

**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

# 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
Peticiones 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
	295

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 “tradicción 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