

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarrocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

¿Es la libre elección de practicar la homosexualidad un principio general del derecho?

Por Juan Carlos Ghirardi ¹

I. Introducción y objetivo

Los seres humanos y gran parte del resto de los seres vivos, animales y aún vegetales tienen dos sexos, es decir, se distinguen entre machos y hembras, a partir de cuya unión física surgen otros seres de la misma naturaleza que ellos, de modo que parece lógico afirmar que la conservación y propagación de cada una de esas especies está sujeta a la actividad sexual.

Yendo ahora a la humanidad, no debería extrañarnos entonces que esa actividad entre seres de distinto sexo haya sido siempre lícita, regulada y protegida por las leyes, con la única excepción quizás del Estado de la Ciudad del Vaticano en cuanto a sacerdotes y monjas respecta, pero solamente en relación a los mismos, ya que la Iglesia considera y jerarquiza al matrimonio como un sacramento.

Digo esto aunque existen infinitas variaciones por cierto, ya que algu-

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Categoría I. Presidente emérito de ADRA.

nas relaciones entre personas de diferente condición social estuvieron mal vistas o directamente prohibidas en ciertas culturas. En algunas comunidades se permitieron las uniones transitorias, otros sistemas jurídicos postularon la indisolubilidad de dichas uniones. En algunas regulaciones ambos cónyuges estuvieron y están en pie de igualdad, en otras un género estuvo o está sometido al otro, o inclusive el miembro de uno de ellos tuvo o tiene permitido mantener a la vez varias parejas simultáneamente.

Es claro entonces que la tutela de algunas o varias de estas relaciones sexuales entre personas de distinto sexo fue siempre protegida por el derecho, al punto que podríamos decir que la licitud de formar una pareja heterosexual, sin perjuicio de las modalidades de esa unión, es un principio general del derecho. Ahora, ¿podríamos decir lo mismo si de formar parejas, permanentes o transitorias, del mismo sexo se trata? Dicho de otra manera, ¿podrá afirmarse que la total libertad de elección sexual es también un principio general del derecho? Intentar esclarecer este interrogante es el objetivo del presente trabajo, pero previamente debo hacer una aclaración. Me limitaré al análisis de la cuestión desde el aspecto exclusivamente jurídico, dejando de lado toda valoración hecha desde el punto de vista de la moral.

Comencemos definiendo el concepto de homosexualidad, que fue creado en Prusia en la década de 1870 para describir la atracción y el comportamiento sexual entre seres del mismo sexo. Y a esos fines voy a remitirme al *Diccionario* de la Real Academia Española, que muy sucintamente dice que homosexual es una “persona que tiene relación carnal con otra del mismo sexo”. Por su parte la *Enciclopedia Británica*³ define la homosexualidad como “un interés sexual y atracción hacia miembros del mismo sexo, aunque ello no implique necesariamente

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970). *Diccionario de la Lengua Española*. XIX Edición. Madrid.

³ ENCYCLOPEDIA BRITANNICA INC. (1995). *The New Enciclopedia Britannica*. 15^o Edición. Chicago.

un contacto físico que lleve al orgasmo. La homosexualidad femenina es conocida como lesbianismo”.

Con el mayor de los respetos, creo que el concepto de la Real Academia se queda corto, y por varios motivos. En primer lugar, porque las prácticas homosexuales no se limitan exclusivamente al ámbito carnal, pueden darse vínculos de esta naturaleza sin que medie relación sexual, como bien lo puntualiza la *Enciclopedia Británica*. Y en segundo lugar, porque la homosexualidad no se da exclusivamente entre los seres humanos, sino que es una orientación que se replica a lo largo de todo el reino animal, inclusive los insectos.

II. Homosexualidad en los animales

La homosexualidad y la bisexualidad están presentes en el reino animal en una proporción variable. El comportamiento homosexual de los animales toma muchas formas distintas, como la relación sexual propiamente dicha, el afecto, la vida en pareja, el atender a las crías aunque no sean nacidas de quienes se ocupan de ellas. Puede darse en numerosos seres vivos, desde primates hasta parásitos intestinales, y eso está bien documentado en alrededor de cuatrocientas cincuenta especies⁴, con la aclaración que se trata de comportamientos minoritarios en ellas y no los prioritarios en alguna determinada. Aunque a veces constituyen una estrategia para tener mayores oportunidades de actividad heterosexual, es el caso de algunos peces de tamaño pequeño y colores desvaídos, que realizan requerimientos sexuales a machos mayores con el fin de atraer la atención de las hembras.

⁴ HARROLD, M. (1999) comentando el libro de BAGEMIHL, B. *Biological exuberance. Animal homosexuality and natural diversity*. Highbeam Encyclopedia, New York: St. Martin's Press. Consultado el 14 de marzo de 2022.

Si bien el comportamiento parece estar más extendido entre los pájaros sociales y los mamíferos, particularmente entre estos últimos los marinos y los primates, no existen especies para las que no se hayan encontrado comportamientos homosexuales, tanto en machos como en hembras, con excepción de las que nunca tienen sexo, como los erizos marinos. Además, una parte del reino animal es hermafrodita, realmente bisexual como el pez julia, que abunda en las costas europeas del océano Atlántico y en el Mediterráneo y que es hembra en su juventud y macho en su madurez. Esta característica de tener ambos sexos se encuentra inclusive en el reino vegetal, donde una especie de tomate silvestre originario de Australia, el *solanum plastisexum*, se destaca por tener algunas flores masculinas, otras femeninas, e inclusive de ambos géneros al mismo tiempo.

Agrego a continuación una lista, solamente a título ejemplificativo y que de ninguna manera es exhaustiva, de especies en las que se han observado casos de homosexualidad en el reino animal, a la que se podrían adicionar algunos invertebrados, como los cangrejos.

