

UNIONES HOMOAFECTIVAS

MARIA BERENICE DIAS*

Resumen

Lo que propone este trabajo es hacer observaciones acerca de las parejas de personas de un mismo sexo en el Brasil. El repudio social, la omisión legislativa es total. Si es poca o casi ninguna la posibilidad de aprobación de cualquier legislación que proteja esas relaciones, es en el ámbito del Poder Judicial que los vínculos homoafectivos vienen obteniendo algún reconocimiento. Sin embargo, los juzgados reconocen como máximo la presencia de una sociedad de hecho, confinándola al Derecho Obligación, sin visualizar la presencia de una entidad familiar, lo que impide extraer efectos jurídicos del ámbito del Derecho de Familia.

Aun cuando el Derecho se encuentra rodeado de una aureola de prejuicio, el juez no puede temer hacer justicia. En el momento en que el Poder Judicial pase a prestar juridicidad a las relaciones homoafectivas, seguramente la sociedad empezará a respetarlas. Este es el comportamiento que corresponde a una sociedad democrática y libre.

The purpose of this paper is to make some remarks about same sex couples in Brazil. The social rejection and the legislative omission are total. Because there is very little or almost none possibility of approved legislation to protect that kind of relations, it is in the field of the Judicial Branch that the homo-affective unions have been obtaining recognition. Nevertheless, courts recognize no more than the existence of a fact union, confining it to the Obligation Law, without seeing the presence of a family entity, which makes impossible to bring legal effects in the field of Family Law.

Even though the Law falls into a prejudging aura, judges must not be afraid of doing justice. In the moment that the Judicial Branch gives legality to homo affective relationships, society will certainly start to respect them. This has to be the behavior of a democratic and free society

* Miembro del Tribunal de Justicia del Estado del Río Grande del Sur. Vice-Presidente Nacional del Instituto Brasileño de Derecho de Familia –IBDF AM. Post-graduada y Master en Proceso Civil. Maestra de la Escuela Superior de la Magistratura. www.mariaberenice.com.br

1. Una nueva terminología

Las cuestiones relativas a la sexualidad siempre han estado, y aún están, rodeadas de mitos y tabúes; principalmente cuando se trata de homosexualidad, a empezar mismo por el término “homosexual”; y por esa razón, exactamente, he creado el término “homoafectivo” para expresar la cualidad referida al afecto entre personas del mismo sexo.

Verdad es que los llamados “desvíos sexuales” —considerados como una afrenta a la moral y a las buenas costumbres— continúan siendo objeto del más profundo rechazo social. Todo lo que se sitúa fuera del modelo establecido acaba por ser tildado de “anormal”, o sea, fuera de la normalidad, al margen de los patrones de conducta; una visión, por tanto polarizada y extremadamente limitante.

En Brasil, así como en prácticamente todos los países del mundo, hay una nítida intención de negar la existencia de los vínculos afectivos homosexuales, lo que genera un sistema de exclusión que solapa un prejuicio. Tal conservadurismo acaba por inhibir al legislador de reglamentar situaciones que escapan de los estereotipos de moralidad aceptados socialmente.

Esta postura repercute también en la esfera jurídica. Además de la omisión del legislador, especialmente esquivo se muestra el poder judicial, que se niega a contemplar relaciones entre personas del mismo sexo, impidiendo la concesión de derechos cuando las demandas se basan en la existencia de tales vínculos.

Pero cerrar los ojos no hace desaparecer la realidad, y la omisión legal y el temor judicial acaban tan sólo fomentando la discriminación.

2. Aspectos constitucionales

La Constitución Federal brasileña de 1988 consagra la existencia de un Estado democrático de Derecho. El núcleo del actual sistema jurídico es el respeto a la dignidad humana, basado en los principios de libertad e igualdad.

De forma enfática, asegura como objetivo fundamental *al promover el bien de todos, sin prejuicios por origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera otras formas de discriminación* (inc. IV del art. 3º). La prohibición de la discriminación sexual implica asimismo la interdicción de la discriminación de la homosexualidad. Pero las directrices trazadas y los principios recogidos en la Carta Magna no resultan suficientes para asegurar el respeto a la libre orientación sexual. En relación con este último, es antigua la lucha de los movimientos ligados a los derechos humanos buscando incluir en el elenco constitucional la expresión “orientación sexual”. Mien-

tras tanto, para ese fin, un Proyecto de Enmienda Constitucional de 1995 no ha logrado hasta ahora obtener la aprobación.

