

LA UNIÓN HOMOAFECTIVA EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO¹

Resumen: 1. Introducción,1; 2. Composición del Supremo Tribunal Federal,2; 2.1-Críticas,3; 3- Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental, 3; 4- Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI),4; 5- Fundamentos del pedido de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADFP),4; 6- Los argumentos esgrimidos por el relator del fallo,6; 7. Comentarios sobre el fallo,11; 7.1. Antecedentes en la jurisprudencia,11; 7.2. El neoconstitucionalismo en la práctica,13; 7.3- Críticas a los argumentos del relator,14; 7.4 Conclusión,14.

1. Introducción

Mientras que la Argentina da un paso importante, y se constituye en el décimo país del Mundo en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, por decisión del Poder Legislativo, mediante la Ley 26.618, de 2010, Brasil por vía Jurisprudencial da un importante paso adelante con el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones entre las uniones estables de parejas homosexuales y las uniones estables de parejas heterosexuales. En los dos países, esta situación actual del sistema jurídico es un resultado de muchas luchas de los movimientos sociales encabezados por organizaciones ligadas a la defensa de los derechos de los homosexuales, transexuales y afines.

El Código Civil de Brasil establece el concepto de *unión estable*, que es, conforme con el artículo 1.723, “*la unión entre el hombre y la mujer, configurada en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el objetivo de constitución de familia.*” Hay otras diversas disposiciones en el Código para regir el instituto de la unión estable, del mismo modo que existe la definición de concubinato, que se constituye por “*relaciones*

¹ Trabalho apresentado na Universidade de Buenos Aires para obtenção de créditos da disciplina Estruturas Judiciais.

no eventuales entre hombre y mujer, impedidos de casarse.” Está establecido que en la unión estable el régimen patrimonial, en lo que cupiere, será el régimen de comunión parcial de bienes, si los socios no establecieran otra cosa en el contrato. Existe, sin embargo, la previsión de que la unión podrá convertirse en matrimonio por solicitud de los interesados ante el juez de paz, y será inscripto en libro de escribano público.

En dos acciones ante el Supremo Tribunal Federal (STF), las partes plantearon la cuestión de la igualdad entre los derechos entre hombres y mujeres y que no hay distinción legal posible, sin ofensa a la Constitución Federal (CF). Delante de este cuestionamiento, el STF falló en el sentido de reconocer que la unión estable entre personas del mismo sexo tiene los mismos derechos que las uniones estables entre heterosexuales y, entre esos derechos, está el de la protección del Estado, con la facilitación de la conversión de la unión en matrimonio, los derechos patrimoniales y todo lo demás. Se hizo una interpretación conforme con la Constitución del texto del artículo 1.723, para que no se limite la interpretación de la unión estable solamente a la unión entre el hombre y la mujer, sino que pueda ser entre personas del mismo sexo.

En este corto trabajo se buscará describir brevemente el Supremo Tribunal Federal y los tipos de acciones que fueron realizadas para el juzgamiento y también los fundamentos de los pedidos y de los argumentos utilizados por el STF para llegar a la conclusión a la que ha llegado. Para una mejor comprensión del fallo y facilitar la lectura, lo traduje al español, estando anexadas las copias en portugués y en español. Después de la descripción, se pasará a algunos comentarios críticos por parte del alumno que ha hecho el presente trabajo y se darán las conclusiones.

2. Composición del Supremo Tribunal Federal

Conforme la Constitución de la República Federativa de Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) es el órgano máximo de la estructura judicial del país, y está compuesto por once ministros, escogidos y nombrados por el presidente de la República, siendo necesario que cumplan las siguientes condiciones: a- más de 35 y menos 65 años de edad; b- notable saber jurídico; c- reputación sin mancha (artículo 101, de la Constitución Federal). La única exigencia que existe es la necesidad de aprobación del nombre del escogido por el Senado de la República, por el voto de la mayoría (§ único, artículo 101, CF).

El cargo es vitalicio y el ministro solamente lo perdería si fuese juzgado y condenado por la comisión de crimen común o de responsabilidad. El juzgamiento sería hecho por el propio tribunal en el cual tiene asiento, cuando se tratase de crimen común (artículo 95, I, c/c el artículo 102, I, “b”, CF). Cuando se trata de crimen de responsabilidad, los ministros del Supremo Tribunal Federal son juzgados por el Senado de la República (artículo 52, II, CF). En caso de juzgamiento de ministro, en los crímenes comunes, quien presidirá el Senado es el presidente del propio Supremo Tribunal Federal (artículo 52, § único, CF). Los ministros se mantienen en el cargo hasta los setenta años, porque en ninguna carrera pública se puede trabajar después de esa edad.

2

2.1-Críticas.

Son comunes las críticas a la forma de nombramiento de los ministros del STF, porque no hay como evaluar el ‘notable saber jurídico’ y, en muchos casos, existió desconfianza de que el nombrado no tenía saber jurídico alguno. ¿Y qué decir del requisito de la reputación sin mancha? Las condiciones para la elección y el nombramiento, en muchos casos, fueron desestimadas. La imprudencia aconseja que nos detengamos acá, sin detallar más circunstancias, porque no es el motivo de este sencillo trabajo.

3- Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental³

Es la acción presentada directamente al Supremo Tribunal Federal para el caso de inobservancia de los preceptos fundamentales de la Constitución. Incumplir la Constitución es algo mucho más abarcador que la inconstitucionalidad, dado que ésta, por lo menos en cuanto a lo que interesa, se refiere a la ley o al acto normativo, mientras que el incumplimiento puede conllevar la acción específica y se refiere a una variedad de actos administrativos, a actos de ejecución material e, incluso, a actos de particulares, siempre que no sean pasibles de corrección por otros medios (art. 4º, Párrafo 1º, de la Ley 9.882/99). Esa ley cumplió su misión constitucional de regular la acción en cuestión,

² Con excepción de los cargos electivos.

³ En este trabajo será usada la abreviatura ADPF, que en portugués significa Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (acción de incumplimiento de precepto fundamental).

y darle los contornos necesarios, y aclaró su amplitud en términos de incidencia. No puede haber duplicidad de acciones para un mismo hecho, siendo cierto que el argumento tiene un carácter genérico. No se trata de casos de simple inconstitucionalidad, porque, para eso, el legislador ya había previsto la:

4- Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI)

Es la acción propuesta directamente ante el Supremo Tribunal Federal para los casos de inconstitucionalidad de las leyes y actos normativos de los poderes públicos. Cuando una norma (ley o decreto) presenta aspectos de inconstitucionalidad, los interesados y legitimados disponen de esta acción para que el Supremo Tribunal Federal la declare inválida ante la Constitución y manda al Poder Legislativo que se tomen las providencias necesarias para retirarla del contexto normativo. No depende, sin embargo, de que el Poder Legislativo haga algo para que la ley sea considerada inválida y no aplicable.

La inconstitucionalidad puede ser por acción o por omisión, caso este en que el Legislativo deja de crear la norma que haya sido determinada por la Constitución. Existe una aproximación de la ADPF con a ADI por omisión que es mucho más palpable y visible que con la ADI. La distinción entre las dos está en el hecho de que la ADI por omisión busca la declaración de la omisión inconstitucional, de la inercia del Poder Público en elaborar la ley reglamentaria imprescindible para el goce de los derechos, mientras que la ADPF se dirige a la práctica concreta de los actos que, omitidos, se muestran flagrantemente contrarios a los preceptos fundamentales.

En el caso en estudio, se hizo el juzgamiento de procedencia de las acciones, con la realización práctica para la satisfacción de los derechos reclamados, puesto que se le dio al artículo 1.723 del Código Civil una interpretación que satisfizo los principios constitucionales.

5- Fundamentos del pedido de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADFP)

La Fiscalía Federal fue provocada por un grupo de trabajo de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Procuraduría Federal de los Derechos de los ciudadanos y por otras entidades que luchan por los derechos de las personas homosexuales y afines, con

la solicitud de ingreso al Supremo Tribunal Federal de la acción necesaria para el reconocimiento de los derechos de las parejas homosexuales a la igualdad que tienen las parejas heterosexuales.

Los fundamentos de la acción son, entre otros y en resumen, los siguientes:

- a) Menoscabo de precepto fundamental de la Constitución. El no reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo implica la violación de los principios de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III), de la prohibición de discriminaciones odiosas (art. 3º, IV), de la igualdad y de la libertad (art. 5º, *caput*) y de la protección a la seguridad jurídica.
- b) Desigualdad entre las personas en razón de la discriminación por sexo, lo que está prohibido por la Constitución;
- c) El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, que fue incorporado al derecho interno brasileño por el Decreto nº 592 del 7 de julio de 1992, prohíbe la discriminación *por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra situación.*” La referencia a sexo debe ser interpretada como incluyendo en ella la orientación sexual, conforme con la doctrina y un fallo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.
- d) El reconocimiento jurídico de la unión entre personas del mismo sexo no debilita la familia y en nada modificaría el instituto del matrimonio, ni impediría casarse a ninguna persona.
- e) El concepto de familia ha evolucionado, con la progresiva emancipación de la mujer, y no existe más aquel antiguo concepto de los papeles definidos para cada uno de los sexos. El paradigma de la familia, actualmente, está basado en el afecto y en la igualdad.
- f) El argumento de que la unión de personas del mismo sexo no podría ser aceptada por contrariar la moral social dominante no es válido, porque es dudoso frente a las manifestaciones públicas en todo el territorio nacional, con la participación de cientos de miles de personas en diversas ciudades del país. Se debe añadir que el papel del derecho no es refrendar las posiciones dominantes en la sociedad, como un reflejo de los prejuicios que en ella existen. El derecho debe tener una mirada de transformación y de emancipación para la superación del *status quo*, con el fin de construir una sociedad más libre, justa y solidaria.

- g) Ofensa al principio de la dignidad de la persona humana, pues la negación de reconocimiento tiene consecuencias como la privación a los compañeros de muchos derechos que son atribuidos a los heterosexuales (alimentos, sucesión, obra social, contratos) e, incluso, se produce una desvalorización por parte del Estado del modo de ser homosexual, rebajándolo a la condición de ciudadano de segunda clase.
- h) Ofensa al derecho de libertad, porque no está garantizada la posibilidad de que los homosexuales decidan sobre su modo de vivir y de elegir a las personas con las cuales pretenden mantener relaciones de afectividad estables, de carácter familiar. La protección de la libertad debe darse frente a los aspectos de la existencia humana y no en las decisiones de carácter patrimonial. Las libertades económicas fueron relativizadas (derecho a la propiedad, a la libre iniciativa, etc.) en razón de la preponderancia del colectivo, pero fue reforzada la protección individual de los derechos relativos al desarrollo de la personalidad humana, como uno de los aspectos esenciales de la libertad existencial que se refiere a la autonomía de cada persona de escoger a la persona con la cual pretende formar una familia.
- i) Violación del principio de la protección a la seguridad jurídica. La incertidumbre de la interpretación jurisprudencial, con la disidencia de interpretaciones entre jueces y/o tribunales, genera inseguridad en los ciudadanos, lo que no es aceptado por los artículos 5º y 6º de la Constitución.

6- Los argumentos esgrimidos por el relator del fallo

El ministro Ayres Britto, relator de las acciones ADI nº 132 y ADFP nº 4.277 que, en síntesis, pedían la interpretación conforme a la Constitución del artículo 1.723 del Código Civil, para que las personas homoafectivas tuvieran los mismos derechos que las personas heteroafectivas en las relaciones familiares, al emitir su voto esgrimió, en suma, que:

1- Existe disidencia entre jueces y/o tribunales sobre la libertad de orientación sexual de las personas, lo cual es temerario para la estabilidad de la vida colectiva, e impone una decisión de la más elevada Corte del país para pacificar esa cuestión;

2- La unión estable entre personas del mismo sexo con permanencia suficiente para la formación de un nuevo núcleo doméstico no es una mera sociedad de hecho o

con intereses de asociación mercantil, sino que es socialmente visible en su existencia y dedicada a la expansión de sus límites temporales, que constituye un vínculo de carácter privado, sin finalidad comercial, económica o, de cualquier manera, patrimonial.

3- La primera vez que la Constitución utiliza el término "sexo" es en el inciso IV de su art. 3º⁴, que trata de los "objetivos fundamentales" de nuestra República Federativa; en donde la palabra "sexo" tiene claro sentido de la conformación anatómica y fisiológica no coincidente entre el hombre y la mujer. De igual modo se ve en otras tres oportunidades el mismo término (inciso XLVIII del art. 5º, inciso XXX del art. 7º e inciso II del § 7º del art. 201).

4- Salvo manifiesta disposición en contrario, el sexo de las personas no se presenta como un factor de desigualdad jurídica. El contenido en la disposición constitucional (inciso IV del artículo 3º) es la prohibición explícita del tratamiento discriminatorio o con prejuicios, en razón del sexo de los seres humanos.

5- El objetivo explícito contenido en el preámbulo de la Constitución de "promover el bien de todos" colisiona con tratamientos discriminatorios que van en contra del "constitucionalismo fraternal", que exige la adopción de políticas públicas afirmadoras de la fundamental igualdad civil-moral (más allá de la que es sólo económica y social) de los estratos sociales históricamente desfavorecidos e, incluso, vilipendiados.

6- El pluralismo político, social y cultural es uno de los valores explícitos y uno de los fundamentos de la República contenidos en el preámbulo de nuestra Constitución (inciso V del art. 1º). Y no puede tolerar el prejuicio, que es una formulación conceptual anticipada o engendrada por la mente humana cerrada en sí misma y por eso carente de apoyo en la realidad. Por lo tanto, este sería un juicio de valor no autorizado por la realidad, sino impuesto a ella con hierro y fuego por una mentalidad voluntariosa, o sectaria, o supersticiosa, u oscurantista, o adoctrinada, si no es todo eso al mismo tiempo;

7- La prohibición absoluta de prejuicios nivela el sexo al origen social y geográfico de las personas, a la edad, a la raza y al color de la piel de cada uno. El sexo no tiene nada que ver con el mérito o desmerecimiento de las personas, porque no se es más o

⁴Art. 3º Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil:

(...)

IV – promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

menos digno por haber nacido mujer u hombre. Y en tema de la función práctica del sexo en las tres funciones (de la estimulación erótica, conjunción carnal y reproducción biológica), la Constitución brasileña se silencia intencionalmente. Actúa sobre el efecto de la kelseniana norma general negativa, según la cual "todo lo que no está prohibido por la ley, u obligado por ella, resulta legalmente permitido" (regla de cierre o de clausura hermética del derecho, que nuestra Constitución ha positivado en el inciso II de su art. 5º, *verbis*: "nadie podrá ser obligado a hacer o dejar de hacer algo, sino en virtud de la ley." El silencio de la norma actúa aquí como absoluto acatamiento acerca de algo que, en los animales en general y en los seres humanos en particular, se define como instinto o como la propia naturaleza de las cosas.

8- El sexo de las personas es un todo pro-indiviso, por tocar el ser y el respectivo aparato genital, sin la mínima posibilidad de disociación entre el órgano y la persona natural en que se encuentra. Prohibir la discriminación por razón de sexo (como hace el inciso III del art. 1º de nuestra Constitución Republicana) es proteger a los hombres y mujeres como un todo psicosomático y espiritual que abraza a la dimensión sexual de cada uno de ellos. Por eso es que, sea cual sea la preferencia sexual de las personas, la calificación de esta preferencia como conducta permitida legalmente se da con anterioridad. Incluso porque, reconozcamos, en este terreno movedizo de la sexualidad humana es imposible negar que la presencia de la naturaleza es particularmente fuerte, mezclando el instinto y el sentimiento. Menos cuando la sexualidad de una persona es manejada para negar la sexualidad de otra, como sucede, por ejemplo, con la violación, con la pedofilia, con el incesto y con el *legalmente prohibido concubinato*.⁵

9- La preferencia sexual es una emanación directa del principio de la "dignidad de la persona humana" (inciso III del art. 1º de la CF), y por lo tanto, poderoso factor de la afirmación y la elevación personal, de autoestima en el más elevado punto de la conciencia. Autoestima, por su parte, que allana el más completo camino para la felicidad, tal como fue positivamente normativizado desde la primera declaración americana de los derechos humanos (Declaración de Derechos del Estado de Virginia, 16 de junio de 1776)⁶ y hasta hoy a través de los reclamos constitucionales del mismo

⁵ Respecto de esta afirmación sobre el concubinato, hago un comentario al final de este trabajo.

⁶ "El art. 1º - Todos los hombres nacen igualmente libres e independientes, tienen ciertos derechos ciertos, esenciales y naturales de los cuales no pueden, por ningún contrato, privar ni despojar a su posteridad: tales son el de disfrutar de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad. "

género. Es cierto que, si la gente de preferencia heterosexual sólo puede realizarse o ser feliz por vía heterosexual, lo mismo se da con las personas de preferencia homosexual. El siglo XXI ya se caracteriza por la preponderancia de la afectividad sobre lo biológico, del afecto sobre lo biológico; éste último como realidad tan sólo mecánica o automática, ya que no depende de la voluntad de aquel que es traído al mundo como resultado de la fertilización de un individualizado óvulo por un espermatozoide también individualizado.

10- La opción sexual es un Derecho potestativo que toma forma junto a las clásicas libertades individuales clásicas que se imponen al respeto del Estado y de la sociedad (libertad de pensamiento, de movimiento, de información, de trabajo, de expresión artística, intelectual, científica y de comunicación, etc.). Además de la libertad se concreta un derecho a la intimidad, si es vista desde la perspectiva de la abstención, o del solitario disfrute (onanismo), y un derecho a la privacidad, si la perspectiva es desde el ángulo del intercambio o disfrute en pareja (por lo tanto, plan de intersubjetividad).

11- El silencio normativo de nuestra Ley Mayor en cuanto a esta práctica, es un lógico encaje del uso libre de la sexualidad humana en los contenedores jurídicos fundamentales de la intimidad y de la privacidad de las personas naturales, en los términos constitucionales del inciso 10, del art. 5°. *Verbis: "son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas."*

12- En los términos del § 1º del art. 5º de nuestra Ley Mayor las normas que consustancian los derechos y garantías fundamentales son autoaplicables y la libertad sexual sólo dejaría de inscribirse dentro del ámbito de incidencia de esa citada disposición constitucional si hubiera enunciación igualmente constitucional en sentido contrario, lo que no existe. Es cierto que existe un derecho constitucional líquido y cierto a la igualdad entre hombres y mujeres: a) de no ser discriminado por el hecho en sí de la contrapuesta conformación anatómica y fisiológica, b) de hacer o no hacer uso de su sexualidad, c) de, en las situaciones de ejercicio en pareja de la sexualidad, hacerlo con adultos del mismo sexo o no, es decir, así como no existe para el espécimen masculino el derecho de no ser jurídicamente equiparado con el espécimen femenino -excepto en sus diferencias biológicas- tampoco tienen las personas heteroafectivas el derecho a oponerse a su equivalencia jurídica a las personas homoafectivas.

13- La libertad de disponer de la propia sexualidad se inserta en el listado de los derechos fundamentales del individuo, y es expresión de la autonomía de la voluntad,

emanación directa del principio de dignidad de la persona humana, e incluso la "cláusula pétrea", en los términos del inciso IV del § 4º del art. 60 de la Constitución (cláusula relativa a "los derechos y garantías individuales" de origen directamente constitucional).

14- La familia, en el art. 226 de la Constitución, fue contemplada con la cláusula de la especial protección del Estado. Pero familia en su significado coloquial o proverbial de núcleo doméstico, importando poco si está formal o informalmente constituida, o si está integrada por parejas heterosexuales u homoafectivas. Familia como hecho cultural y espiritual al mismo tiempo (no necesariamente como un hecho biológico). Es cierto que el núcleo familiar es el principal *locus* de concreción de los derechos fundamentales que la Constitución designa "intimidad y vida privada" (inciso X del art. 5º). Más allá, ya en una dimensión de vivienda, se constituye en "el asilo inviolable del individuo", de acuerdo a la expresión del inciso XI del mismo artículo de la Constitución. De ahí su categorización literal como "base de la sociedad" y, por lo tanto, normada como una figura central o verdadero continente para todo lo demás, ella, la familia, es la que debe servir como guía para la interpretación de las disposiciones en que el Capítulo VII se desarrolla.

