

# EL TRÁNSITO DE LA HOMOSEXUALIDAD EN LA NORMA JURÍDICA: DEL PREJUICIO AL DERECHO HUMANO

*María Dolores Fernós\**

I. Introducción .....	17
II. Tratamiento en diferentes países y sus códigos .....	20
III. Tratamiento en Código Penal de Puerto Rico .....	20
IV. Implicaciones jurídicas en las relaciones de familia .....	21
V. La homosexualidad como causal de divorcio .....	21
VI. Hallazgos .....	22
VII. Tránsito hacia el derecho .....	23
VIII. Conclusión .....	28

## I. Introducción

La encomienda era interesante. Por distintas razones realmente fascinante, pues examinar la transformación de un tema a través de la normativa jurídica tiene diversas facetas de análisis. Por un lado nos obliga a retrotraernos a las ideologías y los conocimientos imperantes en diferentes momentos históricos. También nos convoca a analizar el impacto que estas ideologías tuvieron, significativo o irrelevante, en los procesos sociales y políticos y, por otro lado, permite examinar esas fuerzas sociales (cuáles, pocas o muchas) y su rol en las alteraciones y transformaciones en las normativas jurídicas.

Examinar el proceso durante un específico periodo de tiempo, en este caso un periodo extenso de cuarenta años, permite igualmente calibrar la fuerza ideológica de la norma, el llamado poder ideológico del Derecho o su anverso, su deterioro normativo, ya que nos puede revelar instancias en las que la norma puede perder fuerza en la sociedad y convertirse en inconsecuente, en la letra muerta que deja espacios vacíos. Despojadas de los ropajes sofisticados y legitimadores del Derecho, las normas pueden quedar desnudas, solas, burdos reflejos del prejuicio y la ignorancia. Cómo

---

\* La autora es Catedrática Asociada de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

cada fuerza, tanto la normativa jurídica como la social, con todos sus componentes internos, adelanta o resiste a la otra es, sin duda, uno de los aspectos fascinantes del Derecho.

La encomienda precisa era examinar el primer artículo publicado en la Revista Jurídica de la Escuela de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico sobre el tema de la homosexualidad y de los derechos de las personas homosexuales, que hoy reconocemos más ampliamente como la comunidad LGBTT, y presentar la realidad jurídica del presente identificando los procesos y los actores que intervinieron en ese tránsito histórico.

El artículo inicial que examinaremos como punto de partida, intitulado *El concepto de homosexualidad: la evolución del concepto y sus implicaciones en las relaciones de familia* fue publicado en el Volumen VIII, número 1 de 1973 de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana.<sup>1</sup> Su autora fue la entonces estudiante de tercer año, Felícita Pérez de Torres, quien luego fue Directora de la Revista y se identifica como exmiembro de la Facultad de la Escuela de Salud Pública del Recinto de Ciencias Médicas de la Universidad de Puerto Rico. Este dato a su vez revela un conocimiento académico y profesional adquirido previo a sus estudios de Derecho en una disciplina muy relacionada al estudio de la fisiología humana muy relevante y significativo en el análisis que impregna la totalidad del artículo.

Para efectos de permitir el análisis comparativo, se hace necesario que nos extendamos un poco en el contenido del artículo. Según explica la autora en la Introducción, el artículo tuvo el objetivo de darle a los lectores una explicación de cómo ha ido evolucionando el concepto de la homosexualidad a través de las ciencias de la conducta, la medicina, la teología y la norma jurídica, y en este último acercamiento, más específicamente en las relaciones de familia.

Parte de la investigación incluyó un cuestionario que se le suministró a un grupo de profesionales tales como jueces, médicos, psicólogos, abogados y sociólogos, entre otros. Las perspectivas y respuestas a puntuales preguntas incluidas en el cuestionario enriquecen el análisis del artículo que tenemos la encomienda de examinar, toda vez que permiten que afloren claramente las percepciones y el conocimiento sobre la homosexualidad que tenían en ese momento personas de tan diversas profesiones. (Esto a su vez provoca una obligada reflexión sobre la información que se trasmitía en los procesos académicos en cada una de esas escuelas profesionales para las décadas previas a 1970, pero esa perspectiva se aleja de la tarea presente).