Dentro de los mamíferos: macacos, bisontes, osos, ratas, caribúes, gatos, perros, monos, chimpancés, delfines, hienas, elefantes, zorros, jirafas, cabras, caballos, ciervos, focas, ardillas, cabras, ballenas, pecaríes, canguros.

Dentro de las aves: avestruces, pavos, lechuzas, cisnes, emúes, pingüinos, ánades, flamencos, cormoranes, cigüeñas, pollos, gaviotas, gansos, cotorras australianas, cuervos, buitres, palomas, gorriones, golondrinas, colibríes, patos.

Dentro de los peces: tanto marinos como los peces hoja, salmones, fundulus, tilapias, peces sol, gambusias, y la mayor parte de los peces ovovivíparos de acuario como lebistes, mollys, espadas y platys.

Dentro de los reptiles: lagartos, iguanas, tortugas, galápagos y serpientes como la de cascabel.

Dentro de los anfibios: ranas, salamandras y sapos.

Dentro de los insectos: gusanos, gorgojos, moscas, cucarachas, escarabajos, mariposas, libélulas y chinches.

III. La Antigüedad prerromana

Vaya un brevísimo resumen, que no pretende ser exhaustivo sino meramente ilustrativo.

La Prehistoria

Obviamente no existen testimonios escritos ni transmitidos por vía oral de los tiempos prehistóricos, aunque podemos conocer algo de la vida en aquellas épocas lejanas a través de los descubrimientos arqueológicos. Uno de ellos se realizó a raíz de unas excavaciones que se hicieron en las afueras de Praga que permitieron sacar a la luz los restos de un hombre que vivió entre los años 2500 y 2000 a. C., que presumiblemente pertenecía a una cultura desarrollada entre fines de la Edad de Piedra y fines de la Edad de Bronce, ocupando gran parte del norte de Europa.

Sabemos que el ritual funerario de esa cultura diferenciaba muy bien los cadáveres según su sexo. A los hombres se los enterraba sobre su costado derecho y mirando al oeste, acompañados de instrumentos de guerra como lanzas, cuchillos, o cualquier otra arma o herramienta de la época, y algunas porciones de alimento y bebida para el trayecto, mientras que las mujeres eran enterradas sobre su lado izquierdo y con la cabeza mirando hacia el este. Éstas estaban acompañadas de collares hechos con dientes de animales, pendientes de cobre, jarras y/o utensilios de menaje, así como un recipiente en forma de huevo que era colocado cerca de los pies.

En el caso del esqueleto masculino descubierto en Praga sucedía algo muy extraño: reposaba sobre su lado izquierdo, miraba hacia el este y no tenía consigo sus armas sino que a su lado había instrumentos de cocina y enseres hogareños. Esto podría indicar que se trataba de un hombre

con una orientación sexual diferente, tal vez un homosexual⁵. Pero si éste hubiese sido el caso, evidentemente no se lo discriminó al punto de negarle las honras fúnebres.

Mesopotamia

Se describen prácticas homosexuales masculinas ya desde el período de la civilización sumeria allá por el año 3000 a. C. tanto entre hombres con otros hombres como entre éstos y muchachos. Existían por entonces sacerdotes-cantores llamados *assinu*, que significaba literalmente “hombre útero”, lo que ha sido interpretado como homosexual.

En Babilonia, cuya cultura se extendió entre los años 2100 y 560 a. C., la homosexualidad era considerada algo corriente y no se la condenaba⁶. Así, en el mito de Gilgamesh se describe una relación erótica de éste con su compañero Enkidu. Igualmente existen constancias que algunos sacerdotes de Ishtar eran homosexuales y en ciertos ritos participaban bailando vestidos como mujeres. En algunos templos babilónicos existía prostitución masculina sagrada, aunque practicarla fuera de esos lugares no estaba bien visto.

En cambio, los asirios, cuya civilización se extendió entre el 1800 y el 1077 a. C., fueron absolutamente intolerantes con la homosexualidad masculina, al punto de que durante el reinado de Tiglatpilisér I, en el siglo XII a. C., se condenaba a los homosexuales con castración. Sin embargo, en el Código de Hammurabi, de alrededor del 1770 a. C., se menciona a las *salzikrum* (hijas-varón) que podían tomar una o varias esposas y tenían derechos de herencia y de propiedad semejantes a los de los hombres. ¿Habrán sido antecesoras de las lesbianas?⁷

⁵ https://www.abc.es/tecnologia/abci-primer-homosexual-201104120000_noticia.html.

Consultado el 16 de marzo de 2022.

⁶ NEMET-NEJAT, K. (1998). *Daily life in ancient Mesopotamia*. Connecticut: Greenwood Press. Consultado el 16 de marzo de 2022.

⁷ www.Pt.Lesbianas.tv. *Historia del lesbianismo*. Consultado el 16 de marzo de 2022.

Egipto

Los registros históricos sobre homosexualidad en el antiguo Egipto son muy escasos y la mayoría de las veces ambiguos. En una tumba excavada en la tierra, del género llamado mastaba, ubicada en Saqqara y que data alrededor del 2400 a. C., perteneciente a dos funcionarios reales del faraón Nyusera de la V dinastía, aparecieron imágenes de ambos abrazándose en situaciones muy similares a las habituales de los matrimonios heterosexuales encontradas en otras tumbas del mismo período, lo que puede llevar a pensar que eran una pareja homosexual.

La referencia más explícita a la homosexualidad en la cultura egipcia está en los mitos de Seth y su sobrino Horus, el hijo de Osiris. Seth violó analmente a Horus, lo que los llevó a luchar durante varios días en el Nilo con la apariencia de hipopótamos. Durante la contienda, Seth le arrancó un ojo a Horus y éste cortó el pene de su tío. Reconciliados merced a la intervención de Tot, el dios de la sabiduría, ambos representaron en adelante la unidad de todo Egipto.