3. Aspectos legales

El único proyecto de ley —entre los varios ya presentados— que se encuentra en tramitación es el de núm. 1.151/95, en el que se cambia el término de **unión civil** a **parcionería civil registrada**, según el sustitutivo aprobado, para no ser confundida con matrimonio.

Propone tan sólo autorizar la elaboración de un contrato escrito, para que sea registrado en libro propio en el Archivo del Registro Civil de las Personas Físicas. Tal y como reza el clausulado de la Exposición de Motivos del Proyecto, no se propone otorgar a las parejas de hecho homosexuales un *status* análogo al del matrimonio: *Busca conceder amparo a las personas que lo firman, dando prioridad a la garantía de los derechos de la ciudadanía.*

Este intento de regulación asegura a las personas del mismo sexo tener su unión de hecho reconocida civilmente. Aunque no suponga la existencia de una relación afectiva entre los miembros de la pareja, el proyecto nítidamente pretende proteger las relaciones homosexuales, creando un vínculo jurídico generador de efectos personales además de los patrimoniales, no pudiendo ser encuadrado exclusivamente en el ámbito de los derechos obligacionales.

Tan sólo personas solteras, viudas o divorciadas tienen la posibilidad de firmar el contrato, mediante escritura pública sometida a inscripción registral. Existe libertad a la hora de establecer estipulaciones de ámbito patrimonial, inclusive con efecto retroactivo. Cabe incluso la exposición de deberes, impedimentos y obligaciones mutuas, pero está expresamente vedada cualquier disposición sobre adopción, tutela o guarda de menores o adolescentes en conjunto, incluso si son hijos de alguno de los miembros. A los contratantes se les garantizan derechos de disposición y sucesorios con algunas restricciones. El derecho al usufructo, de nítido carácter auxiliador, tiene la finalidad de alimentar y evidencia el carácter familiar del instituto. Así, no se justifica la falta de provisión de alimentos, pues es asegurado el amparo por muerte, pero no para el caso de ruptura de la relación. No obstante, no existe ningún impedimento para prever la obligación de alimentar entre las cláusulas del pacto.

Se asegura el derecho a la partición *si los bienes dejados por el testador resultan de actividad en que haya colaboración del otro miembro*, disposición poco clara, pues exige la prueba del esfuerzo común, pero determina la división equitativa del patrimonio. Además, el derecho del

otro miembro prevalece al derecho de los descendientes y ascendientes, pues sustrae de éstos el derecho al uso de los bienes. Hasta la firma de un nuevo pacto se asegura el derecho al usufructo de un cuarto de los bienes, si existiesen hijos del de *cuius*, y de la mitad de los mismos, *aunque no sobrevivan ascendientes*. Tal dispositivo se resiente igualmente de claridad, pues se garantiza al sobreviviente el derecho a la totalidad de la herencia ante la inexistencia de descendientes y ascendientes.

Tiene el otro miembro preferencia con respecto a los familiares para el ejercicio de la curatela. Se prohíbe la pignoración de la residencia común y se asegura el derecho de nacionalidad en caso de extranjeros. También existe la posibilidad de indicación del par en la declaración del impuesto sobre la renta, y los rendimientos de ambos pueden participar en la composición para compra o alquiler de inmueble.

No está autorizado el cambio de apellido como consecuencia de la firma del pacto. Existe asimismo el impedimento de alteración del estado civil de la pareja durante su vigencia, y se reconoce la nulidad de pleno derecho del contrato firmado con más de una persona. En ambas hipótesis la infracción configura el delito de falsedad ideológica, sujeto a pena de uno a cinco años de reclusión.

La extinción de la pareja de hecho ocurre por muerte o por decreto judicial ante acaecimiento de infracción contractual o mediante simple alegación de desinterés por parte de uno de los contratantes. Incluso existiendo consenso entre la pareja, es necesaria la homologación de la anulación en juicio.

El proyecto fue postulado para votación una decena de veces, pero nunca llegó a ser apreciado. De cualquier forma, tiene pocas opciones de merecer la inmediata aprobación. Aún siendo los movimientos llamados GLS —gays, lesbianas y simpatizantes— muy articulados y activos, las fuerzas conservadoras del Congreso Nacional, las cuales congregan a todos los segmentos religiosos, forman una barrera inviolable. Se presenta, por tanto, remota la posibilidad de que Brasil disponga de alguna legislación que regule tales relaciones tenidas como marginales.

Lo que sí ha proliferado son leyes a nivel municipal, procurando la represión de actos discriminatorios, aunque algunas constituciones de Estados federados brasileños vienen incluyendo en sus textos la libre orientación sexual en el marco de los derechos fundamentales.

4. El tema en el ámbito judicial

Aun cuando el Derecho se encuentra rodeado de una aureola de prejuicio, el juez no puede temer hacer justicia. La función judicial es asegurar

los derechos y no prohibirlos por el simple hecho de que determinadas posturas se alejen de lo que se ha acordado en llamar “normal”. Hallarse en una situación no prevista en la ley no significa vivir al margen de la misma, ser desprovisto del derecho, vedando el acceso a la Justicia y la busca de tutela jurídica.

El hecho de que sea inexistente la legislación que contemple los derechos emergentes de las relaciones homoafectivas no ha impedido que algunas cuestiones se tramiten judicialmente.

La dificultad de reconocer la existencia de un vínculo afectivo como fundamento de las pretensiones deducidas en juicio ha desembocado en la concesión de derechos restringidos y a la concesión de pocos beneficios, y todo ello en un espectro muy limitado.

Cabe traer a colación la posición de la jurisprudencia brasileña sobre algunas cuestiones ligadas al tema.

4.1 *Competencia*

Independientemente de cuáles sean los derechos reclamados en juicio, las acciones fundadas en la existencia de un vínculo afectivo homosexual apuntan tal circunstancia como causa de petición. Sin embargo, casi la totalidad de los juzgados reconoce como máximo la presencia de una sociedad de hecho, confinándola al Derecho Obligación, sin visualizar la presencia de una entidad familiar; a semejanza de una unión estable heterosexual, lo que impide extraer efectos jurídicos del ámbito del Derecho de Familia.

La reticencia a identificar los vínculos entre personas del mismo sexo como una entidad familiar remitía a las demandas relacionadas con dichas formas de relación a la jurisdicción civil y no a la jurisdicción de Derecho de Familia. Una decisión pionera de la Justicia de Río Grande del Sur de junio de 1999, fijó la competencia de los Juzgados de Familia para juzgar la acción derivada de la relación homosexual (Al núm. 599.0750496), dando el primer paso para otorgarle a la unión homosexual el status de familia.

A partir de esta postura jurisprudencial, al menos en este Estado de la Federación brasileña, todas las acciones relacionadas con relaciones entre personas del mismo sexo se transfirieron de la Jurisdicción Civil a los Juzgados de Familia. Asimismo se atribuyó a las Cámaras de Familia del Tribunal de Justicia la competencia para juzgar los respectivos recursos. Hay que destacar que éste es el único Estado cuyas Salas están especializadas, con competencias definidas por materias. Este motivo por cierto es el que ha llevado a la justicia gaucha a ser considerada la que

más avances ha venido introduciendo en el Derecho de Familia de un modo general, y particularmente en las cuestiones que envuelven a los pares del mismo sexo.

4.2 *Alimentos*

Las uniones homosexuales siguen siendo excluidas dentro del ámbito del Derecho de Familia, aun siendo tramitadas las acciones en los Juzgados de Familia. La resistencia firme de la jurisprudencia inhibe la procura de alimentos en la vía judicial.

Relegar tales cuestiones al ámbito obligación genera, al menos, una paradoja, pues los jueces de familia acaban acudiendo a otra rama del derecho para cuya aplicación no detentan la competencia.

La única acción de la que se tiene conocimiento en este aspecto es la del Tribunal de Justicia del Río Grande del Sur, de 13 de abril de 2000. En los autos de una demanda de alimentos, teniendo por fundamento una relación que perduró durante ocho años, se rechazó el pedido de fijación de alimentos provisorios.

La mayoría de los juzgadores entendió que la relación homosexual no está amparada por las leyes que regulan las relaciones extramatrimoniales, y que, de modo expreso, prevén la obligación alimentaria. Dichas leyes repiten la expresión de la Constitución Federal, que reconoce como entidad familiar, merecedora de la protección del Estado, *la unión estable entre un hombre y una mujer* (§ 3º del artículo 226).

4.3 *Partición de bienes*

Finalizada la relación por el rompimiento del vínculo afectivo, la petición que con más frecuencia se trae a juicio es la de partición del patrimonio acumulado durante el periodo de vida en común.

En los juicios que atañen a las relaciones de personas del mismo sexo, en el dilema entre practicar una injusticia y afrontar tabúes y prejuicios, de forma tímida, la tendencia es de, como máximo, reconocer el derecho a la división proporcional del patrimonio.

Haciendo abstracción de cualquier connotación o significado de la naturaleza de la relación entre las partes, se invoca el artículo 981 del Código Civil, que regula la sociedad de hecho: *efectúan contrato de sociedad las personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con bienes o servicios, para el ejercicio de actividad económica y a la repartición, entre sí, de los resultados*. Por tanto, el fundamento para la aprobación de

la partición de bienes es el reconocimiento de un estado de comunión de bienes derivado de la vida en común, así como la repulsa a la posibilidad de enriquecimiento injustificable.

Se exige, como consecuencia, la prueba de la efectiva participación de cada uno en la formación del acervo patrimonial. Se intenta identificar el aporte económico de cada miembro para la adquisición de los bienes, con el fin de establecer su partición proporcional. Esta solución, aunque pretenda impedir la ilicitud del provecho exclusivo del titular del dominio, en la gran mayoría de las veces, acaba por perpetrar resultados que distan mucho de ser una solución justa. Sea porque son relaciones que guardan una cierta discreción —lo que dificulta una prueba testimonial— o sea porque se presta valor solamente a la contribución de carácter pecuniario. No se reconoce contenido económico al propio cuidado y dedicación mutua o a las actividades domésticas, cuando son desempeñadas por uno de los miembros, tratando la cuestión como una sociedad de hecho, y no como una sociedad de afecto.

4.4 Derecho sucesorio

Cuando se produce la muerte de uno de los miembros, se reclama en juicio, por lo general, la partición de los bienes adquiridos durante el periodo de convivencia, y no la integridad del acervo hereditario. Se procura la mediación, sobre el fundamento de la existencia de una sociedad de hecho, y no el derecho a la herencia teniendo como presupuesto la existencia de un núcleo familiar. No es invocado el derecho sucesorio ni alegada la cualidad del heredero o sucesor, aun en el caso de que no existan herederos necesarios.

Son dispares las decisiones, pero es mayoritaria la tendencia a rechazar la demanda, pues es enorme incluso la dificultad para el reconocimiento de una sociedad de hecho. Se recusa sistemáticamente atribuir la condición de heredero al otro miembro, lo que lleva a excluirlo de la orden de vocación hereditaria y a apartarlo de los derechos sucesorios.

El Tribunal Superior de Justicia, al juzgar en grado de recurso especial, decidió al respecto lo siguiente: *El par tiene el derecho de recibir la mitad del patrimonio adquirido por el esfuerzo común, reconocida la existencia de una sociedad de hecho.* (REsp. núm. 148897/MG).

Tales soluciones causan por general una impropia e injusta beneficiación de los familiares lejanos que, normalmente, rechazaban, repudiaban y ridiculizaban la orientación sexual del de *cuius*. Por otra parte, en ausencia de parientes, acaba produciéndose el recaudo de la herencia por parte

del Estado por la declaración de vacante, en perjuicio de quien debería ser reconocido como titular de los derechos hereditarios.

La decisión pionera que logró distinguir en tales vínculos una verdadera entidad familiar fue proferida por la Justicia del Río Grande del Sur a fecha de 14 de marzo de 2001. Aunque por mayoría, la Séptima Cámara Civil —la cual tengo el honor de presidir— en el juicio de la Apelación Civil núm. 70001388982, teniendo como Relator el señor juez miembro del Tribunal, José Carlos Teixeira Georgis, se manifestó así:

UNIÓN HOMOSEXUAL. RECONOCIMIENTO. PARTICIÓN DEL PATRIMONIO. CONTRIBUCIÓN DE LOS MIEMBROS. MEDIACIÓN. No se permite más el fariseísmo de desconocer la existencia de uniones entre personas del mismo sexo y la producción de efectos jurídicos derivados de estas relaciones homoafectivas. Aunque solapadas de prejuicios, son realidades que la judicatura no puede ignorar, incluso en su natural actividad dilatoria. En ellas subsisten consecuencias semejantes a las que están en vigor en las relaciones de afecto, buscándose siempre la aplicación de la analogía y de los principios generales del Derecho, teniendo siempre presentes los principios constitucionales de la dignidad humana y de la igualdad. De esta forma, el patrimonio surgido de la constancia de la relación debe ser partido como en la unión estable, paradigma supletorio donde se inspira la mejor hermenéutica. Apelación promovida, en parte, para asegurar la división del acervo entre la pareja. Voto vencido.

