos internacionales que lo contemplan	214
a)	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	214
b)	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) ..	214
c)	Pacto de San José de Costa Rica	214
d)	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	215
e)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ...	215
f)	Convención Europea de Derechos Humanos	215

B)	La prohibición de celebrar matrimonio, ¿discrimina a los homosexuales?	216
a)	Las asociaciones <i>gays</i> sostienen que la prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo los discrimina porque les impide optar por una unión regulada por el Estado	216
b)	La prohibición de celebrar matrimonio a personas de igual sexo no es discriminatoria, porque no resulta arbitrario negarles el estatuto matrimonial a las parejas que no tienen iguales condiciones que los heterosexuales	216
c)	Del carácter peyorativo del término discriminación y de su necesaria conceptualización	218
4.	Derecho a la intimidad	219
A)	Los instrumentos internacionales que lo contemplan	220
a)	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	220
b)	Pacto de San José de Costa Rica (1969)	221
c)	Convención Europea de Derechos Humanos	221
B)	La imposibilidad de contraer matrimonio, ¿violenta el derecho a la intimidad de los homosexuales?	221
a)	Los homosexuales sostienen que la prohibición de contraer matrimonio vulnera su derecho a la vida privada porque limita la elección libre de un compañero sexual	221
b)	El sistema de matrimonio heterosexual no constituye una intromisión en la vida privada de los individuos homosexuales	222
III.	Constitución argentina	222
1.	Normas constitucionales	223
2.	Interpretación de las normas constitucionales	224
3.	Único caso en que la Corte argentina declaró inconstitucional un límite al derecho a casarse. Caso “Sejean”	226
4.	Cómo resolver el conflicto entre el derecho a la orientación sexual de la minoría homosexual y el derecho a casarse	228
IV.	Conclusiones	229

CAPÍTULO V

¿EXISTEN RAZONES QUE JUSTIFIQUEN CAMBIAR LA LEGISLACIÓN POSITIVA PARA PERMITIR QUE LOS HOMOSEXUALES SE CASEN ENTRE SÍ?

.....	231
I. Introducción	232
II. Tesis positiva	234
1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo implica una “discriminación en razón del sexo” . . .	234
2. La legislación positiva al prohibir el matrimonio homosexual implícitamente reconoce la facultad estatal de permitirlo	236
3. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo impide a las parejas homosexuales obtener una protección igual que las que gozan las parejas heterosexuales . .	237
4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es “contraria al pluralismo”	240
5. El argumento de la “tradicón no justifica la prohibición” de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo	241
6. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo provoca el “abuso de otros institutos como la adopción”	243
7. El impedir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor	245
8. El fin del matrimonio no es la procreación	246
9. El derecho a casarse no es “sólo” otorgado a personas que puedan procrear entre sí.	248
III. Respuesta a la tesis positiva	250
1. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no implica una discriminación en razón del sexo porque es razonable.	251
A) No hay discriminación porque no hay situaciones iguales.	251
B) No hay discriminación porque no hay arbitrariedad.	254
2. La existencia de una prohibición legal no lleva siempre implícita la regla de la permisibilidad	256

3. El permitir a los homosexuales casarse o equiparar las uniones homosexuales a los matrimonios heterosexuales en todos los planos es inconstitucional	257
4. La prohibición de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo no es contraria al pluralismo	259
5. El requisito de la heterosexualidad para contraer matrimonio no es contrario al principio de igualdad familiar	260
6. El abuso de otros institutos como la adopción no justifica la desnaturalización del matrimonio	262
7. El permitir el matrimonio homosexual es contrario al interés del menor	262
8. Uno de los fines del matrimonio es la procreación	264
9. Las parejas homosexuales no pueden cumplir con la totalidad de los fines del matrimonio	268
10. La falacia del hambre como argumento insustentable.....	269
11. Equiparar el matrimonio a las uniones homosexuales es asimilar lo que no resulta asimilable	269
IV. Inconstitucionalidad de la ley que permita el matrimonio homosexual.....	270
CONCLUSIONES	273
Posición del ordenamiento jurídico frente a las uniones de hecho homosexuales	273
Los homosexuales y el derecho a casarse	274
La constitucionalidad de las leyes que impiden el casamiento homosexual	274
BIBLIOGRAFÍA	277

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 15 DE JUNIO DE 2001 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE