

Género, heteronormatividad y argumentos a favor del matrimonio homosexual en la jurisprudencia de tribunales brasileños

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar
Universidad Autónoma de Madrid

emanuela.cardoso@uam.es

Gender, Heteronormativity and Arguments in Favour of Homosexual Marriage in the Brazilian Courts Jurisprudence

RESUMEN: En este artículo, verifico si en el discurso jurídico de tribunales brasileños hay argumentos que contribuyan a justificar la concesión del igual derecho al matrimonio de los homosexuales. La jurisprudencia es un campo de análisis relevante y su estudio se justifica en razón de ser un espacio de interpretación y aplicación de la norma, y de creación de un discurso jurídico influyente sobre los derechos de familia de los homosexuales. Identifico asimismo los argumentos en contra y a favor de conferir el status de familia a las uniones *homoafectivas*, y analizo si en esos argumentos hay estereotipos de género y sexualidad.

ABSTRACT: In this paper, I verify whether the Brazilian courts' juridical discourse has any argument in favour of the equal right to marriage of the homosexuals. The jurisprudence is an outstanding place of analysis because we can know the way the courts interpret and apply the norms; it is also a place for the creation of an influent juridical discourse about the homosexual family rights. I identify as well the arguments for and against extending the family status to the homosexual couples, and analyse if in these arguments there is any gender and sexuality stereotype.

PALABRAS-CLAVE: género, heteronormatividad, jurisprudencia, matrimonio, homosexuales

KEYWORDS: gender, heteronormativity, jurisprudence, marriage, homosexuals

1. Introducción

En 1914, E. M. Forster dedicó su novela *Maurice* a "un año más feliz." En ella, el autor cuenta la juventud de burgués de familia acomodada que descubre de manera imprevista que sus afectos y deseos van dirigidos a un individuo de su propio sexo. El libro está dedicado a una época más comprensiva que pudiera contemplar sin repugnancia las relaciones de amor entre personas del mismo sexo. Forster esperó casi sesenta años para publicar su libro (1971) por temor a chocar con el puritanismo de la sociedad británica, y por desear que se comprendiera el final feliz de la historia. Cuarenta años después de la publicación de *Maurice*, en una decisión histórica,¹ los ministros del *Supremo Tribunal Federal* (STF) de Brasil reconocieron la unión estable entre homosexuales como una entidad familiar protegida por la Constitución a la que debe aplicarse, por analogía, el régimen jurídico de las uniones heterosexuales. Afirmaron que la institución "familia" puede ser constituida formal o informalmente – por vías distintas al matrimonio civil –, e integrada por parejas hetero u homosexuales. "La Constitución no veda la formación

Agradezco a Elena Beltrán, José Luis Colomer, Verónica García, Cristiane Aquino, Sara Rodríguez y al evaluador anónimo, la lectura atenta, la crítica y todas las sugerencias que contribuyeron a mejorar este trabajo. Los equívocos y errores aún existentes son, por supuesto, de mi total responsabilidad.



Received: 14-11-2012
Accepted: 07-01-2013



de la familia por personas del mismo sexo." ¿Será que estamos en el comienzo de un año más feliz, en el sentido deseado por Forster?

La historia del derecho de familia brasileño es una "historia de exclusiones" (Dias, 2007, 110). Las influencias de la religión católica se han plasmado en la concepción tradicional de familia que privilegió un modelo patriarcal con marcadas divisiones de género y excluyó los modelos que diferían del formato deseado: el matrimonio heterosexual.² Los hechos, no obstante, se impusieron, y las reivindicaciones de los miembros de los otros "arreglos" poco a poco llevaron a los tribunales a concederles derechos de familia y provocaron cambios legales. Así fue con el divorcio y el concubinato. Así es con las parejas homoafectivas.³ La asignación de derechos de familia a las personas homosexuales en Brasil es lenta y nada fácil. El prejuicio histórico que rechaza las experiencias de esas personas y las invisibiliza también en el Derecho, es una barrera difícil de sortear. A pesar de esa realidad, las dos últimas décadas han sido testigos de una serie de victorias en la asignación de derechos que culminaron en la referida decisión del STF.

El objetivo de este trabajo es verificar si, en el discurso jurídico de tribunales brasileños, hay argumentos que contribuyan a justificar la concesión del igual derecho al matrimonio de las personas homosexuales. La jurisprudencia es un campo de análisis muy relevante y su estudio se justifica en razón de ser un espacio de interpretación y aplicación de la norma, y de creación de un discurso jurídico influyente sobre los derechos de familia de los homosexuales. Con ese fin, estudiaré la jurisprudencia acerca de la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan formar una familia (por unión estable y matrimonio); analizaré los argumentos en contra y a favor de conferir el estatus de familia a las uniones homosexuales; y verificaré si en referidos argumentos hay estereotipos de género y sexualidad. El enfoque de este trabajo es jus-filosófico y utilizará el género como una categoría de análisis.

Algunas preguntas guían esta investigación: ¿Puede la unión de dos personas del mismo sexo formar una familia? Si la respuesta es negativa, ¿qué argumentos hay para negar su reconocimiento por el Estado? Si se contesta de modo positivo, ¿qué formas pueden, o deben, asumir para formalizar su unión? En el discurso jurídico de los tribunales, ¿hay argumentos que puedan justificar la defensa del igual derecho al matrimonio de las parejas homosexuales? Asimismo, trabajé con dos hipótesis

que intenté verificarlas o refutarlas en el desarrollo de las actividades. La primera es que la caracterización de la familia tradicional, en los argumentos de una parte de la jurisprudencia, refuerza los roles de género de padre/hombre y madre/mujer, y el rechazo de la pareja homosexual tiene que ver con el desafío a estos roles. La segunda hipótesis es que estos argumentos, que niegan la posibilidad de matrimonio a las personas del mismo sexo, no resisten un escrutinio estricto fundado en los valores que informan el ordenamiento jurídico brasileño. En esta investigación, se ha utilizado como fuente documental la jurisprudencia de tribunales brasileños⁴ acerca de los derechos de los homosexuales; la doctrina nacional y extranjera; y la legislación brasileña sobre el tema.

2. La transformación de la familia y sus formas en el Derecho

Scott (1989, 71) ha dicho que "aquellos que quisieran codificar los significados de las palabras librarían una batalla perdida, porque las palabras, como las ideas y las cosas que están destinadas a significar, tienen historia." Esta afirmación invita a verificar las transformaciones por las que ha pasado la institución de la familia en Brasil, su contenido y sus formas. Una mirada sobre la evolución de la familia en el ordenamiento jurídico permite comprender los desafíos que conlleva la concesión de derechos a las parejas homosexuales, y las estrategias que éstos utilizan para reivindicar derechos y buscar su reconocimiento como familia. En este apartado, describiré brevemente esas transformaciones - sin tener la pretensión de ahondar en el tema y analizar las etapas por las que han pasado - por considerar que ofrecen elementos relevantes para el análisis de este trabajo.

La formación de la familia brasileña estuvo caracterizada por la influencia de la Iglesia católica, donde destaca una estructura patriarcal con marcadas desigualdades de género, legitimadas por el Derecho. La finalidad de la familia, además de servir como espacio privilegiado para la formación y el desarrollo moral de los ciudadanos, era garantizar la legitimidad de la prole y regular la transmisión del patrimonio. El Código Civil de 1916 instituyó la desigualdad como regla y legitimó el espacio público-político como masculino y el espacio privado-doméstico como femenino. El matrimonio indisoluble ha sido por antonomasia la forma de constituir la familia "legítima", base de la nación y objeto de especial protección del Estado a partir de

la Constitución de 1934. Los derechos de familia estaban destinados a regular y proteger las relaciones familiares formadas a partir del matrimonio.

Al margen del modelo legítimo, surgieron diferentes formaciones que, a partir de los años 30, reclamaron protección. Las mujeres que vivían "en estado marital" empezaron a reclamar compensaciones por los trabajos realizados en las uniones consensuadas en que vivían. Los juristas, gradualmente, defendieron que las relaciones consensuadas eran un "hecho social" para justificar su reconocimiento como familia. En vista de la ausencia de regulación legal, los jueces empezaron a decidir esos casos en analogía al matrimonio. No obstante, la tramitación de las demandas de compañeras que vivían en las "sociedades de hecho" no eran admitidas en las *varas* de familia, sino en las *varas* civiles y eran tratadas como sociedades mercantiles – ya que se referían exclusivamente a cuestiones patrimoniales. Las "concubinas" recibían "indemnizaciones" por servicios domésticos prestados a los compañeros. La inexistencia de regulación y las crecientes demandas a los tribunales llevaron a la corte constitucional a determinar que "comprobada la existencia de sociedad de hecho entre los concubinos, es posible la disolución judicial, con la división del patrimonio adquirido con el esfuerzo común." (*Súmula* 380/1964).

A finales de los años 70, otro tema generó debates: el divorcio. El matrimonio estaba constitucionalmente previsto como indisoluble pero la realidad mostraba que dicha previsión era injusta por impedir que las personas que ya no compartían la vida rompieran formalmente los vínculos. Pese a las proclamas de que se destruiría la familia, en 1977 la enmienda constitucional nº 9 puso fin a la indisolubilidad del matrimonio y la ley nº 6.515/1977 reguló el divorcio en Brasil.

La Constitución de 1988 transformó las relaciones familiares al establecer la igualdad entre hombres y mujeres, y ampliar las formas de constituir una familia. No sólo el matrimonio, sino también la unión estable y las formaciones monoparentales se han considerado como entidades familiares. La previsión de que la familia es la base de la sociedad y tiene especial protección del Estado (CF/88, art. 226, *caput*),⁵ interpretada en el marco axiológico de la Constitución, la ha transformado en una institución inclusiva. Se ha considerado la familia como un espacio que privilegia las relaciones unidas por sentimientos, y la afectividad se ha erigido como su característica fundamental.

Ahora bien, el reconocimiento de derechos a las parejas homosexuales sigue la pauta de la protección de las antiguas relaciones de concubinato. Los tribunales han jugado un papel fundamental en la medida en que el ordenamiento jurídico ha privilegiado la heteronormatividad y ha mantenido un silencio legal acerca de las relaciones homosexuales. Se identifican tres momentos en la evolución jurisprudencial. El primero se inició a finales de los años 80. Los tribunales han aseverado que los compañeros tienen obligaciones legales y el patrimonio adquirido con el esfuerzo común debe ser dividido. El reconocimiento como parejas de hecho les ha concedido derechos asignados a uniones heterosexuales pero sin conferirles el estatus de familia. Por esa razón, se las ha tratado como sociedades mercantiles en las *varas* civiles.

Un cambio relevante se verificó a mediados de la década de 90. Los requerimientos para incluir a los compañeros homosexuales como beneficiarios de derechos sociales han llevado a algunos tribunales a equiparar las uniones homosexuales a las heterosexuales para concederles beneficios sociales y se les han reconocido como entidades familiares. Al argüir que las parejas homoafectivas forman relaciones que tienen las mismas características que las heterosexuales, las decisiones han extendido esos beneficios a las parejas de funcionarios federales con base en la premisa de que el principio de la igualdad exige que les sea dado el mismo trato que a las parejas heterosexuales.

El desarrollo de esa jurisprudencia llevó a algunos tribunales, a principios de la década de 2000, a reconocer que las uniones homosexuales cuya convivencia es pública, continua y duradera, y es establecida con el objetivo de constituir una familia, son entidades familiares merecedoras de protección. El reconocimiento como uniones estables les ha extendido los derechos y deberes derivados de las relaciones familiares (derechos de la seguridad social, de herencia, a adoptar hijos en conjunto, a un visado permanente al compañero extranjero etc.) y el número de decisiones en ese sentido ha aumentado. Ese tema, no obstante, ha sido objeto de amplia divergencia, lo que ha generado que en un mismo tribunal y en un mismo periodo se decidieran demandas similares de modos diferentes.⁶ Esa divergencia es el resultado de la inexistencia de regulación de las relaciones homoafectivas y de la referencia constitucional a la uniones estables "entre un hombre y una mujer", y refleja los diferentes posicionamientos jurídicos tanto en los tribunales como en la doctrina.

En medio de ese debate, el STF decidió que la familia es una institución incluyente que asume diferentes formas y no está restringida a las parejas heterosexuales. A partir de ese fallo se ha verificado un aumento de decisiones que aplican el estatuto jurídico de las uniones estables heterosexuales a las homosexuales. Ante la previsión de que se facilitará la conversión de las uniones estables en matrimonio, en el último año se ha identificado lo que puede ser la cuarta etapa en el desarrollo de esa jurisprudencia: se les ha concedido autorizaciones judiciales para casarse,⁷ lo que ha llevado a los primeros matrimonios entre homosexuales en Brasil.

A pesar de que los movimientos homosexuales han ganado reconocimiento y mayor aceptación social, la atribución de derechos de familia aún genera divergencia. Pero ¿por qué hay tantos recelos a conferir el sello de familia a las parejas del mismo sexo?

3. La heteronormatividad en el derecho de familia

El argumento que exige la diferencia de sexos para formar una familia⁸ está presente en la mayor parte de la jurisprudencia estudiada. Los tribunales no pueden ignorar el elemento de la heterosexualidad en vista de la previsión normativa, pero eso no quiere decir que no puedan cuestionarlo. El derecho de familia brasileño está construido a partir de la naturalización de la heterosexualidad. Es frecuente en la norma la referencia a las relaciones diádicas, y, cuando no está expreso, ese es el criterio que se subsume como obvio, lo que hace innecesaria cualquier restricción legal a la formación de la familia por homosexuales, sea por medio de la unión estable o del matrimonio (Sarmiento, 2008, 621). Esa naturalización está presente en los argumentos de diversas decisiones estudiadas, que no sólo presentan razones para defenderla, sino también para demostrar las diferencias entre las relaciones hetero y homosexuales, y por qué éstas no son merecedoras del estatus de familia.

La familia es considerada una unión heterosexual cuya finalidad es la procreación. Puede adquirir diferentes formas reconocidas por el Derecho y a partir de ella se establecen los vínculos de parentesco, se transmite la herencia, se crean derechos y obligaciones etc. En la familia se distribuyen roles de género considerados como importantes no sólo para su manutención, sino también para la propia preservación de la organización social (Law, 1988, 208). Referidos papeles crean una división sexual de trabajos que se extienden más allá de la unidad doméstica para ser

replicada en diferentes esferas de la sociedad. En el ámbito de la familia, esa división crea oportunidades diferentes en la medida en que, mayoritariamente, son las mujeres las encargadas de la crianza y los cuidados. Los roles de género y la división sexual del trabajo contribuyen a la desigualdad de oportunidades, poder e influencia de las mujeres en la sociedad (Okin, 1997, 56; Young, 1995, 545). Las diferencias sexuales son naturalizadas y las distinciones de género son presentadas como derivadas de las diferencias biológicas, no como socialmente construidas. Las sociedades patriarcales organizadas por el binomio hombre/mujer, masculino/femenino, necesitan de esas categorías para organizar sus diferentes espacios de vida, comprenderse y mantener una estructura de poder que aún privilegia lo masculino y lo que está asociado a él. De ahí que las relaciones heterosexuales sean valoradas como naturales, normales y sean presentadas como la verdadera expresión de la sexualidad humana.

El privilegio de la heterosexualidad como la base de las relaciones sociales, refuerza la idea de que esta identidad sexual está en el centro de las relaciones interpersonales. La heterosexualidad representaría un principio de unión social, y serviría para interpretarla como estable, necesaria y universal. Se trata de una categoría que se define por su división entre géneros. La mujer está identificada con el deseo por los hombres, los privilegios sociales y económicos asociados a ser su compañera, y los papeles de esposa/madre. El hombre está identificado con el deseo por las mujeres y con las actividades productivas y de poder tanto en el espacio público como el privado (Richardson, 1996, 3; Law, 1988, 197). En nuestra cultura, la heterosexualidad forma el núcleo de una red social y de relaciones de parentescos que reciben soporte y privilegios sociales y legales, que sirve también para silenciar y ocultar las relaciones que se distancian de ese modelo (Law, 1988, 197).

La naturalización de la heterosexualidad y su división de géneros es contrapuesta a la desnaturalización de la homosexualidad y las amenazas de ésta no sólo a la estructura social de género, sino también a la propia expresión de la sexualidad asumida como natural y normal (Law, 1988, 196; Sunstein, 1997, 220; Nussbaum, 1998, 186). Los deseos de los homosexuales son asumidos como ilegítimos y generan repudios que pueden resultar en actitudes prejuiciosas y violentas. Rubin (1989, 280-283) demostró la dimensión política de la sexualidad y denunció el sistema jerárquico de valores sexuales que pone en la cúspide el modelo de sexualidad considerado natural y normal: la heterosexualidad marital, monógama y reproductiva. Bajando

el escalón, están las parejas heterosexuales no casadas, que vienen seguidas, en un nivel valorativo inferior, por los homosexuales y los heterosexuales promiscuos, cuya sexualidad es vista como anormal, inmoral y perversa. En el lugar más bajo están los travestis, los trabajadores sexuales, los sadomasoquistas y los transexuales. La autora afirma que en ese sistema jerárquico es importante mantener las líneas imaginarias que identifican la sexualidad buena y la mala, y que tal sistema es coercitivo, pues impide la libre expresión de la sexualidad y se sustenta por un conjunto de ideologías estigmatizadoras, por la discriminación social, y por la discriminación y/o persecución legal. Esa separación intenta mantener e identificar la heterosexualidad como la experiencia verdaderamente humana.

La familia es un espacio en que esa clasificación ejerce influencia. La inclusión de las relaciones homosexuales en la familia, su reconocimiento y regulación por el Derecho, son un desafío, y en los debates generalmente se encuentran argumentos fundados en estereotipos y prejuicios. Como dijo Nussbaum (1999, p. 186), el miedo a erosionar las distinciones y los límites tradicionales; a una sexualidad femenina que no está disponible a los hombres; y a un tipo de sexualidad masculina que es pasiva, juegan un papel en el debate contemporáneo sobre el tema que lo hace grosero e irracional.

La oposición a las relaciones homosexuales tiene que ver con la idea de estabilidad familiar, pues se supone que no encajan en el modelo tradicional ni cumplen su finalidad principal: la procreación. Como sugiere Law (1988, p. 218), cuando una pareja homosexual construye una relación de compañerismo y afecto, ellos "niegan" la prescripción de que una relación estable requiere la jerarquía y la reciprocidad entre hombres y mujeres. En una relación homosexual la autoridad no puede ser subsumida en la división de géneros. Por esa razón, las parejas del mismo sexo que crean relaciones duraderas amenazan más los valores tradicionales que individuos heterosexuales que mantienen relaciones no-maritales y no-procreativas. Los oponentes de las relaciones homosexuales buscan reforzar la idea de que el matrimonio y la unión estable son relaciones en que hombres y mujeres ocupan papeles distintos y complementarios. La idea de la estabilidad familiar ganaría importancia en la medida en que su función social sería la crianza, educación y socialización de los hijos, y los cuidados de los mayores y los enfermos. La familia ofrecería el núcleo que daría significado y valor a nuestras vidas, y en el cual las funciones complementarias posibilitarían que los varones adultos asumieran las principales responsabilidades

económicas y las mujeres se encargaran de los cuidados de los familiares. De ahí las actitudes negativas contra las parejas homosexuales por considerarse que no se encajan en los roles de padres/varones y madres/mujeres. Este argumento y la sugerencia de que la sexualidad de los homosexuales es promiscua son usados para afirmar que las parejas del mismo sexo no pueden formar relaciones estables y, por eso, no merecen el estatus de familia.

La preservación de las distinciones de género y de los papeles tradicionales en la familia son premisas que ocupan el núcleo del argumento conservador. Esas consideraciones han llevado a algunos autores (Koppelman, 1994) a defender que la discriminación contra las parejas del mismo sexo es una forma de discriminación sexual. Pero a pesar de la posición conservadora, es curioso notar que estos argumentos están en tensión con otros en los cuales se afirma la necesidad de superar el prejuicio contra ese grupo y de efectivizar los valores de la Constitución de 1988. Creo que Johnson (2005, 108) tiene razón cuando sugiere que a pesar del discurso progresista que intenta legitimar y tratar con igualdad las relaciones homosexuales, aun son visibles argumentos prejuiciosos. Para el autor, la homofobia puede declinar a través del incremento de políticas públicas que objetiven proteger el pluralismo sexual; no obstante, aun es una cuestión fundamental de las relaciones sexuales contemporáneas el hecho de que ellas reiteran distinciones. "Nosotros podemos ser una sociedad plural, pero somos organizados por la diferencia."

4. Género y heteronormatividad en la jurisprudencia sobre derechos de familia de los homosexuales

La jurisprudencia sobre las uniones homosexuales y la formación de la familia es un espacio privilegiado para conocer los argumentos en contra y a favor de considerar esas relaciones como familia, y de qué tipo. El discurso jurídico ejerce una función legitimadora del orden social. Las normas jurídicas transforman sentidos culturales en reglas que regulan las relaciones interpersonales y contribuyen a la formación y perpetuación de papeles sociales. A pesar de la pretendida neutralidad de la norma, las razones para su interpretación y aplicación tienen contenidos ideológicos que justifican su empleo en un caso dado con un sentido determinado. Un ejemplo del papel de ciertas ideologías en la argumentación jurídica es la aplicación por

analogía del estatuto jurídico de la unión estable a las parejas homosexuales. La norma define la unión estable como la unión entre un hombre y una mujer, pero no ofrece razones para que la heterosexualidad sea un requisito de acceso a esta institución. Esas razones se encuentran en la argumentación de los tribunales para excluir las parejas homosexuales de los derechos derivados del referido régimen. Estos argumentos están fundamentados en premisas que contribuyen a instituir una determinada representación de la familia como fundamento del orden social, y que establece la heterosexualidad como una forma de identidad normativa (Moreira, 2010, 47-48).

En este apartado, analizaré inicialmente la posición conservadora en la que describiré sus argumentos y los cuestionaré; luego, haré el mismo ejercicio con relación a la posición progresista, que aplica por analogía el estatuto jurídico de las uniones estables a los homosexuales. Utilizaré aquí lo que Macedo (1997, p. 96) llama el "test del escrutinio crítico", es decir, el análisis crítico y la verificación de cuales argumentos superan los prejuicios de género y están más acordes al marco valorativo de la Constitución de 1988.

4.1. El argumento conservador

El argumento que objeta la aplicación del régimen jurídico de la unión estable a las relaciones homosexuales, defiende que éste se destina a regular las relaciones entre personas de sexos diferentes, y que la heterosexualidad es un requisito imprescindible para formar una familia.⁹ Ese argumento es fuerte, especialmente como fundamento de decisiones judiciales, en razón de estar amparado por la previsión constitucional y legal. Como se verá, en la última década, algunas voces en los tribunales empezaron a cuestionar la heteronormatividad del ordenamiento jurídico. Ahora, no obstante, me centraré en los argumentos que intentan justificar la opción del legislador.

La familia heterosexual es un fenómeno natural cuya función es procrear

La familia es presentada por una parte de la jurisprudencia como un fenómeno natural "que prescinde de toda y cualquiera convención formal o social, no obstante no se pueda ignorar que fueron las exigencias de propia naturaleza y de la sociedad al acatar los reclamos naturales, que se encargó de delinear ese ente social que es la

base de la estructura de cualquier sociedad organizada.”¹⁰ La familia es considerada la base de la sociedad brasileña y no puede apartarse del modelo heterosexual. La relación homosexual, por no encajar en ese modelo, es excluida pues “no constituye entidad familiar, es decir, no es merecedora de la especial protección del Estado. Y es una herejía decir que dicha forma de unión pueda ser considerada la base da sociedad.”¹¹

El argumento anterior está vinculado al que defiende que la función de la familia es generar la prole,¹² atendiendo a “la necesidad de perpetuar la especie”. La ausencia de norma que asigna derechos de familia a las uniones homosexuales no implica un trato discriminatorio, pues referida unión no puede procrear.

“(...) el hecho de no haber previsión de que los homosexuales puedan casarse no implica discriminación, ni afecta la dignidad de la persona homosexual, sino que es el reconocimiento de que dicha relación no es apta para formalizar una familia, que pueda cumplir la función social relevante que llevó el legislador a conferir a la familia especial protección, y que está expreso en la Carta Magna. Con eso no se impide que las personas tengan sus relaciones erótico-afectivas de la manera que deseen, no se reclama tampoco la monogamia (pues no hay razón de ser) y nada impide que se relacionen con dos hombres o dos mujeres, o que las relaciones vayan más allá de dos personas.”¹³

La imposibilidad de generar hijos impediría que las uniones homosexuales tuvieran el mismo estatus de las relaciones heterosexuales. Se sugiere que ellas no tienen la capacidad de formar núcleos morales en los que los miembros de una familia pueden formarse y desarrollarse. “No se puede admitir que una unión homosexual sea tratada con la dignidad de una institución que es la propia base da sociedad, que es la familia, fuente generadora de vida y de la que derivan los principios y la moral que deben nortear las relaciones interpersonales.”¹⁴

Ahora bien, la familia es un fenómeno social (Eskridge Jr., 1993, 1435-1484) cuyas formas y finalidad han cambiado a lo largo del tiempo. Su evolución normativa en el ordenamiento jurídico brasileño es un ejemplo de esa transformación. La regulación de las relaciones familiares deriva de una elección del Estado que reconoce y asigna derechos y deberes a determinados modelos. Tanto es así que actualmente la legislación de varios Estados¹⁵ reconoce las uniones homosexuales como familia y les asigna los mismos derechos que a las parejas heterosexuales, incluso el derecho al matrimonio.

Pero, ¿por qué sería la familia una institución “naturalmente” heterosexual? Aquellos que defienden esa idea justifican su posición con el argumento de que su finalidad es la procreación. Tener hijos es la razón de existir de la familia y lo que le confiere un estatus diferente y superior a las otras uniones sentimentales humanas, de ahí la necesidad de estar compuesta por personas de sexos diferentes. Ese argumento, no obstante, genera algunas cuestiones: ¿Si la procreación confiere valor intrínseco a la familia, debe ser negado a las personas estériles el derecho de formalizar su unión? ¿Se le debe negar también a las parejas que no desean tener hijos?¹⁶ ¿Se les debe prohibir casarse y formar una familia a las parejas mayores que ya no pueden procrear? La respuesta a estos cuestionamientos es no, pues de lo contrario resultaría en una odiosa intromisión del Estado en la vida privada de las personas. Cuando las parejas desean formalizar su unión, en ningún momento se les exige una prueba de fertilidad, ni tampoco se les pregunta si tendrán hijos. Además, puede cuestionarse también de qué tipo de procreación se está hablando. Eso, porque la adopción existe para que personas y/o parejas – independiente de si son estériles o no - puedan adoptar como hijos legítimos a los niños y niñas que son hijos biológicos de otras personas. Y algunos Estados regulan la adopción por personas y/o parejas homosexuales.¹⁷ Si la procreación no es la finalidad de la familia, ¿cuáles son los motivos que llevan dos personas a formalizar sus vínculos afectivos? Si la procreación no es un requisito legal, ¿por qué negar su estatus y la asignación de derechos y deberes de familia a las parejas homosexuales? La respuesta al primer cuestionamiento será dada más adelante, cuando trataré de la posición progresista. Por ahora me interesa analizar la segunda cuestión.

La fragilidad de los argumentos que rechazan reconocer las uniones homoafectivas como familia y asignarles derechos y deberes en igualdad a las parejas heterosexuales, está motivada por la ansiedad cultural que provocan por no encajar en el modelo aceptado por la mayoría: la familia heterosexual y patriarcal, con roles de género y división sexual de trabajos. “Eso no existe. Eso hace temblar nuestra tradición.”¹⁸ El asombro del magistrado es un reflejo de ese rechazo. La homosexualidad, durante largo tiempo, ha sido asociada a enfermedad, desvío de comportamiento e inmoralidad. La investigación de Rubin (1989) es ilustrativa del tipo de conocimiento que se ha generado para identificar la homosexualidad con un problema que debe ser combatido y excluido de la sociedad. La jerarquía de valores sexuales comentada por la autora revela los tipos de argumento que asocian

comportamientos heterosexuales a la normalidad y la naturalidad, y transforman los comportamientos homosexuales en lo anormal y lo anti-natural. Las relaciones homosexuales no serían capaces de tener el valor moral concedido a las parejas heterosexuales; son relaciones promiscuas, inestables, y ese tipo de sugerencia queda claro en el comentario de una decisión, cuando se afirma que no se les reclama la monogamia¹⁹ ("pues no hay razón de ser") y nada les impide relacionarse con dos o más personas. Ese comentario es un ejemplo de prejuicio que puede resultar en un trato discriminatorio.

Estas reflexiones llevan a la conclusión de que las razones para rechazar las relaciones homosexuales tienen que ver con el hecho de que éstas desafían las rígidas "diferencias naturales" entre los sexos y los papeles que les son asignados en la familia. Ya no está tan claro quién será el activo y el pasivo, ni quién desarrollará los papeles de padre y madre. La homosexualidad, al borrar esas fronteras, desafía esa jerarquía y las "diferencias naturales," y por eso es rechazada (Sunstein, 1997, 219-221; Koppelman, 1997, 234-235).

Las parejas homosexuales no forman entidad familiar, sino sociedad de hecho

Considerar las uniones homosexuales como sociedades de hecho²⁰, en la estela de lo que sucedió con las relaciones de concubinato, ha sido una evolución importante, en vista del silencio normativo. Pero, ¿qué razones hay para tratarlas como un tipo de sociedad mercantil y negarles el reconocimiento de familia? Ese argumento generalmente es presentado para excluir los procesos que versan sobre las relaciones homoafectivas de la competencia de las *varas* de familia, pues la "[c]onvivenencia entre personas del mismo sexo no puede ser considerada como entidad familiar. Cuestión del derecho de las obligaciones."²¹

Las relaciones homoafectivas son tratadas como una sociedad mercantil por la que los compañeros se unen con el objetivo de formar un patrimonio en común. La afectividad, la estabilidad y la durabilidad no son tenidas en cuenta pues como ese tipo de relación no configura unión estable ni puede convertirse en matrimonio, están excluidas del derecho de familia. Pueden, no obstante, "configurar sociedad de hecho, cuya disolución asume rasgos económicos, resultantes de la división del patrimonio común."²² Quedan excluidas de la competencia de las *vara* de familia, pues "la cuestión familiar verdaderamente no existe."

*"No hay como comprender que el concepto de entidad familiar, a partir del modelo de la unión estable (...), incluye la relación homoafectiva, en virtud de la imposibilidad de realizarse matrimonio entre personas del mismo sexo. (...) Reconocimiento sólo de la existencia de sociedad de hecho entre las dos demandantes. Tema indiscutible, considerándose que, paralelamente a cualquier comunidad de amor (unión estable, concubinato, matrimonio con separación de bienes, o la unión homoafectiva), podrá haber una sociedad de hecho, concebida con el objetivo de adquirir patrimonio, constituida por personas del mismo sexo o por personas de sexos opuestos o, aún, por varias personas. Se trata de una sociedad empresarial, no registrada. Por eso, es de hecho. En ese caso, es justo que una vez que esté disuelta, el patrimonio sea repartido entre los participantes en la proporción del esfuerzo de cada cual. De lo contrario habría un enriquecimiento ilícito de uno en detrimento del otro."*²³

La heterosexualidad del matrimonio es natural y sagrada y, junto a las uniones estables heterosexuales, es considerada la única forma legítima de constituir familia.

*"(...) no es posible que dos hombres formen una entidad familiar. Menos en ese sentido. No es entidad de hecho, es entidad familiar. Por lo tanto, con la posibilidad de realizar matrimonio. La ley deberá estimular la conversión en matrimonio. Si eso no es posible, y si aquí quisiéramos analizar la cuestión por el Derecho de Familia, podemos identificar, como mucho, la unión estable. Es decir, personas de sexos diferentes. (...) creo que es un absurdo querer equiparar una relación obligacional a una cuestión que es sagrada, alterando la naturaleza de las cosas. Es decir, tener como familia la unión entre dos hombres o dos mujeres."*²⁴

Las parejas homosexuales son consideradas uniones estables en diversas áreas del Derecho, no, sin embargo, en el derecho de familia

El *Tribunal Superior Eleitoral* (TSE), en una decisión histórica, rechazó el registro de la candidatura al cargo de alcaldesa de una candidata que mantenía una relación estable con la alcaldesa reelecta del municipio. Según la decisión, en el concubinato, la unión estable y el matrimonio, está presente un vínculo de afecto capaz de unir personas en torno a intereses políticos comunes. Aunque el ordenamiento jurídico brasileño no haya admitido todavía la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar, "creo que ese relacionamiento tiene reflejos en la esfera electoral", pues es un dado de la vida la existencia de relaciones homosexuales en que hay vínculos fuertes de afecto. "Así, comprendo que los sujetos de una relación estable homosexual, a semejanza de lo que ocurre con los sujetos de la unión estable, el concubinato y el matrimonio, se someten a la regla de inelegibilidad prevista en el art. 14, §7º de la CF."²⁵

El *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) afirma que en la legislación sobre la seguridad social, el legislador ha pretendido "delinear el concepto de entidad familiar, a partir del

modelo de la unión estable, con vistas al derecho de la seguridad social, sin excluir, no obstante, la relación homoafectiva." Debe interpretarse referida legislación a partir de la Constitución²⁶ ya que la pensión por muerte es un beneficio que supe las necesidades básicas de los dependientes del asegurado. Para el STJ, "*no hubo, por parte del constituyente, exclusión de los relacionamientos homoafectivos, con vistas a la producción de efectos en el derecho de la seguridad social, configurándose simple laguna, que deberá ser suplida a partir de otras fuentes del Derecho.*" Cuanto al derecho de la seguridad social, el STJ entiende que la ausencia de referencia a compañeros del mismo sexo constituye una laguna, y el modelo de unión estable previsto en la norma no excluye las relaciones homoafectivas, pues la referida norma alcanza "*situaciones idénticas, merecedoras del mismo tratamiento.*"²⁷ Habrá resistencia, no obstante, para considerar esas relaciones como "idénticas" cuando se trate de derecho de familia.

Esa resistencia queda clara cuando el STJ afirma que a pesar de no haber reconocido expresamente la unión homoafectiva, la considera como análoga a la unión estable heterosexual. Según el tribunal, a la luz del Derecho, "no se la puede reconocer como unión estable por que *el desideratum de los textos relativos a la convivencia entre un hombre y una mujer es la constitución de una familia.*" Asevera que hubo un avance en la jurisprudencia con el reconocimiento de la unión homoafectiva como sociedad de hecho en algunas materias. "Para los demás efectos – patrimoniales, seguridad social, electorales etc. – no está vedado el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo. Para fines, no obstante, de unión estable como entidad familiar, mientras subsiste la norma constitucional y las disposiciones legales en comento, la prohibición existe, y la demanda, en ese sentido, carece de posibilidad jurídica, es decir, le falta amparo en el derecho material."²⁸

Estos argumentos son contradictorios. Hasta hace poco tiempo había un silencio normativo total acerca de las relaciones homoafectivas que se fue modificando en razón de decisiones judiciales.²⁹ ¿Por qué en cuestiones patrimoniales, electorales y de prestaciones sociales – cuyas normas se refieren a esposos(as) y compañeros(as) – se les reconoce como uniones estables, pero se les niega dicho estatus cuando se trata de cuestiones de familia?

"(...) no se puede comprender que el concepto de entidad familiar, a partir del modelo de la unión estable, con vistas al Derecho de la Seguridad Social, incluye la relación homoafectiva. La pretendida igualdad de derechos entre los dos institutos es imposible si se considera que

la unión estable tiene como presupuesto, para cualquier efecto, la existencia de personas de sexos opuestos, lo que no ocurre en la unión homoafectiva. Y de la Constitución Federal y del Código Civil no se puede extraer dos conceptos de unión estable, uno para el derecho de Familia y otro para el Derecho de la seguridad Social."³⁰

¿Qué razones puede haber para esta contradicción? Aquí se manifiesta, una vez más, el recelo de considerar que una pareja homosexual pueda formar una familia.

¿Cómo debe llamarse la relación afectiva entre personas del mismo sexo?

Ante la inexistencia de una norma específica, una parte de la jurisprudencia aplica por analogía el estatuto jurídico de las uniones estables y no hace mayores reparos; otra,³¹ no obstante, remarca las diferencias y afirma tratarse de una entidad familiar diversa que debe recibir un nombre específico. Pero, ¿qué justifica tratar de modo diferente las uniones hetero y homosexuales? En una decisión, el relator afirma que no reconoce a la unión homoafectiva,

"(...) no obstante comprenda ser posible reconocer sociedad de hecho, y de ahí extraer consecuencias patrimoniales para evitar enriquecimiento ilícito de una persona en perjuicio del derecho de otra, o, si la relación fuera establecida en los moldes de una unión estable, puede ser reconocida la parcería civil, que puede asimismo ser denominada 'unión estable homosexual', como es llamada por el STF, o 'unión homoafectiva', caso en que son aplicadas por analogía las reglas de la unión estable (...). Las relaciones mantenidas por los homosexuales no se asemejan a un matrimonio, ni a una unión estable, pues estos son formas por las que se constituyen un núcleo familiar y, por esa razón, son merecedoras de la especial protección del estado."³²

En su opinión, la relación homosexual es merecedora de tutela jurídica, en la medida en que constituye "una *sociedad de hecho* o un *arreglo familiar*, caso en que debe recibir tratamiento análogo al de la unión estable." El relator ratifica su posición de que "las uniones homosexuales *no constituyen entidad familiar, sino parcería civil, que constituye un arreglo familiar que el Estado no puede ignorar.*"³³ La diferencia parece querer preservar las formas "tradicionalmente" de constituir una familia. De ahí la necesidad de un nuevo nombre para identificar las relaciones que no se encajen en ese modelo.

"(...) la diferencia entre parcería civil y unión estable no es sólo semántica, en la medida en que la unión estable es prácticamente un matrimonio de hecho (...). De modo diverso, la parcería civil, mientras cumple fielmente los mandamiento dictado por el Derecho Constitucional, guarda, en su esencia, la natural e igualmente constitucional diferencia entre los individuos,

es decir, preserva categorías jurídicas reconocidas en la Constitución, como es el caso del niño y del adolescente, del mayor y de lo que se comprende por 'hombre' y 'mujer', y también por lo que se refiere, indirectamente, a la homo y la heterosexualidad, y del matrimonio como institución que de modo declarado ocurre únicamente entre personas de sexos diferentes."³⁴

El recelo de identificar la unión estable heterosexual a la homosexual se justifica por el hecho de que, en la legislación, la primera puede ser convertida en matrimonio. Y facilitar la conversión de la unión estable homosexual en matrimonio es algo "contrario a la naturaleza." La "parceria afectiva entre personas del mismo sexo" es capaz de generar los mismos efectos jurídicos que la unión estable, pero se trata de "entidad familiar diversa."³⁵

Pero, ¿hay diferencia intrínseca entre las uniones homosexuales y las heterosexuales, si tomamos el criterio del sexo como irrelevante? Como se verá más adelante, la razón que lleva dos personas a relacionarse y querer formalizar su unión es el deseo de convivencia basada en el afecto. El desafío parece ser la posibilidad de transformar la unión estable en matrimonio, que, en la opinión de algunos, "es una palabra cuya acepción implica, necesariamente, la participación de personas de sexos distintos." Esa afirmación, no obstante, es falsa. El matrimonio, como la unión estable y la propia familia, son instituciones jurídicas cuyas formas y contenidos se han ido transformando. El matrimonio civil no tiene que tener las mismas características del matrimonio religioso; su forma depende de la elección que hace un Estado dado. Y si éste quiere ser consecuente con los valores constitucionales que defiende, y desea tratar con igualdad sus ciudadanos, sin discriminarlos por prejuicios de género y sexualidad, puede, y debe, reformar su legislación para hacer las formas de constituir las familias neutras en cuanto al género. Hay buenas razones para eso. España es un ejemplo de Estado que ha elegido hacer del matrimonio una institución neutra en lo que respecta al género,³⁶ y tanto las parejas homosexuales cuanto las heterosexuales pueden casarse civilmente y tener igualdad de derechos y deberes.³⁷ El ejemplo de España corrobora el argumento de que el matrimonio no es una institución "naturalmente" heterosexual (ni la unión estable, ni la familia). Aunque se les asigne a las parejas homosexuales los mismos derechos y deberes, dar otro nombre a relaciones que tienen el mismo contenido y forma, sólo revela el interés en discriminar las uniones homosexuales. Como ha señalado la Suprema Corte de Massachusetts, "la prohibición absoluta del uso de la palabra 'matrimonio' por los 'conyugues' del mismo sexo es más que semántica. La diferencia entre las

expresiones 'matrimonio civil' y 'unión civil' no es inocua; se trata de una elección lingüística que refleja la atribución a las parejas del mismo sexo, predominantemente homosexuales, del estatus de segunda clase."³⁸

4.2. El argumento progresista

¿Qué es una familia? ¿Cuáles son sus características? ¿Y quiénes pueden componer un núcleo familiar? La posición progresista de la jurisprudencia ofrece otros argumentos para contestar estas preguntas, y sus razones hacen de la familia una institución más inclusiva.

La Constitución de 1988 desvinculó la familia de una de sus formas: el matrimonio civil. La nueva redacción del art. 226 afirma simplemente que la familia es "la base de la sociedad" y "tiene especial protección del Estado." No hay en el texto ninguna previsión de desigualdad entre sus formas, sea por el matrimonio, por la unión estable o por el modelo monoparental. Ahora, se reconoce la familia "en razón de la coexistencia afectiva entre personas, sin vincular su existencia a la conformación clásica de la familia surgida solamente a partir del matrimonio entre hombre y mujer. Es el afecto, la vida en común, el rasgo que caracteriza una familia."³⁹ Ésta es comprendida a partir del marco axiológico constitucional y se desvincula, en la posición progresista, de una estructura patriarcal y heterosexual. La Constitución consagró la familia como un núcleo de tutela de la dignidad, e, "independientemente de su formación, sirve (...) como medio de desarrollo y garantía de la existencia libre y autónoma de sus miembros."⁴⁰ Esa nueva concepción le hace una institución inclusiva y con pluralidad de formas sin jerarquía entre ellas;⁴¹ es la unión por el amor y el afecto lo "que caracteriza la entidad familiar y no únicamente la diversidad de género."⁴²

A partir de 2001,⁴³ algunos tribunales empezaron a defender que las uniones estables homoafectivas son un tipo de entidad familiar. Destacaron las semejanzas entre las relaciones homo y heterosexuales para, a continuación, aplicarles por analogía el estatuto de las uniones estables, conferirles el estatus de familia y superar el enfoque obligacional. "La pareja homosexual no se une por razones económicas." Tanto las uniones homosexuales como las heterosexuales son formadas a partir de la existencia de sentimientos, del deseo de estar juntos y de compartir una vida en común. En el núcleo de estas relaciones está la afectividad, y si ambas son dignas

de protección, "las uniones entre personas del mismo sexo producen las mismas consecuencias previstas en la unión estable."⁴⁴

La posición progresista defiende que la tutela constitucional de las relaciones homosexuales se encuentra en el principio de la dignidad humana, la libertad, la intimidad, la igualdad y la protección contra discriminaciones. En la Constitución, el principio de la igualdad tiene un papel fundamental pues protege a los homosexuales en los espacios públicos y privados, impidiendo que sean tratados con diferencia por el Derecho sin una justificativa razonable. Y para dispensarles un trato jurídico diverso, los poderes públicos tienen que ofrecer razones persuasivas. En ese sentido, la protección contra la discriminación se muestra eficaz en la medida en que, sin razones convincentes, argumentos morales o históricos, fundados en prejuicios y estereotipos de género y sexualidad, no serán suficientes para impedir la atribución de derechos que "tradicionalmente" les habían sido negados. Como recuerdan Rey Martínez (2005, 132) y Sunstein (1997, 213), la protección contra la discriminación, diseñada como un "ataque a las tradiciones", es una herramienta prometedora contra los prejuicios y las ideas estereotipadas.⁴⁵ "No hay cualquier argumento razonable que ampare la diferenciación o la exclusión de las uniones homoafectivas del concepto constitucional de familia. Los únicos fundamentos para la distinción entre las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales, para fines de protección jurídica so el sello constitucional de la familia, son el prejuicio y la intolerancia, enfáticamente rechazados por la Constitución."⁴⁶

La nueva concepción de familia ha llevado a algunos tribunales a autorizar la adopción por personas homosexuales,⁴⁷ utilizando argumentos que rechazan la dicotomía de géneros. Amparados por informes de especialistas favorables a la adopción de niños por parejas homosexuales, afirman que lo más importante es el vínculo que hay en la familia, fundado en el afecto, el amor, el cuidado y el deseo de formar un núcleo familiar, y que vincula los niños a sus cuidadores/adoptantes.⁴⁸ Para esta posición, si es posible el reconocimiento de la unión homosexual como entidad familiar, se debe admitir, por los mismos principios fundamentales, la adopción homoparental.

La lectura del STF de lo que es la familia en la Constitución de 1988 hace eco de la jurisprudencia modernizadora de esa institución, y la consagra como un espacio de intercambio de sentimientos, con pluralidad de formas y neutro en cuanto al género.

"La Constitución de 1988, al hacer uso de la expresión 'familia', no limita su forma a las parejas heteroafectivas ni a formalidades, celebraciones civiles o liturgias religiosas. Familia como institución privada que, voluntariamente constituida entre personas adultas, mantiene con el Estado y la sociedad civil una necesaria relación tricotómica. Núcleo familiar que es principal locus institucional de concreción de los derechos fundamentales que la propia Constitución determina como 'intimidad y vida privada.' Igualdad entre parejas heterosexuales y homosexuales que solo gana plenitud si resulta en el igual derecho subjetivo a la formación de una familia."⁴⁹

La función social de la familia también ha evolucionado. Según la posición progresista, su función es formar un ambiente adecuado al desarrollo de la personalidad de sus miembros, lo que destaca la relevancia del afecto en la construcción de esas relaciones. El valor de la familia, y lo que justifica su protección, está en la constitución de un espacio que permita a cada uno de sus integrantes su realización personal; es un ambiente de comunión, soporte mutuo y afectividad.⁵⁰

A partir de esa nueva concepción plural e inclusiva, el STF ha entendido que "la Constitución no prohíbe la formación de la familia por personas del mismo sexo", y por esa razón ha conferido *interpretación conforme a la Constitución* al art. 1.723 del Código Civil (2002) para incluir a las parejas homosexuales en el estatuto jurídico de las uniones estables, "con las mismas reglas y con las mismas consecuencias de la unión estable heteroafectiva."⁵¹

5. Argumentos a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo

Colomer (2008, 321-322) ha dicho que si la justificación del matrimonio entre homosexuales "se fundamenta en el principio de la igualdad, habrá que poder afirmar entonces que en las relaciones de parejas homosexuales se dan los mismo rasgos valiosos que constituyen la razón de ser de la institución jurídica del matrimonio en su configuración contemporánea." El tratamiento jurídico-político de sus relaciones de familia dependerá "del juicio de valor moral que merezcan." ¿Cuál es, entonces, el rasgo valioso de la familia que le hace una institución digna de protección del Estado? ¿Es posible encontrarlo en entidades familiares formadas por uniones homo y heterosexuales? Si la respuesta es positiva, ¿qué formas de familia pueden, o deben, asumir referidas uniones? ¿Y qué razones puede haber para defender el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo? En mi opinión, la posición

progresista de la jurisprudencia ofrece argumentos relevantes para contestar estas preguntas, y que pueden justificar la asignación del derecho al matrimonio a las parejas homosexuales. Sus argumentos contribuyen a tratarlos con justicia e igualdad, están fundamentados en los valores constitucionales, e intentan superar los prejuicios de género y sexualidad.

El valor de la familia, y lo que justifica su protección, está en que forma un núcleo de personas que se unen y comparten la vida en razón de existir sentimiento fuertes como el afecto.⁵² La afectividad es una expresión genuina de la naturaleza humana y constituye un medio para el desarrollo de la personalidad. Con eso no pretendo defender una idea romántica de familia ajena a violencias, desigualdades e indiferencias; mi intención es afirmar una idea normativa de familia que se funda y encuentra valor en su formación por vínculos de afecto, soporte mutuo y deseo de compartir las necesidades de la vida. Si ésta es una concepción de familia superior, habrá que considerar como tal aquellas uniones que se encajen en esa idea. Si el criterio que justifica el tratamiento igualitario es la unión por estos vínculos, tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales que existan con base en este criterio son merecedoras del estatus de familia (Macedo, 1997, 92). Y ésta, ha defendido el STF, es plural en su forma y neutra en cuanto al género.⁵³

La familia ya no se confunde con una de sus formas, el matrimonio, pues también puede ser constituida por la unión estable o por uniones monoparentales. La idea de familia formada exclusivamente por el matrimonio ha sido superada por el pluralismo familiar sin que exista jerarquía entre sus formas. El cambio en la redacción constitucional revela el deseo de romper con la identificación tradicional entre matrimonio y familia. El nuevo texto transforma la familia en una institución inclusiva y plural que, según el STF, no discrimina en razón de la orientación sexual. No se puede negar, no obstante, que el matrimonio es el principal instrumento jurídico a conferir seguridad a las relaciones familiares. El matrimonio tiene un valor simbólico por conferir un sello de dignidad y reconocimiento; y representar un acto importante en la vida de muchas personas, que desean formalizar su afecto por medio de un acto civil (Nussbaum, 2010, 669-671).

Hay posiciones que cuestionan el valor de asignar el derecho al matrimonio a los homosexuales, por considerar que la legitimidad conferida por el Estado, y su regulación, intensificarían una "normalización" o "asimilación" a modelos tradicionales

opresivos y desiguales. Las relaciones afectivas entre homosexuales podrían tener una expresión más libre, resistente y cuestionadora de los patrones vigentes si se desarrollara fuera de las reglas del derecho de familia. Los homosexuales podrían experimentar nuevos modelos de afectividad sin reclamar el sello de legítimo que serviría, asimismo, para hacer ilegítimo aquellos que se negaran a asumir los formatos establecidos (Butler, 2003, 224-229; Calhoun, 2000, 113-114; Sarmiento, 2008, 656-658). Yo discrepo de esa postura. El derecho al matrimonio es un derecho individual que debería ser asignado a las personas que quisieran hacerlo efectivo, independiente de su orientación sexual. El matrimonio – como la unión estable – confiere derechos y beneficios que son concedidos a aquellas que formalizan su relación. Esa puede ser una buena razón para defender un matrimonio neutro en cuanto al género pero, en mi opinión, no es la mejor. Una razón relevante es la que afirma que, si lo que confiere valor al matrimonio es formalizar una relación basada en determinados vínculos; si todas las personas que se unen por esos vínculos deberían poder elegir casarse; el derecho al matrimonio debería ser autorizado a los homo y heterosexuales cuyas relaciones tengan ese contenido. Esa es una buena razón para defender el igual derecho al matrimonio de los homosexuales, porque trata con respeto las personas y sus elecciones, y contribuye a hacer efectivos los principios de la igualdad y la dignidad humana.

Además de eso, defender ese derecho no significa decir que las personas no cuestionen ni desafíen el modelo vigente (Calhoun, 2000, 113). El divorcio, la igualdad entre los cónyuges, son ejemplos de cambios sufridos por el matrimonio como resultado de los reclamos de las parejas heterosexuales, lo que demuestra que un modelo establecido puede ser cuestionado, modificado y evolucionar. Lo más importante, en mi opinión, es hacer posible, a todas las personas que desean casarse, el ejercicio de ese derecho.

Ahora bien, si la unión estable entre homosexuales es reconocida como una familia; si lo que justifica la existencia del derecho de familia es regular y ofrecer protección a los núcleos familiares; y si el matrimonio es el principal instrumento jurídico de protección; ¿qué otros argumentos puede haber en defensa del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en Brasil?

Hacer el matrimonio neutro en cuanto al género revela el deseo de combatir y superar la ideología y los prejuicios de género y sexualidad vinculados al matrimonio

heterosexual. Eso no significa que el cambio legislativo modificará *per se* las actitudes sexistas y heterosexistas. Contribuye, no obstante, a demostrar que el Estado no da soporte a la estructura patriarcal; a los roles de género de padre/varón y madre/mujer; ni discrimina a los homosexuales.

El matrimonio debe ser, como la familia, plural. Debe distanciarse de la idea de matrimonio patriarcal y de la concepción canónica que defiende la indisolubilidad de los vínculos y la heterosexualidad de sus miembros. Ese nuevo modelo mantiene intacta una finalidad relevante, que es ofrecer seguridad jurídica, además de asignar derechos y deberes a los cónyuges, y conferir aprobación pública en el sentido de demostrar respeto por la libertad de elección del/la compañero/a, y por el modo de expresar la propia orientación sexual. Hacer el matrimonio neutro en cuanto al género y regular con igualdad las relaciones homo y heterosexuales, le transforma en una institución inclusiva de otras realidades sociales.

6. Conclusiones

La jurisprudencia acerca de los derechos de familia de los homosexuales permite conocer el tipo de argumento que defiende o contesta el reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo como una entidad familiar. Mientras el texto de la norma jurídica ofrece las reglas para formar una familia sin justificar sus opciones, la jurisprudencia es un espacio privilegiado para conocer el por qué de un modelo de familia determinado. La inexistencia de regulación de las uniones homosexuales es una señal de la indiferencia del ordenamiento jurídico, que invisibiliza y pone en la marginalidad las experiencias afectivas de las personas que no encajan en el modelo deseado. Las justificativas para el silencio jurídicos a esa realidad social se manifiestan en los argumentos de los tribunales cuando se encuentran con demandas de reconocimiento de derechos de familia. Lo que no dice la norma lo afirman los tribunales cuando intentan justificar la elección del legislador, o criticarla, ofreciendo al debate nuevos argumentos. La investigación identificó y analizó los principales argumentos de las posturas conservadoras y progresistas, y destacó que los argumentos defendidos por los conservadores están basados en prejuicios de género y sexualidad que se revisten de juridicidad e intentan legitimar un trato discriminatorio. La posición conservadora intenta preservar un modelo de

familia heterosexual que tiene como finalidad la procreación y aún es un espacio de reproducción de roles de género y división sexual de trabajo. La familia homosexual no existe porque personas del mismo sexo no pueden casarse. La familia es una institución sagrada y un privilegio de la heterosexualidad. Como se trata de realidades tan diferentes, no hay que hablar de trato discriminatorio.

La posición progresista, por su parte, defiende una concepción de familia inclusiva, plural en su forma y neutra cuanto al género. La familia ya no se confunde con el matrimonio. La razón por la cual el Estado le protegerá está en el hecho de formar un núcleo que se fundamenta en unos vínculos determinados que le confieren valor. Los argumentos de la posición progresista han contribuido a ofrecer buenas razones no sólo para conferir el estatus de familia a las uniones homosexuales, sino también para defender que esas uniones pueden formalizar sus relaciones tanto por la unión estable como por el matrimonio, y con igualdad de derechos.

Los argumentos de la posición progresista permiten sugerir que hay buenas razones para justificar el cambio legislativo que haga la familia formada no sólo por la unión estable, sino también por el matrimonio, legalmente inclusiva y neutra en cuanto al género. El matrimonio, acto civil tan importante en la vida de diversas personas, debe poder formalizar relaciones homoafectivas y heterosexuales. Creo que los argumentos expuestos en esta investigación son buenos para creer que sí, que estamos en el comienzo de un año más feliz, en el sentido deseado por Foster.

Bibliografía

- Butler, Judith (2003): "O parentesco é sempre tido como heterosexual?" *Cadernos Pagu*, nº 21, p. 219-260.
- Calhoun, Cheshire (2000): *Feminism, the family, and the politics of the closet. Lesbian and gay displacement*, Oxford, OUP.
- Colomer, José Luis (2008): "Matrimonio, homosexualidad y nuevo derecho natural" En: VVAA. *Estudios en homenaje al Prof. Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Madrid, Dykinson.
- Dias, Maria Berenice (2007): "A ética na jurisdição de família" *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 9, p. 107-116.
- Eskridge Jr., William N. (1993): "A history of same sex marriage" *Virginia Law Review*, vol. 79, p. 1419-1514.
- Forster, Edward Morgan (1973): *Maurice*, Barcelona, Planeta.

- IBGE (2010): *Síntese dos Indicadores Sociais*, Rio de Janeiro, IBGE.
- Johnson, Paul (2005): *Love, heterosexuality, and society*, London, Routledge.
- Koppelman, Andrew (1994): "Why discrimination against lesbian and gay men is sex discrimination" *New York University Law Review*, vol. 69, nº 2, p. 197-287.
- , (1997): "Is marriage inherently heterosexual?" *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 42, p. 51-96.
- Law, Sylvia (1988): "Homosexuality and the social meaning of gender" *Wisconsin Law Review*, vol. 187, p. 187-235.
- Macedo, Stephen (1997): "Sexuality and liberty: Making room for nature and tradition?" En: Nussbaum, M.; Estlund, D. *Sex, Preference, and Family*, Oxford, OUP.
- Moreira, Adilson José (2010): "A construção jurídico da heterossexualidade" *Revista de Informação Legislativa*, nº 188, p. 45-68.
- Nussbaum, Martha (1999): *Sex and social justice*, Oxford, OUP.
- , (2010): "A right to marry?" *California Law Review*, vol. 98, nº 3, p. 667-696.
- Okin, Susan M. (1997): "Sexual orientation and gender: Dichotomizing differences" Nussbaum, M.; Estlund, D. *Sex, Preference, and Family*, Oxford, OUP.
- Rey Martínez, Fernando (2005): "Homosexualidad y Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, p. 111-156.
- Richardson, Diane (1996): "Heterosexuality and social theory". En: Richardson, Diane (Ed.) *Theorising heterosexuality*, Philadelphia, Open Univ. Press.
- Rubin, Gayle (1989): "Thinking sex: Notes for a radical theory of the politics of sexuality" En: Vance, Carole (Ed.) *Pleasure and danger*, London, Pandora Press.
- Sarmiento, Daniel (2008): "Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais" En: Sarmiento, Daniel; Ikawa, Daniela; Piovesan, Flavia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- Scott, Joan (1989): *Gender and the politics of history*, New York, Columbia Univ. Press.
- Sunstein, Cass (1997): "Homosexuality and the Constitution" En: Nussbaum, M.; Estlund, D. *Sex, Preference, and Family*, Oxford, OUP.
- Young, Iris Marion (1995): "Mothers, citizenship, and independence: A critique of pure family values" *Ethics*, vol. 105, p. 535-556.

Notas

1. STF. ADIn. Nº 4.277-DF, julg. 05/05/2011.
2. En este trabajo me refiero exclusivamente al matrimonio civil.
3. Este neologismo ha sido sugerido por la *desembargadora* jubilada María Berenice Dias para subrayar la razón que lleva a las personas del mismo sexo a cultivar una relación y compartir la vida: el amor y el afecto, no sólo el sexo. En este trabajo usaré el término "homoafectivo(a)" como sinónimo de "homosexual" para referirme a las personas que se relacionan afectiva y sexualmente con otras

personas de su mismo sexo. El uso predominante de las palabras "homosexual", "homoafectivo" y "homosexualidad" de ningún modo excluye aquellas personas identificadas por la sigla GLBT (gays, lésbicas, bisexuales, travestis y transexuales), pero se justifica por ser estas las expresiones generalmente empleadas en las decisiones estudiadas.

4. En esta investigación, se ha estudiado decisiones de tribunales de 2ª instancia (Tribunales de Justicia de diferentes estados de la federación y Tribunales Regionales Federales) y superiores (Supremo Tribunal Federal - STF, Superior Tribunal de Justicia - STJ y Tribunal Superior Electoral - TSE), juzgadas entre los años 2000 y 2012.
5. "CF, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 - §1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
 - §2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
 - §3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.
 - §4º - Entende-se também, como entidade familiar, a comunhão formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...)"
6. Por ejemplo: TJRS. Ap. Civ. nº 70009791351, julg. 10/11/2004; y TJRS. Ap. Civ. nº 70009550070, julg. 17/11/2004. TJMG. Ap. Civ. Nº 1.0024.07.764088-6/001, julg. 04/12/2008; y TJMG. Ap. Civ. Nº 1.0145.07.418328-9/001, julg. 21/10/2010. TJSP. Agr. Inst. nº 544.640-4/2-00, julg. 12/02/2008; e TJSP. Ap. Civ. s/ Rev. nº 552.574-4/4-00, julg. 12/03/2008.
7. Por ejemplo: TJRS. Ap. Civ. nº 70046236964, jul. 14/03/2012; STJ. REsp. nº 1.183.378-RS, julg. 25/10/201; TJRJ. Mand. Seg. nº 0001661-922012.8.19.0000, jul. 18/04/2012; TJRJ. Ap Civ. nº 0007252-35.2012.8.19.0000, jul. 17/04/2012.
8. STJ. REsp. nº 502.995-RN, julg. 26/04/2005.
9. STJ. REsp. nº 773.136-RJ, jul. 10/10/2006; STJ. REsp. nº 502.995-RN, julg. 26/04/2005; TJPB. Ap. Civ. nº 200.2004.018714-4/001, julg. 03/05/2006; TJSP. Ap. Civ. nº 994.08.127501-0 (564.856-4/4), julg. 07/12/2010; TJSP. Confl. Comp. nº 127.165.0/9-00, julg. 27/03/2006; TJSP. Agr. Instr. nº 544.640-4/2-00, julg. 12/02/2008.
10. TJRS. Ap. Civ. nº 70009791351, julg. 10/11/ 2004, fallo Des. Sergio Chaves. En el mismo sentido: TJRS. Ap. Civ. Nº 70009550070, julg. 17/11 2004, fallo Des. Sergio Chaves.
11. TJRS. Ap. Civ. nº 70009791351, julg. 10/11/2004, fallo Des. Sergio Chaves (la cursiva es mía). En el mismo sentido: TJRS. Ap. Civ. Nº 70009550070, julg. 17/11/ 2004, fallo Des. Sergio Chaves.
12. TJRS. Ap. Civ. nº 70009791351, julg. 10/11/2004), fallo Des. Sergio Chaves. En el mismo sentido: TJRS. Ap. Civ. nº 70009550070, julg. 17/11/ 2004, fallo Des. Sergio Chaves.
13. TJRS. Ap. Civ. nº 70009888017, julg. 27/04/ 2005, fallo Des, Sergio Chaves (la cursiva es mía).
14. TJRJ. Ap. Civ. nº 70009888017, julg. 27/04/2005, fallo Des. Sergio Chaves.
15. Países Bajos, España, Sudáfrica, Portugal, Canadá, Noruega, Suecia, Islandia, Argentina, el Distrito Federal de México etc.
16. Los datos del *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* - IBGE revelan que en Brasil, los arreglos familiares están cambiando, y que entre 1999 y 2009, hubo un aumento en la proporción de las parejas sin hijos (de 13,3% para 17,0%) y, consecuentemente, una reducción de las parejas con hijos (de 55,0% para 47,0%) (IBGE, 2010, p. 99). Esos datos sugieren que cada vez más hay personas que desean formar una familia sin necesariamente tener hijos.
17. Argentina, Canadá, España, Israel, Sudáfrica etc.

18. TJMG. Confl. Comp. nº 1.0699.06.064877-0/002 na Apel. Civ. nº 1.0699.06.064877-0/001, julg. 12/08/2009, fallo Des. Melo, p. 7.
19. Podría cuestionarse por qué el número de integrantes del matrimonio ha de ser par. Si una legislación supera una discriminación al autorizar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, podría indagarse si con la prohibición de un matrimonio entre tres o más personas no se perpetúa la discriminación. Esa interesante y polémica cuestión, no obstante, escapa al objetivo de este trabajo.
20. Por ejemplo: STJ. REsp. nº 773.136-RJ, julg. 10/10/2006; STJ. REsp. nº 323.370-RS, julg. 14/12/2004; TJSP. Ap. Civ. nº 994.08.127501-0 (564.856-4/4), julg. 07/12/2010; TJSP. Confl. Comp. nº 127.165.0/9-00, julg. 27/03/2006; TJRJ. Agr. Inst. nº 0051459-61.2008.8.19.0000 (2008.002.30031), julg. 03/10/2008; TJRJ. Apelação nº 0000696-43.2007.8.19.0048 (2008.001.29089), julg. 06/08/2008; TJMG. Ap. Civ. nº 1.0145.07.411192-6/001, julg. 28/01/2010, fallo Des. Pádua, p. 8; TJRJ. Agr. Inst. nº 0045401-08.2009.8.19.0000 (2009.002.37129), julg. 13/10/2009.
21. TJMG. Agr. Instr. nº 1.0024.04.537121-8/001, julg. 21/06/2005.
22. STJ. REsp. nº 502.995-RN, julg. 26/04/2005.
23. TJPB. Ap. Civ. nº 200.2004.018714-4/001, julg. 03/05/2006 (la cursiva es mía).
24. TJMG. Conf. Comp. nº 1.0699.06.064877-0/002 na Ap. Civ. nº 1.0699.06.064877-0/001, julg. 12/08/2009, fallo Des. Melo, p. 7-8 (la cursiva es mía).
25. TSE. REsp. nº 24.564. Classe 22ª. Pará (14ª Zona-Viseu), julg. 01/10/2004, fallo Min. Mendez, p. 7-9.
26. "CF, art. 201, V. Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observando o disposto no § 2º."
27. STJ. REsp. nº 395.904-RS, julg. 13/12/2005 (la cursiva es mía).
28. STJ. REsp. nº 820.475-RJ, julg. 02/09/2008, fallo Min. Ribeiro, p. 19-20 (la cursiva es mía).
29. Por ejemplo, en materia de seguridad social, el *Instituto Nacional da Seguridade Nacional* - INSS ha sido obligado por el *Tribunal Regional Federal* - 4ª Região (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0) a reconocer la validez de las uniones homosexuales. Como resultado, el INSS reguló la cuestión por medio de la *Instrução Normativa* nº 25/2000, para extender a las parejas homosexuales derechos de la seguridad social (pensión por muerte y auxilio reclusión) garantidos a las parejas heterosexuales. Referida norma ha sido sustituida por la IN/INSS/PRES nº 45/2010, que pasó a tratar, de modo integrado, de los beneficios de la seguridad social, e incluyó a los compañeros homosexuales como dependientes.
30. TJPB. Ap. Civ. nº 200.2004.018714-4/001, julg. 03/05/2006, fallo Des. Queiroga, p. 5-6.
31. TJRS. Ap. Civ. nº 70031663818, julg. 28/04/2010; TJRS. Ap. Civ. nº 70034750901, julg. 23/06/2010; TJRS. Emb. Infr. nº 70037917184, julg. 10/09/2010.
32. TJRS. Ap. Civ. nº 70038506176, julg. 19/10/2011 (la cursiva es mía). La expresión *parceria civil* tiene el sentido de asociación, colaboración entre las partes, y su uso para referirse a las parejas homosexuales refleja el tratamiento que se les da en una parte de la jurisprudencia como un tipo sociedad mercantil.
33. TJRS. Ap. Civ. nº 70038506176, julg. 19/10/2011 (la cursiva es mía).
34. TJRS. Ap. Civ. nº 70031663818, julg. 28/10/2010 (la cursiva es mía).
35. STJ. REsp. nº 930.460, julg. 19/05/2011, fallo Min. Andrichi, p. 21-22 (la cursiva es mía).

- 36.** En junio/2012 se ha noticiado que la Real Academia Española (RAE) ha revisado y actualizado el significado de algunas palabras de la lengua española. Una de las actualizaciones más significativas es la de «matrimonio». La RAE adicionó la siguiente acepción: "En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses". Esta acepción está incluida en la nueva edición del Diccionario de la RAE (23ª) que será publicada en el otoño de 2014.
- 37.** Véase: Ley 13/2005, de 1 de julio: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferentes sexo."
- 38.** Supreme Court of Massachusetts. *Opinions of the justices to the Senate*. 440 Mass. 1201. February 3, 2004.
- 39.** STJ. REsp. nº 1.183.378-RS, julg. 25/11/2011, fallo Min. Buzzi, p. 7.
- 40.** STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011, fallo Min. Fux, p. 670.
- 41.** En ese sentido: STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011, fallo Min. Fux, p. 671.
- 42.** TJRS. Ap. Civ. nº 70009550070, julg. 17/11/2004.
- 43.** El *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* ha sido el primero tribunal brasileño a considerar la unión estable homoafectiva como análoga a la unión estable heterosexual y a aplicar a aquellas el estatuto jurídico de las uniones estables. TJRS. Ap. Civ. nº 70001388982, julg. 14/03/2001.
- 44.** TJRS. Ap. Civ. nº 70021637145, julg. 13/12/2007. En este sentido: TJSP. Ag. Instr. nº 0504568 – 56.2010.8.26.0000, julg. 14/06/2011.
- 45.** En ese sentido argumenta el Min. Fux en su fallo en la ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011, p. 672, cuando afirma que "a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia."
- 46.** STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011, fallo Min. Fux, p. 672. (la cursiva es mía)
- 47.** STJ. REsp. nº 889.852-RS, julg. 27/04/2010; TJRS. Ap. Civ. nº 70013801592, julg. 05/04/2006; Emb. Infr. nº 70034811810, julg. 13/08/2010; TJRS. Ap. Civ. nº 70031574833, julg. 14/10/2009; TJSP. Ap. Civ. nº 9000004-19.2011.8.26.0576, julg. 27/02/2012; TJSP. Ap. Civ. nº 2012.0000 017244, julg. 30/01/2012.
- 48.** STJ. REsp. nº 889.852-RS, julg. 27/04/2010.
- 49.** STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011 (la cursiva es mía).
- 50.** TJSP. Ap. Civ. nº 2012.0000017244, julg. 30/01/2012.
- 51.** STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011.
- 52.** Mi argumento no desconoce el hecho de que personas se unen por intereses económicos y sociales, y que los sentimientos algunas veces degeneran en violencia, pero para efectos de argumentación, asumo que las personas desean formalizar su unión familiar (por matrimonio o unión estable), por sentimientos como el afecto.
- 53.** STF. ADIn nº 4.277-DF, jul. 05/05/2011.