Ante la omisión legal, analógicamente fue aplicada la legislación que regula las uniones extramatrimoniales. Buscando subsidios en la legislación que regula la unión estable, que presume la mutua colaboración a generar un estado de copropiedad, fue determinada la división igualitaria del acervo patrimonial acumulado durante el periodo de convivencia.

La justicia, reconociendo el derecho del otro miembro a la mediación, se quitó la venda de los ojos y contempló esas relaciones como vínculos afectivos, lo que contribuirá a atenuar la aversión de la sociedad.

De forma audaz, cumple el Poder Judicial su función renovadora, estableciendo pautas de conducta con carácter general. Aún apreciando el caso concreto, acaba funcionando como agente transformador de la propia sociedad.

Si dos personas tienen una vida en común, cumpliendo deberes de mutua asistencia, en una verdadera convivencia caracterizada por el amor y el respeto mutuo, no es la identidad meramente biológica de sexo de los miembros lo que impedirá que se extraigan derechos y se impongan obligaciones.

4.5. Condición de dependencia

Dispersas y muy excepcionales eran las decisiones que reconocían la condición de dependencia a las parejas del mismo sexo, asegurándoles la inclusión en planos preventivos y asistenciales.

Así, es de enorme significado la demanda intentada por el Ministerio Público Federal, de eficacia *erga omnes*. Sobre el fundamento de que viola el dogma constitucional de respeto a la dignidad humana y constituye una afrenta al principio de igualdad, que prohíbe la discriminación sexual, fue provisionalmente reconocida la cualidad de dependiente a los compañeros homosexuales junto a la Seguridad Social, garantizando el auxilio-reclusión (pensión recibida por prisión del compañero) y la percepción de la pensión por muerte.

La medida provisoria, confirmada en todas las instancias recurridas, llevó al Instituto Nacional del Seguro Social a emitir la Instrucción Normativa núm. 25/2000, *que establece, por medio de decisión judicial, procedimientos que deben ser adoptados para la concesión de beneficios sociales al compañero o compañera homosexual*.

A pesar del carácter administrativo de tal regla, es la primera norma que contempla las relaciones homosexuales, es el primer paso para enlazar en la esfera de la judicatura tales relaciones. Así, al menos hasta el juicio de mérito, que decide sobre la procedencia del pedido, están asegurados en Brasil—inclusive para los vínculos que se hayan roto antes de la publicación de la medida normativa— las prestaciones sociales.

5. Adopción

La cuestión más tormentosa que aparece y la que más ha dividido las opiniones es la que se refiere al derecho a la adopción por parte de compañeros de mismo sexo. La enorme reticencia que existe proviene de la creencia de que existe un daño potencial por la ausencia de referencias comportamentales, lo que vendría o derivaría, en un futuro, en secuelas de carácter psicológico.

El Estatuto del Niño y del Adolescente, publicado en 1990—con seguridad una de las leyes más avanzadas de protección al menor— no contiene restricción alguna a la posibilidad de adoptar. Es otorgado tal derecho tanto al hombre como a la mujer, conjunta o aisladamente, sin hacer cualquier referencia a la orientación sexual del adoptante.

Mientras tanto, son raras las decisiones judiciales que conceden la petición de adopción formulada por homosexuales, cuando no ocultan su

condición. Prácticamente aislada es la postura del magistrado carioca Siro Darlan de Olivera, tanto definiendo la adopción, como habilitando a un homosexual para adoptar, habiendo sido ambas confirmadas en recurso por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (AC núm.14.332/98 y AC núm.14.979/98).