El relato no revela la consideración que la sociedad egipcia tenía de las relaciones homosexuales, ni se aclara si la deshonra viene del hecho de permitir ser violado ejerciendo el papel pasivo, o por practicar sexo homosexual en sí, pero al menos registra que los egipcios conocían el concepto de sexo entre hombres.

Lejano Oriente

En China se tiene conocimiento de este tipo de prácticas sexuales desde la Antigüedad. Pan Guangdan⁸ muestra en su recopilación de

⁸ GUANGDAN, P. (1946). "Zhongguowenxianzhongtongxinglianjuli (Ejemplos de homosexualidad en los documentos chinos)". En *Xing xilixue (Psicología del sexo)*, Pekín.

citas sobre homosexualidad en los textos antiguos que casi todos los emperadores de la dinastía Han tuvieron uno o varios amantes masculinos. Hay también menciones de lesbianas en los registros históricos.

La atracción por el mismo sexo en China se consideró normal y no era perseguida. El amor homosexual fue frecuentemente representado en el arte chino y muchos ejemplos sobrevivieron a la revolución cultural. Aunque no quedan grandes estatuas, hay muchos dibujos en manuscritos, en rollos y pinturas sobre seda que pueden verse en colecciones privadas.⁹

En la India se encuentran registros históricos en el *Rigveda*, cuyo texto data de mediados del segundo milenio a. C., al igual que en relatos tradicionales, en obras médicas y jurídicas, que mencionan la existencia de personas que pertenecerían a un “tercer género”. En este grupo se englobaba tanto a transexuales como a homosexuales y bisexuales, es decir, a todo aquel que se consideraba que en su ser tenía mezcladas las naturalezas masculina y femenina. El *Kamasutra*, escrito en el siglo III d. C., describe prácticas homosexuales tanto masculinas como femeninas, en especial las técnicas de la felación entre hombres.¹⁰

América

Antes de 1492 existían personas a las que llamaban de “dos espíritus” en muchas culturas indígenas localizadas en lo que luego se denominaría Norteamérica, es decir, personas que desempeñaban roles y costumbres masculinas y femeninas, lo que incluía vestir y realizar tareas que no se correspondían con el sexo con el que habían nacido. Existen registros de transexuales tanto masculinos como femeninos en más de 130 tribus.¹¹ También hay registros de relaciones homosexuales entre hombres, algunas veces durante toda la vida, y relaciones pederastas masculinas.

⁹ *World history of male love*. Consultado en Internet el 17 de marzo de 2022.

¹⁰ <https://www.amazon.com/-/es/Vatsiaiana-ebook/dp/B0019HQ64U>. Consultado el 17 de marzo de 2022.

¹¹ *Yearbook of Intermediate Sexual Types*. En <https://www.britannica.com/topic/Yearbook-of-Intermediate-Sexual-Types>. Consultado el 17 de marzo de 2022.

Los aztecas sancionaban con penas graves las relaciones sexuales entre hombres o entre mujeres. Conforme sus leyes la pena era capital, correspondiendo el empalamiento para el varón que penetraba, la extracción de las entrañas por el orificio anal para el varón que era penetrado y la muerte a garrotazos para las mujeres que mantenían relaciones sexuales entre sí.

Los mayas en cambio fueron relativamente más tolerantes con las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo o género, aunque llegaban a condenarlas a la muerte en un horno en determinados casos; sin embargo, se sabe de fiestas sexuales que incluían el sexo entre hombres o entre mujeres¹². La sociedad maya consideraba que las relaciones sexuales con personas del mismo género eran preferibles al sexo prematrimonial, por lo que los nobles buscaban a esos fines esclavos sexuales para sus hijos.

Los toltecas, por su parte, no tenían restricciones para las relaciones sexuales. Se dice que incluso sorprendían a los mayas sus exhibiciones de erotismo.

Entre los incas había diferencias respecto a la consideración y la aceptación de la homosexualidad según las zonas del imperio. Donde se la aceptaba solía estar asociada a conceptos de carácter religioso y sagrado, había ritos dirigidos por sacerdotes travestidos que incluían prácticas de este género. Existen numerosas cerámicas de la época que representan sexo homosexual explícito de la cultura chimú, que era un imperio preincaico desarrollado sobre las costas del actual Perú.

Grecia

La sociedad griega acostumbraba a separar muy jóvenes a los efebos de la casa paterna, llevándolos a campamentos en los que se instruían en el arte del desarrollo del cuerpo y las habilidades guerreras. Este ambiente

¹² *California bans same-sex marriage*. En [https://ballotpedia.org/California_Proposition_8_Same-Sex_Marriage_Ban_Initiative_\(2008\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_8_Same-Sex_Marriage_Ban_Initiative_(2008)), Consultado el 17 de marzo de 2022.

fue seguramente campo propicio para estimular las relaciones sexuales entre ellos, lo que no era extraño, ya que al despuntar la pubertad, cuando los instintos comienzan a despertar, se hallaban rodeados de personas de su mismo sexo.

Pero eso no era motivo de vergüenza, ya que la sociedad lo aceptaba. Era inclusive común que, al llegar el mancebo a los dieciséis años, pasase dos meses a solas en el campo con un hombre que le servía de instructor en la caza, la pesca y las actividades marciales durante el día, a la par que hacía uso de su cuerpo por la noche. Cuando el período de aprendizaje terminaba, el muchacho regresaba a la ciudad convertido en un guerrero, portando un juego de armas que su preceptor y amante le obsesquiaba. A la espera de que los años lo colocasen a su vez en posición de hacer lo mismo, pero en la situación inversa, con algún otro jovencito.