15- Las disposiciones constitucionales que se refieren a la familia (art. 205, art. 227, art. 229, art. 230, y otros) no hacen distinción entre la familia constituida formalmente y aquella existente en el nivel de los hechos. Como tampoco distingue entre la familia que se forma por sujetos heteroafectivos u homoafectivos. Nuestra Carta Magna no ha prestado al sustantivo "familia" ningún sentido ortodoxo o de la propia técnica jurídica. Se lo recogió con el sentido coloquial prácticamente abierto que siempre ha portado como realidad en el mundo del ser. La terminología "entidad familiar" no significa otra cosa que la "familia", porque no hay una jerarquía o diferencia de calidad jurídica entre las dos formas de constitución de un núcleo doméstico. Es decir que el término "entidad familiar" no fue utilizado para designar a un tipo inferior de la unidad doméstica, porque estar solamente a *medio camino* de la familia que se forma por el matrimonio civil.

16- La Constitución remite a la ley la tarea de establecer sobre la asistencia del Gobierno a la adopción, inclusive por el establecimiento de casos y condiciones de su efectividad por parte de extranjeros (§ 5º del art. 227). Y también en esa parte de su *stock* normativo no se abre distinción legal entre adoptante "homo" o "heteroafectivo",

así como posibilita la adopción por una sola persona adulta, también sin distinguir entre el adoptante soltero y el adoptante casado, o entonces en régimen de unión estable. Es cierto que se debe aplicar al tema el mismo razonamiento de prohibición del prejuicio y de la regla del inciso II del art. 5º de la CF, en combinación con el inciso IV del art. 3º y § 1º del art. 5º de la Constitución.

17- Conclusión: Resolvió dar al art. 1.723 del Código Civil la interpretación de que sea excluido cualquier significado que impida el reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo como "entidad familiar", entendida esta como sinónimo perfecto de "familia".

7. Comentarios sobre el fallo

7.1. Antecedentes en la jurisprudencia

El órgano supremo de la Justicia brasileña ha demostrado su avance conceptual, por estar actualizado con lo que hay de más adelantado en términos de concepciones jurídicas sobre el tema en cuestión y sobre el significado de la Constitución y como ella debe ser interpretada y aplicada a los casos concretos.

Conforme lo comentado en los documentos que componen el fallo, la jurisprudencia ya venía juzgando cuestiones relacionadas con las uniones homoafectivas, pero sin el desarrollo de hoy. Puede referirse el caso emblemático y que ganó notoriedad, el del famoso Jorge Guinle Filho, que ha convivido 17 años en unión homoafectiva y, cuando murió, su compañero fue a la justicia a pedir el reconocimiento de la sociedad de hecho, con la división de los bienes, y logró éxito en su pedido. Es cierto que la cuestión fue decidida con base en los derechos de las obligaciones y no como derecho de familia, porque esa era la orientación que se podía acoger. En el Superior Tribunal de Justicia de Brasil (STJ) otros fallos ya, de cierta forma, reconocieron derechos de parejas homoafectivas (REsp.⁷ 148.897-MG, el 10-02-1998, REsp. 32.3370-RS, el 14-12-04, REsp. 502.995-RN, el 26-04-2006). Incluso ya desde el año 2000, más o menos, se empezó a dar una característica más notable a estas cuestiones, con el reconocimiento del STJ de que la competencia para las acciones en estos casos era de

⁷ REsp significa Recurso Especial, que es de la competencia de este tribunal.

los juzgados de familia (Ag.I.⁸ 59907596, el 17-06-99, Ag.I. 598362655, el 15-09-99, 7000138892, del 14-03-2001). Fueron reconocidos por algunos tribunales federales derechos relativos a la seguridad social (Tribunales Regionales Federales de las 1ª, 2ª, 3ª y 4ª Regiones, en los años de 2000 a 2004) y el STJ ha concedido pensión por el órgano previsional de Brasil a un compañero de una unión estable (REsp. 395.904-RS, el 13-12-2005).