El artículo comienza ofreciendo una definición del concepto homosexualidad como “la atracción erótica experimentada por un individuo hacia otro de su mismo sexo”, aclarando que lo mismo se puede encontrar en hombres que en mujeres. Aunque la definición aparenta neutralidad en cuanto a posicionamiento, esta percepción se disipa inmediatamente ya que muy pronto, justamente en el párrafo siguiente a la definición, se comienzan a encontrar palabras y frases reveladoras de las cargas sociales

---

<sup>1</sup> Felícita Pérez de Torres, *El Concepto de Homosexualidad: la Evolución del Concepto y sus Implicaciones en las Relaciones de Familia*, 8 Rev. Jurídica U. Inter 177 (1973).

predominantes en el momento histórico de 1973 tales como la siguiente: “la atracción erótica puede limitarse al plano de la amistad y del afecto, sin invadir el terreno de la sexualidad, pero en otras, encontramos anomalías somáticas, anatómicas, fisiológicas y endocrinas”.

Esta expresión es una contradicción de la definición previa toda vez que, aunque reconoce en ésta que la homosexualidad es una atracción erótica, la califica con una carga negativa al catalogarla de “invasión” si sobrepasa el terreno de la amistad. Invasión del terreno erótico aparecen las conclusiones de que las personas homosexuales se apartan de la norma, que constituyen “anomalías”. La autora cita autores examinados por ella para concluir que el homosexualismo puede ser congénito o adquirido y que el primero se considera por estos autores como “una perversión de la naturaleza” y el segundo “un vicio determinado o provocado por factores ambientales o por un tipo especial de vida”.

Resumiendo lecturas en campos como la psiquiatría, aunque advierte que no son totalmente “admitidas” (entiéndase por ello que no existe consenso al respecto), la autora recoge como las personas homosexuales sufren por “su desviación”, y por su “tendencia obsesiva y resistida”. Un breve recorrido de las expresiones recogidas de las lecturas examinadas por la autora refleja el uso de las siguientes expresiones reveladoras: “desequilibrio físico y mental”, “manifestación de degeneración”, “perversiones aisladas”, “diferenciación imperfecta”, “estado equívoco”, “manifestación de una neurosis”, “detención del desarrollo del libido en la etapa de la adolescencia”.

Cabe destacar que varias de las fuentes de información consultadas por la autora fueron destacados académicos que gozaron en su momento de gran prestigio por sus investigaciones y publicaciones. Entre ellos deben mencionarse las investigaciones de Franco Ferracuti, publicadas en la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico, en la que se incluyen expresiones como la siguiente: “La relación especial que se establece entre homosexuales, crea una atmósfera torturada que resulta un magnífico caldo de cultivo para la criminalidad”.<sup>2</sup> La autora añade, sin citar fuente particular de información, que:

[J]unto a los homosexuales ‘respetables’ que se encuentran en los medios literarios y artísticos existe todo un submundo de inadaptados sociales y de ‘irregulares’ que frecuentan los bajos mundos, los bares, y los lugares de acceso a las grandes ciudades. En estos medios florece la prostitución masculina, mucho más difundida de los que normalmente se cree.<sup>3</sup>

Esto, concluye, fortalece “la actitud negativa hacia el homosexual que permea en la sociedad”.<sup>4</sup> Estas expresiones provenientes de publicaciones académicas, y su razo-

---

<sup>2</sup> *Id.* pág. 179 (citando a Franco Ferracuti y Rizzo G.B., *Signos sobresalientes de Homosexualidad en una Población Penitenciaria Femenina*, Revista de Ciencias Sociales II: Núm. 4, 469-479 (Dic. 1958)).

<sup>3</sup> *Id.* pág. 181.

<sup>4</sup> *Id.*

nable repetición por parte de la autora, identifican las fuerzas sociales que participan en la construcción de una opinión y como ésta se generaliza convirtiéndose en una verdad incuestionada en el entendido social.

## II. Tratamiento en diferentes países y sus códigos

Luego de esta presentación, la autora analizó los contenidos en diversos códigos sobre la homosexualidad y su trato hacia la misma desde el Fuero Juzgo (castración de los culpables), hasta el cristianismo (en la Edad Media equiparados a herejes y castigados de forma implacable), así como también en el Derecho Común inglés (pena de cárcel), el Código Napoleónico (interesante silencio absoluto sobre el tema), y diversos códigos hijos de éste como el suizo (solo penable si seducción o corrupción de menores), el alemán (castigado con prisión las relaciones contra natura), y el francés (multa o cárcel si contra natura con menor de 21 años).<sup>5</sup>

Es interesante, y debe destacarse, cómo las normativas que se incorporaron en los códigos parten de la homosexualidad masculina como el canon, percibiéndose un claro silencio sobre las manifestaciones y apreciaciones sobre la homosexualidad femenina. El significado de este silencio puede tener varias posibles explicaciones, desde querer ignorar su existencia o magnitud hasta restarle importancia a las expresiones de la sexualidad femenina. Nuevamente rige el varón, heterosexual u homosexual, como la norma.

## III. Tratamiento en Código Penal de Puerto Rico

El artículo de Pérez de Torres que analizamos en esta primera parte menciona que en el Código Penal vigente en Puerto Rico al momento de su investigación en 1973, existía el “Infame Crimen Contra Natura”. Es menester recordar que este código databa de 1902 y su disposición específica leía así: “Toda persona culpable del infame crimen contra natura con un ser humano o con alguna bestia, incurrirá en pena de reclusión de presidio por un término mínimo de un año y máximo de diez años”.<sup>6</sup>

La autora menciona que al momento de la redacción de su artículo se había propuesto un Proyecto de Código Penal para Puerto Rico con un “nuevo enfoque jurídico penal al respecto”. Leía así la propuesta:

Art. 88 Delincuentes sexuales peligrosos. El convicto de tentativa o consumación de violación, sodomía o abuso carnal, que hubiese empleado fuerza o violencia, y revelado tendencias imprimidas a cometer dichos delitos, será internado por el tribunal en una institución adecuada para su trata-

---

<sup>5</sup> *Id.* págs. 182-183.

<sup>6</sup> 33 L.P.R.A. § 118 (1902), según citado en el artículo.

miento. Esta internación no excederá del término máximo previsto en la Ley para el delito cometido.<sup>7</sup>

Véase como en el proyecto propuesto se eliminaba la penalización de actos homosexuales consentidos entre adultos y sólo se incluían penas si se hubiera utilizado fuerza o violencia. Este proyecto para un nuevo Código Penal fue preparado por el Lcdo. Francisco Pagán Rodríguez en 1967 y fue aprobado por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico en 1974 pero con un lenguaje y un concepto totalmente diferente al propuesto en relación a la sodomía, ya que sufrió innumerables enmiendas en el proceso legislativo. El artículo, según finalmente aprobado, leyó así: “Art. 103. Sodomía. Toda persona que sostuviere relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo o cometiere el crimen contra natura con un ser humano será sancionada con pena de reclusión por un término mínimo de un año y máximo de 10 años”.<sup>8</sup> Nótese que no prosperó la propuesta de despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre adultos de un mismo sexo. El “nuevo enfoque” no tuvo aceptación en los legisladores. Así también es de notar que por vez primera el lenguaje incluyó la penalización del lesbianismo y que se eliminó la referencia al “infame crimen”.

#### IV. Implicaciones jurídicas en las relaciones de familia

Bajo este acápite la autora analiza los requisitos establecidos en el Código Civil de Puerto Rico y concluye que “indiscutiblemente entendemos que es imposible para una pareja de homosexuales, por superiores que puedan considerarse sus relaciones, estar capacitados para cumplir con los fines fundamentales del matrimonio que señala nuestro Código Civil”. Aunque no lo expresa directamente, es evidente que la conclusión de falta de capacidad se fundamentó exclusivamente a la incapacidad de procreación biológica.

#### V. La homosexualidad como causal de divorcio

En esta sección, el artículo analizó jurisprudencia de algunos estados de Estados Unidos en la que los tribunales admitieron como causal de trato cruel en procesos judiciales de divorcio las relaciones homosexuales de uno de los cónyuges.<sup>9</sup> La autora utiliza una expresión que recuerda los fundamentos esbozados por algunos jueces en sus opiniones concurrentes en el caso *Ex parte A.A.R.*, al denegar la petición de adopción de la compañera consensual de la madre biológica de una menor nacida por inseminación artificial.<sup>10</sup> Allí expresó que “[é]stas relaciones desvirtúan los propósitos fundamentales del matrimonio y deterioran las relaciones de la convivencia

---

<sup>7</sup> Pérez de Torres, *supra* n. 1, pág. 185 (citando a Francisco Pagán Rodríguez, *Proyecto Código Penal para Puerto Rico* 31 (Equity Publishing 1967)).

<sup>8</sup> 33 L.P.R.A. § 4065.

<sup>9</sup> Algunos de los estados fueron Ohio, Iowa, Florida, entre otros.

<sup>10</sup> 188 D.P.R. 380 (2013).

familiar, tanto entre los cónyuges, como entre los hijos que posiblemente sean quienes más daño cause, afectando, por ende, el desarrollo de su personalidad”.<sup>11</sup> La autora no se identifica fuentes o estudios al respecto. Cuarenta años más tarde se repite el argumento, nuevamente sin fuentes o estudios que sostengan, en la jurisprudencia más reciente en Puerto Rico específicamente sobre los derechos de las personas homosexuales para acceder derechos reconocidos a parejas heterosexuales casadas.

## VI. Hallazgos

El cuestionario elaborado por la autora lo contestaron 35 profesionales, entre médicos (4), abogados/jueces (12), psiquiatras y psicólogos (10), y sus respuestas son extraordinariamente valiosas para el análisis de las percepciones y posiciones de los diversos grupos profesionales sobre el homosexualismo y para nuestra reflexión sobre la relación entre las normativas jurídicas y los procesos extrajurídicos. Entre los hallazgos se encuentran los siguientes:

- 1- Una mayoría considera que las relaciones homosexuales entre profesionales y en instituciones educativas “pueden llevar a la destrucción social”.
- 2- Todos los que respondieron si debían legalizarse estas relaciones contestaron en la negativa.
- 3- Las razones esbozadas por la inmensa mayoría fueron que esto “llevaría a la depravación moral, la destrucción de la sociedad y se afectarían los fines del matrimonio”. Una minoría, sin embargo, expresó que “si son adultos y conviven privadamente sin afectar la sociedad no debe haber objeción.”
- 4- Por otro lado, una mayoría estuvo de acuerdo en que debe aceptarse por ley el cambio de sexo para poder contraer matrimonio.

Finalmente, el artículo culmina con unas recomendaciones en las que destacan las siguientes expresiones:

- a- “Considerando la homosexualidad como una enfermedad o desviación de los instintos naturales, se piensa que la solución del problema debe buscarse en el campo médico más que en el legal. El anormal debe ser sometido a tratamientos especiales, tendientes a lograr su curación física, generalmente desde un punto de vista endocrinólogo e inducirlo después a que siga una política de readaptación en instituciones especiales”.
- b- “El homosexual congénito no es un delincuente, es un enfermo cuya peligrosidad o influencia nociva comienza cuando quiere llevar a otros individuos a participar de su desviación”.
- c- “La ley no puede castigar a un enfermo, pero si debe arbitrar medios para obligarlo a curarse y para impedir, con sanciones adecuadas, que incite a otros a participar de su desviación”.

---

<sup>11</sup> Pérez de Torres, *supra* n. 1, pág. 190.

## VII. Tránsito hacia el derecho

### A. El desarrollo del derecho a la intimidad

Luego de este revelador artículo, extraordinariamente rico en elementos valiosos para un análisis comparativo interdisciplinario, han transcurrido eventos de gran trascendencia que han impactado los procesos sociales y políticos. Estos han permitido que se haya producido uno de los cambios más rápidos y dramáticos en la percepción ciudadana sobre la comunidad homosexual, sobre su reclamo de derechos constitucionales y efectivamente sobre el contenido de la norma jurídica. Examinaremos algunos de ellos.

Varios señalamientos deben iniciar esta reflexión sobre los cambios habidos en el Derecho en el tema que nos ocupa. Primeramente, es notable la ausencia de discusión o mención siquiera en el artículo sobre el Derecho en general y en particular sobre el derecho a la intimidad al discutirse el tema de las relaciones sexuales consentidas entre adultos. Es sorprendente sobre todo porque nuestra Constitución, desde su aprobación en 1952, dispuso el derecho a la intimidad como uno de los derechos fundamentales que el Estado debía respetar y garantizar a toda la ciudadanía.

Debemos resaltar, sin embargo, que para la fecha de publicación del artículo analizado, el Tribunal Supremo de Puerto Rico no había emitido opinión alguna sobre los alcances del derecho a la intimidad. Su opinión normativa surge en 1978 en el caso de *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*<sup>12</sup> en el cual el Tribunal expone la predominancia del derecho de intimidad en nuestra jerarquía de derechos fundamentales así como las limitaciones constitucionales del Estado para intervenir legítimamente con el mismo.

Pese a haber estado en la Constitución desde inicios de la década del 1950, el derecho a la intimidad cobró contenido, reconocimiento y fuerza jurídica en gran medida debido a la presencia del Juez Presidente José Trías Monge<sup>13</sup> en el Tribunal Supremo pues fue bajo el período de su incumbencia que el Tribunal fundamentó en el derecho de intimidad varias opiniones en controversias surgidas al enfrentarse el derecho a la intimidad al de expresión y a la libertad religiosa.<sup>14</sup>

El lento y débil inicio del reconocimiento real del derecho a la intimidad en Puerto Rico recibió un impulso decisivo como resultado de la composición liberal del Tribunal Supremo de Estados Unidos para la década del 1960 e inicios de los 1970. Es de rigor señalar que para la publicación del artículo que examinamos ya el Tribunal Supremo de Estados Unidos había decidido en 1967 el caso de *Griswold*

---

<sup>12</sup> 107 D.P.R. 250 (1978).

<sup>13</sup> José Trías Monge ejerció el cargo de Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico del 1974 a 1985.

<sup>14</sup> *P.R. Tel. Co. v. Martínez*, 114 D.P.R. 328 (1983); *E.L.A. v. P.R. Tel. Co.*, 114 D.P.R. 394 (1983); *Pueblo v. Duarte*, 109 D.P.R. 596 (1980) (Trías Monge, J., concurrente/disidente); *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 D.P.R. 436 (1975); *Capella v. Iglesia de Dios Pentecostal*, 102 D.P.R. 20 (1974).

v. *Connecticut*<sup>15</sup> en el cual se reconoció la existencia de un derecho a la intimidad en las relaciones íntimas de las parejas. La controversia en ese caso surgió cuando un matrimonio cuestionó la constitucionalidad de leyes existentes en muchos estados que restringían el acceso al uso de anticonceptivos. El tribunal fundamentó su decisión reconociendo que existía un derecho a la intimidad que aunque no estaba contenido en lenguaje expreso, estaba imbuido en el concepto de libertad individual de la Carta de Derechos de la Constitución de Estados Unidos para proteger a los ciudadanos frente a las intervenciones injustificadas del Estado.

Este derecho siguió desarrollándose con fuerza luego de la decisión de *Griswold* y en pocos años el mismo se había ampliado para incluir a personas solteras en sus decisiones sobre salud reproductiva, *Eisendstadt v. Baird*,<sup>16</sup> y posteriormente a menores de edad.<sup>17</sup> Es por ello muy ilustrativo que en el artículo no se discuta ni mencione este significativo desarrollo jurisprudencial.

Más aún, el mismo año de la publicación del artículo en la Revista Jurídica, precisamente a principios de año, el 22 de enero de 1973, el Tribunal Supremo de Estados Unidos había emitido su controversial decisión en el caso de *Roe v. Wade*,<sup>18</sup> una de las decisiones más discutidas y comentadas en la historia del más alto tribunal de Estados Unidos. En su decisión en *Roe*, al invalidar una ley que prohibía las terminaciones de embarazos, el Tribunal Supremo reconoció que estas leyes estatales invadían ilegítimamente áreas de decisión privada de las mujeres. El fundamento jurídico fue el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su propia vida, su propio cuerpo y su vida sexual sin intervenciones injustificadas por parte del Estado. Es decir, el derecho a la intimidad. Sin embargo, es revelador que *Roe* no se menciona siquiera en el artículo que examinamos. De igual forma, tampoco se hace mención alguna de garantías constitucionales básicas como la igual protección de las leyes ni de la prohibición al Estado de discriminar por razón de sexo ni de la inviolabilidad de la dignidad humana.

Es evidente, pues, que al 1973 la discusión sobre la homosexualidad se mantenía en el marco cerrado de visiones de moralidad social y bajo el fundamento de que la persona homosexual era una anormalidad, y su orientación sexual una desviación de la conducta social aceptable. La posibilidad de que se entendiera a la persona homosexual como un ciudadano con derechos sencillamente no estaba presente. El Derecho, ni la Constitución, tenían relación alguna con la vida de las personas homosexuales.

## B. La Asociación Americana de Psiquiatría

El citado artículo 103 sobre sodomía estuvo en el Código Penal por varias décadas sin que hubiera cambios en el estatuto ni cuestionamientos en los tribunales de Puerto

---

<sup>15</sup> 381 U.S. 474 (1965).

<sup>16</sup> 405 U.S. 438 (1972).

<sup>17</sup> Véase e.g. *Carey v. Population Services, Inc.*, 431 U.S. 678 (1977).

<sup>18</sup> 410 U.S. 113 (1973).



Rico sobre su inconstitucionalidad. Sin embargo, un evento de sustancial impacto se produjo en 1973, justo el año de publicación del artículo, cuando la Academia Americana de Psiquiatría eliminó la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales.<sup>19</sup> Con esta acción, la ciencia declaraba como conducta normal la atracción erótica entre personas del mismo sexo. Esta determinación de la entidad de mayor jerarquía en el establecimiento de fundamentos para la intervención médica por razón de enfermedad o patología debió tener un efecto inmediato a varios niveles, incluyendo el jurídico, pues se había eliminado el único fundamento para una válida intromisión del Estado hacia personas en relaciones homosexuales.

Sin embargo, ni el cambio social ni el jurídico se ajustaron a los hallazgos y conclusiones de las ciencias de la conducta humana. Las interpretaciones posteriores del Tribunal Supremo de Puerto Rico en controversias relacionadas al tema de la comunidad LGBTT no se atemperaron a los adelantos habidos en la ciencia, ni armonizaron el Derecho a sus avances. El producto del conocimiento que el proceso científico contribuye para el beneficio de la comunidad no tuvo eco en el proceso legislativo, ni en el Derecho en Puerto Rico.

El reconocimiento de derechos para la comunidad homosexual, por ello, sería largo y tortuoso y participarían en él actores con agendas ilegítimas bajo nuestro sistema constitucional. La ignorancia y el prejuicio mantuvieron su control en amplios marcos de acción tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico.

### C. Habla el Tribunal Supremo de Estados Unidos

En 1987, trece años luego de *Roe v. Wade*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos tuvo por primera vez la ocasión de considerar un reclamo de derecho a la intimidad de una persona homosexual en *Bowers v. Hardwick*.<sup>20</sup> La mayoría del tribunal, en una decisión dividida (5-4), determinó la constitucionalidad de una ley de sodomía bajo el fundamento de que la tradición legal en ese país demostraba que a través del tiempo la sociedad norteamericana había repudiado la conducta homosexual y la había incluso penalizado a través de su historia.

Esta decisión tuvo una corta vida jurídica pues solo diecisiete años después, poco tiempo para el Tribunal Supremo de Estados Unidos revocar un precedente, el Tribunal emitió su decisión en *Lawrence v. Texas*.<sup>21</sup> En la misma, el Tribunal expresó que *Bowers* estuvo mal decidido y que debía revocarse como norma jurídica.

Es de gran importancia destacar que el fundamento para la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Lawrence* fue precisamente que el derecho a la intimidad protegía a adultos que consienten voluntariamente a sostener relaciones sexuales,

---

<sup>19</sup> *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (2nd ed., APA 1973). Véase además, American Psychiatric Association, LGBT, Sexual Orientation, <http://www.psychiatry.org/lgbt-sexual-orientation> (accedido el 17 de abril de 2014).

<sup>20</sup> 478 U.S. 186 (1986).

<sup>21</sup> 539 U.S. 558 (2003).

heterosexuales u homosexuales, como parte del derecho fundamental a la libertad personal bajo la cláusula del debido proceso de ley de la Constitución de Estados Unidos.

Los efectos de esta decisión obligaron a los estados y a Puerto Rico a enmendar sus normativas y códigos penales para ajustarse al dictamen mandatorio de reconocimiento de derechos constitucionales, específicamente el derecho a la intimidad, a la comunidad homosexual. Fue por mandato de esta interpretación judicial que finalmente se logró la eliminación del Artículo 103 del Código Penal aprobado en 2004.<sup>22</sup>

#### **D. Inacción de la Asamblea Legislativa y del Tribunal Supremo**

Siendo como ya se ha expresado el derecho a la intimidad uno de los que expresamente se reconocen en nuestra Constitución desde 1952, reclamado posteriormente por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico como uno de factura más ancha que el mismo derecho en la jurisdicción federal, causa inquietud que nuestra Rama Legislativa no hubiera actuado en defensa de la Constitución y no hubiera eliminado el artículo 103 antes de la decisión de *Lawrence v. Texas*.

Tuvo ocasión de así hacerlo en ocasión de la demanda radicada por *Margarita Sánchez et al. v. Secretario de Justicia*<sup>23</sup> para declarar el artículo 103 inconstitucional por ser claramente violatorio de ese derecho fundamental. En esa controversia el Tribunal Supremo de Puerto Rico rehusó intervenir fundamentando su determinación en que las demandantes no tenían legitimación activa toda vez que el Estado no había utilizado su poder coercitivo contra ellas mediante arresto o radicación de alguna acción que interviniera con sus actuaciones. Citamos por su importancia la expresión del Tribunal:

Creemos que cien años de vigencia del estatuto sin que se haya puesto en vigor en su modalidad consensual entre adultos y en privado contra alguna persona, son más que suficientes para demostrarnos que el miedo de las peticionarias de ser arrestadas o procesadas es meramente subjetivo, hipotético e imaginario.<sup>24</sup>

La aseveración del tribunal fue absolutamente cierta porque efectivamente en 100 años, pese a la existencia de estatutos penales penalizando la sodomía, no se habían radicado acciones criminales contra adultos en relaciones consentidas. Pero, igualmente pudo haber entendido que el hecho de que el Estado voluntariamente hubiera decidido no actuar no implicaba necesariamente que no tenía la facultad de actuar en cualquier momento, pues la norma penal estaba vigente.

Dos controversias permitieron al Tribunal Supremo de Estados Unidos evaluar las leyes de sodomía vigentes en dos estados. Tanto en *Bowers v. Hardwick* como en

---

<sup>22</sup> 33 L.P.R.A. 4065.

<sup>23</sup> 157 D.P.R. 360 (2002).

<sup>24</sup> *Id.*

*Lawrence v. Texas*, las fuerzas de los estados sí intervinieron de forma invasiva en el lugar privado donde se hallaban los dos adultos consintiendo a relaciones homosexuales. No ocurrió así en caso alguno en Puerto Rico, incluyendo el de Margarita Sánchez.

¿Qué significado tiene esta diferencia en término de los factores, y los procesos que inciden en la elaboración de una norma jurídica? ¿Cómo se explica que en Puerto Rico el Estado no haya utilizado en 100 años su poder coercitivo para poner en vigor una norma penal que, sin embargo, insistió en mantener en sus leyes penales? ¿Qué fuerzas y factores permitieron esa inacción? ¿Cómo incide la realidad social, política y hasta económica en la adecuación de la norma jurídica?