La pederastia era una costumbre principalmente propia de la clase aristocrática por medio de la cual la nobleza transmitía sus valores, ya que algunos estudios han revelado que los antiguos griegos creían que el semen era una fuente de conocimiento y que con esta clase de relaciones se pasaba la sabiduría de una generación a otra. Ahora bien, la conducta homosexual, si bien era aceptada en estas circunstancias, no era frecuente entre hombres adultos, aunque se dice que Alejandro Magno fue una excepción.

Las campañas militares, frecuentes porque los griegos vivían peleando –piénsese en los diez años que duró el sitio de Troya–, eran otro aliciente que fomentaba la unión homosexual masculina. El soldado se sentía más cómodo satisfaciendo sus instintos sexuales con el amigo, con el camarada de armas, que buscando prostitutas. Éstas podían transmitir enfermedades y no eran de fiar, sobre todo si pertenecían a algún poblado enemigo o extranjero. Aquellos, en cambio, eran no solamente compañeros de placer, sino hermanos en el combate. Iban a resguardarse mutuamente porque, ¿quién mejor para confiarle la defensa de la propia vida que a la persona que en la noche tendía sus cálidos brazos y ofrecía el cobijo de su cuerpo?

Por eso no era de ninguna manera deshonoroso, tampoco nada que me-

reciese ser ocultado, el trato carnal de un hombre con otros hombres. Piénsese en Aquiles y Patroclo, Ulises y Diómedes, Hércules y Yolao. ¿Alguno podría haber dudado de la valentía u hombría de ellos?

Narra Plutarco¹³ que en Tebas, y por instrucciones de Pelópidas, un tal Górquidas formó con trescientos hombres escogidos la denominada “cohorte sagrada”, que tenía como particularidad estar formada por “amantes y amados”, que formaban en el combate el uno junto al otro, “porque en los riesgos... cuando la unión establecida por las relaciones de amor, es indisoluble e indivisible, pues temiendo la afrenta los amantes por los amados, y éstos por aquellos, así perseveran en los peligros los unos por los otros...”. Y así precisamente debe haber sido, porque este cuerpo militar fue temible e invencible, habiendo solo podido ser doblegado por Alejandro, quien, recorriendo el campo sembrado de cadáveres de amantes y amados luego de la batalla, dijo como elogio fúnebre que nadie podría dudar de la masculinidad y valentía de esos contendientes.

Ni siquiera las deidades estaban exentas de esas pasiones. El mismísimo Zeus, dios de todos los dioses, la sintió por el príncipe Ganimedes, a quien raptó para que fuese su copero. Y seguramente algo más.

Hasta en la mujer, mucho más relegada socialmente en Grecia que en Roma, fue conocido y aceptado ese tipo de unión. Las amazonas practicaban el amor entre ellas, no en vano este tipo de cariño tomó su nombre de la isla de Lesbos, donde vivían. De allí viene el nombre de lesbianas, con el que se conoce a las mujeres que practican entre sí el amor lésbico, propio del reino de las amazonas.¹⁴

¹³ PLUTARCO (1944). *Vidas Paralelas*. Buenos Aires: Joaquín Gil Editor. Se trata del capítulo destinado a Pelópidas, tomo I, p. 378 y ss.

¹⁴ He seguido aquí lo expuesto en mi trabajo “Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el derecho romano”, publicado en el libro que compendia los trabajos presentados en el XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, editado por PubliFadecs, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, General Roca, octubre de 2005. Puede consultarse también en el sitio web: www.iuscommuneomnium.com.ar. Ha aparecido igualmente en el N° 5 de *Iustel*. *Revista General de Derecho Romano* (www.iustel.com). Fue citado como bibliografía por Antonio Fernández de Buján en “Reflexiones acerca del matrimonio romano”, publicado en el N° 6 de la misma revista *Iustel*. (2001: 231-241).

IV. La homosexualidad en Roma

En Roma, sin embargo, relaciones de este género tuvieron otro tipo de tratamiento social, diferente del que recibieron en Grecia. Eran conocidas, eran aceptadas, hasta se presuponía que normalmente se daban sobre todo en la adolescencia, pero constituían algo que se mantenía en privado. No se hacía ostentación pública de las mismas, aunque tampoco se las ocultaba especialmente, y no constituía insulto sacarlas a la luz.

Recuérdese a César, que arrastró siempre consigo el mote de “reina de Bitinia” por los amores que mantuvo en su juventud con Nicómedes, monarca de esa nación. Su bisexualidad era tan notoria que, refiere Tácito¹⁵, un tal Cota Mesalino solía decir que “no sabía si Cayo César era hombre o mujer”.

El emperador Adriano tuvo verdadera pasión por su favorito Antinoo; Calígula solía recorrer de noche los prostíbulos, ataviado de mujer; consultando al poeta Lucrecio¹⁶ se puede leer que resulta mejor para el sublime placer del sexo un muchacho que una jovencita; Virgilio¹⁷ cuenta que los amantes Eurialo y Niso hallaron en el recíproco amor la fuerza para morir como héroes; se dice que el emperador Heliogábalo exhibía abiertamente su costado femenino y hasta llegó a ofrecer fortunas al médico que pudiera transformarlo en mujer... La lista sería larguísima, y no vale la pena continuar.

Si bien no practicado de modo público y desembozado como en Grecia, el amor entre personas del mismo sexo no constituyó en Roma delito, ni acto penalmente reprobable, en la medida que fuera decisión libre y consentida de ambos amantes y se mantuviese discretamente en la sombra. La “*pudicitia*” romana no lo aceptaba ni lo alentaba, pero igualmente se practicaba, sin mayores impedimentos y sin condena social.

¹⁵ CAYO CORNELIO TÁCITO (1944). *Los Anales*. Libro VI. Buenos Aires: Editorial Albatros.

¹⁶ En *De rerum natura*.

¹⁷ VIRGILIO (1975). *Eneida*. 1.117. Barcelona: Bruguera.