El STF en dos decisiones monocráticas ya había conocido de cuestiones relativas a las uniones estables, como el fallo del Ministro Celso de Mello en la ADI nº 3.300, planteada por la Asociación del Desfile del Orgullo Gay, Lésbicas, Bisexuales y Transgéneros de San Pablo y Asociación de Incentivo a la Educación y Salud de San Pablo. Esas entidades discutían la constitucionalidad del art. 1º de la Ley 9.278/96, que definía unión estable como vínculo familiar entre hombre y mujer, con exclusión de las uniones homoafectivas. El ministro juzgó extinto el proceso por razón del nuevo Código Civil, que revocó la disposición mencionada, pero en la oportunidad no dejó, por lo menos, de demostrar su posición favorable a que se atribuyese *status* de ciudadanía a las uniones estables homoafectivas (Decisión del 3-2-2006. Bol. Inf.⁹ STF 144, Disponible en www.stf.gov.br). El ministro Marco Aurélio también ya había juzgado un caso en el cual se pedía la suspensión de fallo de la Justicia Federal del Río Grande del Sur, en el cual fue reconocido el derecho de parejas a los derechos de seguridad social. El ministro negó el pedido de suspensión para que el fallo se mantuviera, reconociendo así el derecho a la seguridad social.

En diversas otras ocasiones el tema estuvo en pauta en los tribunales, para determinadas finalidades o en ciertas áreas. En cuestiones electorales el ministro Gilmar Mendes tuvo un caso en que falló favorablemente a este reconocimiento, aunque fuera en contra de la pretensión de la pareja homoafectiva. Es que el artículo 14, § 7º de la Constitución Federal establece que es inelegible el cónyuge de los jefes de ejecutivo, en el ámbito de las respectivas circunscripciones electorales, lo que conforme la jurisprudencia era extensivo a las uniones estables heteroafectivas. Hubo una acción en la cual se impugnaba una candidata que estaba en pareja con la jefe del ejecutivo

⁸ Ag. I. significa “Agraviado de Instrumento” que en este tribunal es propuesto cuando el tribunal inferior no deja que el recurso propio siga a ello.

⁹ Bol. Inf. Significa Boletín Informativo.

municipal que ya había sido reelecta. El fallo consideró que la regla se aplica a las uniones estables homoafectivas (REsp. N°24.564-PA, el 1-10-2004).

7.2. El neoconstitucionalismo en la práctica.

Antes de leer todos los argumentos de los pedidos y del fallo, no se tenía una visión profundizada del alcance del fallo en examen en este trabajo, pero después, se descubren muchos ángulos de la cuestión que no se vislumbraban. Es cierto que el STF reescribió el artículo 1.723 del Código Civil brasileño, que fue motivo de muchas críticas de los más variados orígenes, pero todas ellas sin razón, y ahora se puede ver con amplia claridad. Es cierto que estamos en la era del neoconstitucionalismo, en el cual la ley es leída a través de los ojos de la Constitución, y eso lleva a que sea interpretada, alterada, modificada para que se adapte a los contornos constitucionales, con la finalidad de garantizar los derechos que se extraen de los principios, de los fundamentos, de las entrelíneas del su contexto. Entre la Constitución y el destinatario de la norma constitucional está la ley, pero ésta no es imprescindible, y si no dice todo lo que debía decir, debe ser interpretada como si lo hubiera dicho.

El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad hechos por el STF ha puesto a Brasil en un lugar destacado en el escenario mundial. Mientras que en muchos países estas cuestiones fueron tratadas por las leyes, el Poder Judicial de Brasil dio un certero, vigoroso, decisivo y valiente paso adelante, no quedándose a esperar providencias del poder Legislativo, sino aplicando la Constitución por entero y, así, con las conclusiones a que llegó el relator, cuyo voto fue acompañado por todos los demás ministros, reconoció la unión estable entre personas del mismo sexo, con derecho a contraer matrimonio. Por lo tanto, Brasil se iguala, en los aspectos prácticos, a los países que reconocen el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, como Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Argentina y otros.