### **E. Cambios sociales y una nueva realidad**

Históricamente, no caben dudas de que el origen del rechazo a las relaciones homosexuales en nuestras normativas jurídicas tuvo su marco, tanto en las visiones religiosas judeo-cristianas como en la imposición de una visión pecaminosa del placer sexual separado del propósito de la procreación. Mas durante el transcurso de las últimas cinco décadas, el ser humano ha reclamado su sexualidad independiente del Estado; ha reclamado su derecho a ser libre de imposiciones por parte del Estado en las formas y estilos en los que desea vivir su vida; ha reclamado su derecho a escoger libremente su pareja sin restricciones por parte del Estado; y ha reclamado que el Estado le respete y le proteja cuando ejerce esos derechos.<sup>25</sup>

Fuerzas, fundamentalmente provenientes de sectores religiosos, han orquestado campañas públicas para evitar el reconocimiento de estos derechos. Las presiones, sin duda poderosas, que ejercen sobre funcionarios electos ha sido decisivas en que las normativas jurídicas, algunas aprobadas hace más de cien años, se mantengan en los códigos tanto penales como civiles. Sin embargo, las cambiantes realidades sociales también han jugado un rol significativo. Se han debilitado los controles y las influencias religiosas sobre sectores significativos del pueblo por un lado y la globalización de la información ha permitido que cada vez más personas conozcan los procesos que acaecen en otras partes del mundo donde grupos de Derechos Humanos han logrado decisiones reconociendo los derechos de la comunidad LGBTT en altos foros nacionales e internacionales.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

<sup>26</sup> Algunos de estos foros nacionales e internacionales son la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la primera resolución de las Naciones Unidas relativa a la orientación sexual y la identidad de género. En noviembre del mismo año se celebró la primera Asamblea General lo que preparó el camino para el primer informe oficial de las Naciones Unidas sobre las leyes discriminatorias y prácticas y actos de violencia contra de la comunidad. El informe fue laborado por la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41\\_English.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf). (accedido el 17 de abril de 2014).

Con su dictamen en *Lawrence*, poderoso por la contundencia de sus expresiones, el Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció un derecho que ha prevalecido hasta el día de hoy y que cada vez se torna más vigoroso, más permanente, más importante, como un derecho valorado y abarcador, esencial en la vida democrática. Su impacto fue tan liberador que incluso provocaron la siguiente expresión de parte de un juez, esencialmente conservador, de nuestro Tribunal Supremo de Puerto Rico. Dijo el juez Efraín Rivera Pérez en *Ex parte, Alexis Delgado*: “No albergamos duda alguna sobre el derecho que le asiste a toda persona de expresar y vivir su sexualidad de la manera que entienda apropiada, dentro del ámbito protegido por el derecho constitucional a la intimidad”.<sup>27</sup>

### VIII. Conclusión

Sin duda, quedan aún asuntos por atenderse entre los que podemos identificar la insistencia en el argumento de que se afecta una familia cuando se reconoce a otra familia establecida de forma diferente, y el reclamo de que es una familia con derechos aquélla compuesta por personas de un mismo sexo. Por consiguiente, deben tener el derecho a contraer matrimonio civil y a adoptar hijos e hijas para amarlos y protegerlos. Luego de que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declarara inconstitucional el *Defense of Marriage Act*<sup>28</sup> en *US v. Windsor*,<sup>29</sup> corresponde que se continúe el proceso de reivindicar los derechos negados.

Los principios de que los tribunales son los custodios de la Constitución, de que les corresponde la ingente tarea de interpretar de acuerdo a principios constitucionalmente consagrados, de que la Constitución les impone la responsabilidad de cuidar que el Estado no pueda fundamentar el establecimiento de políticas públicas en principios religiosos ni que pueda imponer sobre el pueblo particulares visiones religiosas o de moralidad religiosa, aun cuando abrumadoramente mayoritarias, se reconocen pilares definitorios de la vida democrática.

Las carencias de conocimiento y de visiones democráticas, así como los excesos de la ignorancia y del prejuicio, dificultaron por muchas décadas las tareas reivindicativas. Pero al examinar la dirección recorrida en los últimos cuarenta años, se despejan las sombras de hacia dónde debe siempre encaminarse la norma jurídica para dejar atrás el prejuicio y abrazar el Derecho como parte esencial de ser humano.

---

<sup>27</sup> *Ex parte, Delgado* 165 D.P.R. 170, 197 (2005) (Rivera Pérez, J., conformidad).

<sup>28</sup> *Defense of Marriage Act*, 1 U.S.C. § 7.

<sup>29</sup> 133 S.Ct. 2675469-479.