Las cosas empiezan a cambiar a raíz de la práctica, permitida por las leyes, de que el padre cediese a su hijo en “*mancipium*”, institución que crea una verdadera paradoja ya que el entregado, normalmente un joven, es técnicamente libre y ciudadano, pero quien lo recibe lo tiene como esclavo a todos los efectos. Todos, y cuando digo esto me refiero también al comercio carnal, consentido o no.

Respecto al “*mancipium*” nos refiere Gayo:¹⁸ “Todas las personas libres, sean del sexo masculino o femenino que estén sometidas a la *potestas* de un ascendiente, pueden ser mancipadas por éste, del mismo modo que se pueden mancipar los esclavos”. Claro está, esto se refiere tanto a varones como a muchachas, pero de momento y en este punto, interesan particularmente aquellos en relación a su tratamiento legal.

Porque por ello se hizo menester dictar la ley *Scatinia o Scantinia*, de fecha incierta pero seguramente anterior a Cicerón, porque éste la cita. Dataría del año 149 a. C., aunque según otras versiones la hizo rogar un tal P. Scantinus, en el año 126 a. C. La norma castigaba con una multa de diez mil sextercios la pederastia cometida en la persona de un varón ingenuo, o sea, nacido libre.

A finales de la República comienza a cambiar la manera en que el cuerpo social percibe y juzga el fenómeno de la homosexualidad masculina, la que comenzó a ser vista como una mala costumbre que atentaba contra los antiguos valores, al tornar a los jóvenes hipersensibles y afeminados. Algunos escritores, Juvenal por caso, comienzan a hacer público el temor que si parejas de ese tipo seguían proliferando, no sería raro que alguna vez llegaran a solicitar que se les permitiese la unión matrimonial, lo que atacaría los cimientos mismos de la sociedad tal como hasta entonces se la conocía.

No puede extrañar, pues, que Augusto, férreo defensor de las antiguas costumbres, incorporase a la relación sexual entre hombres como un caso de estupro, previsto y penado por la ley *Iulia de Adulteriis Coercendis*. Me remito aquí a un fragmento de Modestino,¹⁹ que dice: “Se comete adulterio en mujer casada, y se comete estupro en viuda, en doncella, o en un joven”.

¹⁸ GAYO (1997). *Institutas*. Traducción por Alfredo Di Pietro. 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot

¹⁹ D. 48. 5. 34. 1.

Sin embargo, lo que expuse quizás induzca a error porque Augusto era, en efecto, firme defensor de la integridad familiar y de las severas costumbres de la vida republicana. En público, pero en privado, se dice que no le disgustaban demasiado los hombres, tanto es así que desde su más temprana juventud fue blanco de las maledicencias, que le imputaban ser afeminado y cometer actos deshonorosos.

Lucio Antonio, hermano de Marco Antonio, sostenía que había comprado la calidad de heredero de César dejándose desflorar por él y que tampoco había tenido pudor en entregarse, perdida ya la inocencia, a un tal Aulo Hircio, por trescientos mil sextercios.²⁰ En fin, en el mismo capítulo puede leerse que Augusto, ya emperador, gustaba de aplicarse calor en el vello para que se volviese más suave. César directamente se depilaba. Tendencias familiares, sin duda.

Según Modestino,²¹ “se determinó ciertamente en constituciones que no se hicieran espadones (castración del miembro viril) y que los que fuesen acusados de este delito estuviesen sujetos a la pena de la ley Cornelia” (se refiere a la ley *Cornelia de Sicariis et Beneficiis*). Quienes se castraban perdían todos sus bienes en beneficio del fisco, y si eran esclavos se los condenaba a muerte. Igual penalidad, la muerte, se aplicaba al médico que hiciera la operación y al que espontáneamente se prestó a ser castrado, así como al que hizo castrar por la fuerza a otro, “porque nadie debe castrar a un hombre libre o a un esclavo, contra la voluntad de éste”. Quien entregó a un esclavo, sabiendo que iban a castrarlo, era multado con la pérdida de la mitad de sus bienes.²²

Iguales penas caben a quienes, sin castrar, vuelven impotentes a los hombres.²³ El celo puesto en cuidar la integridad de los atributos de virilidad masculina debió ser muy grande, porque según Modestino:²⁴ “Por rescripto del Divino Pío se les permite circuncidar solamente a sus hijos, al que hubiera hecho esto con los que no son de la misma religión se le impone la misma pena que al que castra”.

²⁰ Véase a SUETONIO. *Vidas de los Doce Césares*. Libro II. “El Divino Augusto”. Capítulo 68.

²¹ D. 48. 8. 4. 2.

²² VENULEYO SATURNINO, en D. 48. 8. 6.

²³ PAULO, en D. 48. 8. 5.

²⁴ D. 48. 8. 11. Pr.

Alejandro Severo ordenó que los hombres que se prostituían pagasen una tasa con destino a la remodelación de monumentos, cosa que hasta ese momento solamente era aplicable a las mujeres. Sin embargo, y hasta poco antes, el emperador Antonino Heliogábalo hallaba gran placer en vestirse de mujer, usar joyas, afeites y ricas vestimentas, y hacerse tratar por los hombres como tal, aun en el propio palacio imperial.²⁵

En el año 342 los emperadores Constancio y Constante dictan una ley, que aparece en el Código Teodosiano datado 27 de febrero de 380, en la cual y por primera vez se dispone pena de muerte para el homosexual pasivo. La *Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum*²⁶ menciona esa constitución, que puede encontrarse en C. Th. 9.7.6: “...No toleramos que la ciudad de Roma, madre de todas las virtudes, sea manchada por la contaminación de un afeminado pudor en el varón...”. Continúa en 5. 3. 2: “Por lo tanto, a todos aquellos que tengan la vergonzosa práctica de condenar su cuerpo varonil, colocado al modo de las mujeres, a la tolerancia del sexo de otro, y no tener nada distinto de las féminas... los entregará al castigo de las llamas, en presencia del pueblo...”.