7.3- Críticas a los argumentos del relator

En el n° 20 de su exposición el relator ha dicho: *“O caer en la zona legalmente prohibida del concubinato.”*

A mí me parece que no existe ninguna ley que prohíba el concubinato. Si no existe ningún reconocimiento para la situación del concubinato eso no quiere decir que el concubinato esté prohibido. En el Título III del libro IV del Código Civil de Brasil, que trata de la unión estable, en el último artículo del título hay una definición de concubinato. *Verbis: “Art. 1727. Las relaciones no eventuales entre el hombre y la mujer, impedidos de casarse, constituyen concubinato.”* No hay sanción para quien en la condición de casado mantenga relaciones eventuales o duraderas con otras personas. Existía el delito de adulterio, en el artículo 240 del Código Penal brasileño, pero éste fue abolido por la Ley 11.106, del año 2005. Por lo tanto, aunque no se reconozcan derechos a las uniones entre personas de las cuales hay una que no puede casarse, no quiere decir que sea una situación jurídicamente prohibida.

El relator se valió de la palabra género para designar sexo, lo que a mí me parece que no constituye una buena utilización del término. Es cierto que ese uso se está popularizando incluso en otras lenguas, pero quiero pensar que la utilización no se aconseja, si la palabra no existe en el diccionario para la finalidad utilizada. Hoy es común este tipo de error y está diseminado entre todos los estudiosos de las cuestiones que involucran los sexos. Antropólogos, juristas, médicos, sociólogos y tantos otros, en Brasil y en otros países, utilizan el término género en vez de sexo. Con seguridad, por lo menos en la lengua portuguesa, ese uso no es correcto. El diccionario Houaiss¹⁰ ha traído trece acepciones de utilización de ese término y ninguna de ellas con la significación de sexo. La utilización más correcta del término género es, en la gramática portuguesa, aquella en la cual puede haber coincidencia entre género masculino con seres del sexo masculino, y género femenino, con seres del sexo femenino. Género es el ser humano y no los sexos del género humano. En el Diccionario Esencial de la Lengua Española¹¹ no aparece el término género con un significado que se pueda confundir con sexo, puesto que cuando se refiere a masculino y femenino, es sólo para cuestiones gramaticales.

7.4 Conclusión

El STF, órgano máximo de la justicia brasileña, que tiene la competencia de interpretar la Constitución Federal, dio al artículo 1.723 del Código Civil una *interpretación conforme* para que sean respetados todos los preceptos fundamentales

¹⁰ HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. s. verbete.

¹¹ Real Academia Española. Madrid, Espasa Calpe, 2006.

de la Carta Magna, incluso el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, reconociendo a las parejas homoafectivas todos los derechos, en la más plena igualdad de condiciones que existen para las parejas heteroafectivas.

Uno de esos derechos es el de transformación de la unión estable en matrimonio, conforme con el art. 1.726 del Código Civil, con un sencillo pedido al juez y con el registro en el notario público. No hay duda, por lo tanto, de que las parejas homoafectivas pueden contraer matrimonio, cuando así lo deseen, con absoluta igualdad jurídica con las parejas heteroafectivas. Fue hecha justicia, trayendo seguridad jurídica y felicidad para tantas personas que solamente tienen una forma de relacionarse sexualmente, diferente de la mayoría de las personas y no por eso deben ser discriminadas.

Quizás el Poder Legislativo no tuvo el coraje de enfrentarse con los conflictos sociales y religiosos que esas cuestiones suscitan y omitieron reconocer los derechos de las parejas homoafectivas, dejando para el STF la misión de soportar las críticas y reprobaciones públicas, que vienen principalmente de los sectores más retrógrados de la sociedad. Al proveer las acciones propuestas, el STF ha contribuido al cumplimiento de los objetivos de la República Federativa de Brasil de construir una sociedad libre, justa y solidaria y dar promoción al bien de todos, libre de todo tipo de prejuicio, reconociendo los valores de la ciudadanía, de la dignidad de la persona y la prevalencia de los derechos humanos.

JOSÉ RODRIGUES PINHEIRO