Las *Instituciones* de Justiniano extienden la sanción a todos los que incurriesen en pederastia, tanto activa como pasivamente, norma que, enarbolada luego por la Iglesia, extenderá su vigencia durante los tiempos de la Edad Media.

La concordancia está en Paulo:²⁷ “El que estuprarse contra su voluntad a un varón libre, es castigado con la pena capital”. La cita continúa:²⁸ “El que por su voluntad sufre estupro y un acto torpe e impuro, es sancionado con la privación de la mitad de sus bienes, y no le es lícito hacer testamento por una parte mayor”.

Un caso curioso: ¿y si alguno resulta hermafrodita, vale decir que tiene visibles los dos sexos? En ese supuesto, habrá de estarse “al sexo que en él prevalece”.²⁹

²⁵ AELIO LAMPRIDIO (1969). *Antonino Heliogábalo*. Biógrafos y Panegiristas Latinos. Madrid: Aguilar.

²⁶ *Collatio*, 5. 3. 1.

²⁷ *Collatio*, 5. 2. 1.

²⁸ *Collatio*, 5. 2. 2.

²⁹ ULPIANO, en D. 1. 5. 10.

He expuesto hasta aquí lo atinente a prácticas sexuales entre hombres. Como dijera más arriba, no he hallado reglas o normas específicas sobre homosexualidad femenina en Roma. Lo que no implica que éstas hayan carecido de castigo si se hacían públicamente. Esas conductas siempre debieron caer dentro del ámbito del delito de injuria, tanto para los esposos cuanto para los familiares de las amantes que hayan visto perjudicado su buen nombre, o el de sus familias, por el comportamiento escandaloso de sus mujeres.

V. La homosexualidad en la Biblia

Vayamos al Antiguo Testamento.³⁰ Si bien no se lo identifica exactamente en el texto, es aceptado que el motivo de la destrucción de Sodoma y Gomorra fueron las prácticas homosexuales.³¹ Por su parte, el relato de la amistad entre David y Jonatán³² que las corrientes religiosas mayoritarias interpretan como una relación platónica también podría haber tenido un aspecto sexual.

Cabría igualmente citar dos versículos del *Levítico*, ubicados respectivamente en los capítulos 18 y 20: “No te acostarás con un hombre como si te acostaras con una mujer”³³ y “Si alguien se acuesta con un hombre como si se acostara con una mujer, se condenará a muerte a los dos, y serán responsables de su propia muerte, pues cometieron un acto infame”³⁴. Tradicionalmente los dos versículos han sido interpretados como una prohibición total de las prácticas homosexuales.

Por su parte, en el Nuevo Testamento podemos citar varias epístolas de Saulo de Tarso, conocido como san Pablo. En la “Epístola a los romanos”³⁵ afirma:

³⁰ Tanto para éste cuanto para el Nuevo, utilizo el texto de la XXV edición de la *Santa Biblia* de Ediciones Paulinas Verbo Divino para Latinoamérica.

³¹ *Génesis*, 19.

³² *Libro de Samuel*, 18. 1, 2.

³³ *Levítico*, 18. 22.

³⁴ *Levítico*, 20. 13.

³⁵ *Romanos*, 1. 26, 27.

Por eso, Dios los ha abandonado a pasiones vergonzosas. Incluso sus mujeres han cambiado las relaciones naturales por las que van contra naturaleza; y, de la misma manera, los hombres han dejado sus relaciones naturales con la mujer y arden en malos deseos los unos por los otros. Hombres con hombres cometen actos vergonzosos y sufren en su propio cuerpo el castigo de su perversión.

En tanto, en la “Primera epístola a los Corintios”³⁶ dice:

¿No sabéis que los injustos no heredarán el reino de Dios? No erréis; ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni hombres que tienen para propósitos contranaturales, ni hombres que acuestan con hombres, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los estafadores, heredarán el reino de Dios.

Finalmente, en “Epístola de Judas”³⁷ señala:

Y lo mismo Sodoma y Gomorra y las ciudades vecinas, que como ellos fornicaron y se fueron tras una carne diferente, padeciendo la pena de un fuego eterno, sirven de ejemplo. Igualmente éstos, a pesar de todo, alucinados en sus delirios, manchan la carne, desprecian al Señorío e injurian a las Glorias.

VI. La homosexualidad en los pueblos musulmanes

En la Antigüedad, los pueblos musulmanes fueron mucho más tolerantes con la homosexualidad que en la actualidad, ya que aunque la misma siempre fue condenada por el Islam nunca hubo mayores problemas si se la practicaba en privado. Inclusive la pederastia fue creciendo en adeptos, en la medida que crecía también la reclusión de las mujeres.

³⁶ *Corintios* 6. 9, 10,

³⁷ *Judas*, 1. 7, 8.

Actualmente, una abrumadora mayoría de los países musulmanes condena por inmoral la homosexualidad y la castiga con penas muy severas que van desde las simples multas a la prisión, latigazos y la muerte. Esta última se aplica de conformidad con los preceptos de la *sharia*, sobre todo a la parte pasiva de la relación homosexual y suele ejecutarse por lapidación. Los latigazos comúnmente se reservan para la parte activa y para las lesbianas.

VII. La Edad Media

Con la caída del Imperio romano de Occidente su legislación dejó de aplicarse, por lo que la homosexualidad se practicó libremente y con bastante tolerancia durante la Alta Edad Media en la mayor parte de Europa, aunque fuera considerada un pecado. Fue una excepción la España visigoda, donde regía la *Lex Romana Visigothorum* que penaba la homosexualidad con la castración y el destierro. Por su parte, en el aún subsistente Imperio romano de Oriente rigió la pena de muerte para las relaciones homosexuales.

Pero a medida que creció la influencia de la Iglesia la intolerancia con la homosexualidad fue creciendo, sobre todo a partir del siglo XII. Así, se empezó a considerar que, como sucediera con Sodoma y Gomorra, esa práctica podía atraer la ira divina. Así el *Código de las Siete Partidas*, además de condenar a muerte quienes realizasen prácticas homosexuales decía:³⁸

Et de aquella villa Sodoma en que Dios mostró aquella maravilla, tomó nombre este pecado, á que dicen sodomítico: et débese guardar todo home deste yerro, porque nascen dél muchos males, et denuesta e enfama á sí mismo et al que lo face con él; ca por tales yerros como este envia nuestro señor Dios sobre la tierra do lo facen fambre, et pestilencia, et terremotos et otros males muchos que non los podrie home contar.

³⁸ Partida VII, Título XXI, “De los que facen pecado de luxuria contra natura”

En 1184 se creó la Inquisición, cuya finalidad era combatir la herejía y también la brujería y las prácticas homosexuales. Desde entonces los homosexuales fueron perseguidos, torturados y condenados a muerte durante el resto de la Edad Media, y posteriormente, en todo el Occidente cristiano.

VIII. Edades Moderna y Contemporánea

La persecución prosiguió durante la Edad Moderna en Europa, donde naciones como Inglaterra y los Países Bajos castigaban a los homosexuales con la pena de muerte. Además, la psicología europea de la época introdujo la creencia de que la homosexualidad era un desorden mental, como refiero más adelante. Esto hizo que sociedades tradicionalmente tolerantes, como la India y China, cambiaran negativamente su actitud. En este último país, además, fue decisiva la doctrina comunista que consideraba a ese tipo de prácticas como un delito, cosa que duró hasta 2001 cuando se las retiró del Código Penal y de la lista de enfermedades mentales.

Fuera del ámbito de la Iglesia católica, los países protestantes crearon sus propias instituciones inquisitoriales con las correlativas legislaciones represivas. Así sucedió en Inglaterra durante el reinado de Enrique VIII, o en España y el Sacro Imperio romano germánico bajo Carlos V.

Durante los siglos XVII y XVIII se detectaron los primeros focos de cultura homosexual modernos en las grandes ciudades, como Londres, París y Ámsterdam, donde estas relaciones se establecían principalmente entre hombres adultos. La aparición de estas culturas provocó una reacción violenta de los Estados, que intentaron controlarlas a través del terror ejecutando a algunos homosexuales como escarmiento. Pese a ello comenzó entonces a abandonarse la idea de considerar a la sodomía como un vicio causado por la lujuria, y correlativamente empezó a surgir el convencimiento de que se trataba del gusto particular de una minoría de personas.

La Revolución francesa abolió en 1791, basándose en los principios filosóficos de la Ilustración, todos aquellos delitos que se definieron

como imaginarios, como la brujería, la herejía y la sodomía. El *Código* de Napoleón conservó esa despenalización al considerar solamente delitos las conductas que perjudicaran a un tercero, cosa que tuvo enorme influencia en todos los países que inspiraron en él sus ordenamientos legales.

A partir de la década de 1890, con la aparición del psicoanálisis, las sociedades occidentales cambiaron su percepción de la homosexualidad, que dejó de ser vista como un vicio o acto delictivo para pasar a ser considerada una enfermedad mental. Sin embargo, se podría decir en general que a partir del siglo XX va cesando paulatinamente la persecución de los homosexuales, lo que eventualmente va a llevar a superar la idea que ese tipo de prácticas entrañaban un desorden psíquico.

No obstante ello, el advenimiento del nazismo en Alemania, del fascismo en Italia y del franquismo en España implicaron una vuelta atrás, con muchos homosexuales encarcelados o enviados a campos de concentración. Igualmente sucedió en la Unión Soviética y otros países comunistas, donde se consideraba que la homosexualidad era una tara ligada a la decadencia moral y física de la corrupta burguesía.

Entre el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 y la década de 1960 irrumpe un movimiento que enfatizaba el amor y pretendía alejar al homosexual de la imagen negativa y estereotipada de promiscuidad que por entonces lo teñía. Eso da lugar a la formación de sociedades homófilas en diversos países de Europa y América como Holanda, Dinamarca, Estados Unidos y el Reino Unido.

A partir de 1969 esta campaña se profundiza, pese al retroceso momentáneo que supuso la aparición del sida, del cual en un principio se culpó a los homosexuales e hizo que se estigmatizara a los contagiados con la enfermedad. No obstante ello, el 17 de mayo de 1990 la Organización Mundial de la Salud retiró la homosexualidad de la calificación internacional de enfermedad o problema de salud. Siguiendo esta concepción, en Reino Unido, la Federación Rusa y la República Popular China se quitó a la homosexualidad de la lista de enfermedades.

Una vez que en Europa y casi toda América se consiguió su despenalización, aunque no sin dificultades ya que en países como Estados Unidos tuvo que ser el Tribunal Supremo el que derogó en 2003 las leyes

de sodomía que persistían todavía, la meta siguiente ha sido conseguir el reconocimiento de las uniones civiles e incluso el matrimonio entre personas del mismo sexo, con la correlativa equiparación de homosexuales y heterosexuales en materias como las herencias o coberturas sociales.

Este objetivo se alcanzó en Argentina con la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, la cual estableció, con fecha 22 de julio de 2010, que el matrimonio tendría los mismos requisitos y efectos con independencia que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo.

En el mismo sendero se sancionó el año 2012 la Ley 26.743 de identidad de género, a la que la norma definió como “la vivencia interna e individual del género que corresponde, el que puede coincidir o no con el asignado al nacer”. En virtud de ella se estableció que todos los mayores de dieciocho años podían pedir la rectificación de su sexo y nombre, garantizándoseles en adelante un trato digno e igual al que recibían las demás personas. También podían hacerlo los menores a partir de los trece años con autorización de sus representantes legales, disponiéndose que en caso de negativa de ellos, el asunto debía ser resuelto por los jueces por vía sumarísima, teniendo siempre presente la conveniencia del menor.

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley 26.994 y vigente desde el 1° de agosto de 2015, ratifica estas normas anteriores, tanto es así que entre las causales de cambio de nombre que recepta el artículo 69 se comprenden las generadas por la identidad de género autopercebida. Como se advierte, nuestro país ha ido aún más allá de simplemente aceptar la homosexualidad, inclusive permite el cambio de género tanto jurídicamente cuanto físicamente, en este último caso con la posibilidad de realizar las intervenciones quirúrgicas que fuesen necesarias. Y también el matrimonio entre personas del mismo sexo.

IX. Conclusiones

El análisis que hice de antecedentes sobre la cuestión de la homosexualidad ha tenido sus motivos. Porque de allí surge que era una práctica corriente y con ciertas prevenciones aceptada en Roma, lo que

la convertiría en un principio de derecho civil,³⁹ al igual que en el resto de los pueblos tanto de la Antigüedad como actuales, lo que haría que también fuese un principio del derecho de gentes.⁴⁰ Pero fundamentalmente creo haber dejado en claro que también existe entre los animales, lo que la transformaría en una práctica del derecho natural, si hemos de seguir a Ulpiano⁴¹ que define a este como el que “la naturaleza enseñó a todos los animales”.

Ahora bien, que sea una actitud reconocida por estos tres derechos no implica necesariamente que sea un principio consagrado por ellos. No es lo mismo reconocer que configurar un principio general, siempre, según afirmé al principio de este trabajo, moviéndonos dentro de la órbita de lo jurídico, no desde la vertiente de lo moral. Para que esto sucediera, para que la libre elección de este tipo de uniones fuese un principio general del derecho, debería ser aceptada por toda la humanidad, tal como sucede en los ejemplos que suministra Cicerón⁴² para diferenciar lo justo natural de lo justo civil. Transcribamos uno de ellos: “Luego de una batalla huyen dos soldados del bando que ha resultado perdedor. Uno, herido mortalmente, lo hace montado en un brioso caballo; el otro, indemne, escapa a pie seguidos ambos por las tropas victoriosas que desean darles muerte”. El orador concluye con que de acuerdo al derecho civil será justo que el guerrero que escapa a pie respete el derecho de propiedad del que huye a caballo, aunque así irremediamente perecerán los dos. De acuerdo al derecho natural, en cambio, lo justo será que el que está sano le arrebate la cabalgadura al moribundo porque éste ya estaba condenado a muerte por sus heridas y el otro tendrá al menos una posibilidad de sobrevivir.

Aquí el derecho natural está receptando el instinto de conservación, de supervivencia, que todos los animales tienen sin perjuicio de las excepciones puntuales que pudieran existir. Se advierte que el caso es muy diferente al de las prácticas homosexuales, las cuales, si bien presentes en seres humanos y animales, distan mucho de ser una práctica de “todos” ellos o de, por más que el sistema jurídico las considere lícitas, ser

³⁹ D. 1. 1. 9.

⁴⁰ D. 1. 1. 1. 4.

⁴¹ D. 1. 1. 1. 3.

⁴² *Rep*, 3. 19.

algo aceptado por “toda” la comunidad. Y me refiero a cualquier comunidad, tanto a aquellas cuya legislación admite esas actitudes como a las que no.

La clave está en las palabras “toda” y “todos”. Volviendo al género humano será difícil que alguien condene a quien busca conservar la propia vida como en el ejemplo de Cicerón, al igual que también será muy difícil hallar a alguien que no diga ser férreo defensor de la justicia, aunque en verdad no lo sea. La facultad de velar por la propia conservación y la de practicar la justicia son entonces principios generales del derecho.

La actividad sexual y la posibilidad de practicarla entre personas de distinto sexo también lo es, de lo contrario la raza humana se extinguiría en una generación. Sin embargo, la pregunta a formular sería: ¿es un principio general del derecho el poder mantener ese tipo de relaciones con *cualquier persona*, aunque sea del mismo sexo? Si esto fuera algo universal, obviamente sería siempre considerado lícito y protegido por las leyes, con lo que vuelvo a la pregunta que me acabo de plantear, siempre desde el punto de vista jurídico y sin entrar a valorar las conductas privadas de los hombres que no ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero las que, como dice el artículo 19 de nuestra Constitución, “están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Dejo esta pregunta abierta porque no se me escapa que el tema es controversial y entiendo que merece un extenso debate. Un debate que debe partir de la opinión que cada uno tenga acerca de las relaciones íntimas, tanto físicas como sentimentales, entre personas de idéntico sexo y de la aceptación de esas conductas, aunque no las practique. Podría continuar, pero creo que esto es suficiente, por eso voy a concluir este trabajo diciendo lo que personalmente pienso en relación al tema.

Opino que el poder elegir libremente la homosexualidad no es un principio general del derecho porque considero que ese tipo de conductas, si bien presentes tanto en seres humanos cuanto en animales, distan de ser elegidas y muy particularmente de ser aceptadas, por la generalidad de ellos. Son entonces modos de actuar minoritarios, pero a diferencia de otros que también lo son, como el vegetarianismo, por ejemplo, que

no despiertan por lo general ni odio ni rechazo, los homosexuales han sido perseguidos a lo largo de la Historia. Y no solo perseguidos, también denostados, condenados y castigados, a veces con furor extremo.

Por eso, y aunque ahora en algunos países como la Argentina, la homosexualidad sea una práctica lícita, e inclusive se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, mi conclusión es, lo repito, que su libre práctica dista de ser un principio general del derecho.

¿Y la del lector, cuál es?