La determinación legal de que en el registro de nacimiento, sean los adoptantes inscritos como padres, por una simple sustitución de la filiación biológica, sirve de justificación para que se sostenga la imposibilidad de adopción por dos hombres o dos mujeres: no podrían constar como padres en el registro de nacimiento. Hasta entonces, aunque se presuma que la ley no haya considerado la hipótesis de la adopción por una pareja del mismo sexo, existe como sostener la posibilidad de su acaecimiento.

A pesar de que nada justifique la limitación, no se tiene noticias de que haya sido requerida, y mucho menos concedida, la adopción a una pareja homosexual, restricción que acaba por generar situaciones injustas, que devienen exclusivamente en perjuicio del propio menor.

La vivencia de niños y adolescentes en hogares homosexuales es una realidad. Y conceder la adopción a un solo miembro asegura al menor el derecho a alimentos y beneficios sociales o sucesorios solamente con relación al adoptante. Sea por la separación de la pareja, sea por la muerte del que no tiene legalmente una ligazón registral, dicha limitación le acarrea un perjuicio injustificable, por no poder disfrutar de cualquier derecho en relación con aquél que también tiene como su verdadero padre o madre.

Se hace absolutamente necesario concluir que, de forma paradójica, el propósito de resguardar y preservar al menor acaba por sustraerle la posibilidad de usufructuar derechos que posee de hecho, limitación que desafía la propia finalidad protectora contemplada en la Carta Constitucional y perseguida por ley.

Impedimentos de todo tipo —que existen o son creados— hacen que otras soluciones sean buscadas por quien quiere consolidar una familia por medio de la prole. Es usual que en el caso de las lesbianas extraigan el óvulo de una de ellas, y lo fecunden *in vitro* por un espermatozoide de un donante, siendo el embrión implantado en el útero de la otra, que lleva a término la gestación. Así, ya que el niño será registrado solamente en nombre de quien dio la luz, no tiene la compañera —que en realidad es la madre biológica— vínculo alguno, ni siquiera obligacional, con el hijo que, al fin y al cabo, es suyo. Los prejuicios derivados de esa limitación son previsibles. Registrado tan sólo a nombre de una de las madres, sólo de ella puede reclamar derechos y exigir deberes.

Por lo que respecta a las parejas masculinas, suelen recurrir a los llamados “vientres de alquiler”. Por medio de inseminación artificial, inclusive con utilización simultánea del semen de ambos, para no identificar cuál de ellos es el genitor, el niño se considera como hijo de los dos. También en estos casos, la imposibilidad de adopción conjunta sustrae el derecho del menor de usufructuar cualquier beneficio con referencia a quien se considera su padre.

La gran duda siempre suscitada como fundamento para no aceptarse la adopción, ora individualmente, ora por un par homosexual, está centrada en preocupaciones relativas al sano desarrollo del niño. Se cuestiona si la ausencia de referentes respecto a diferentes posturas sexuales podría eventualmente confundir la propia identidad de género del menor, con el riesgo de devenir homosexual. También produce aprensión la posibilidad de que sea objeto de repudio en el medio que frecuenta o víctima de escarnio por parte de compañeros y vecinos lo que, de manera general, le podría acarrear perturbaciones de orden psíquico.

Esas preocupaciones son ajenas con seguridad a quien se inclina por el estudio de las familias con esa conformación. No fueron detectadas diferencias esenciales en la identidad de género, en el comportamiento sexual o en la orientación sexual de tales infantes. Ante estos resultados, no se sostiene el mito de que convivir con padres del mismo sexo puede comprometer la estabilidad emocional del hijo. Por tanto, es equivocada la aserción de que el menor que vive en un hogar homosexual será socialmente estigmatizado y verá perjudicado su desarrollo, o que la falta de un modelo heterosexual acarreará la pérdida de referentes o hará confusa la identidad de género.

Así, indefectiblemente hay que concluir que los escrúpulos existentes son meros prejuicios. Es necesario revolver principios, revisar valores, abrir espacios para nuevas discusiones y alejar las objeciones, para que sean admitidas adopciones por individuos o parejas homosexuales. Dicha resistencia acaba por excluir la posibilidad de que un amplio número de menores sean apartados de la marginalidad, cuando podrían tener una vida rodeada de afecto y atención.

Posturas personales o convicciones de orden moral de carácter subjetivo no pueden impedir que se reconozca que un niño sin padres y sin hogar tendrá una formación más adecuada a las exigencias de la vida si se integra a una familia, esté formada ésta por personas de distintos sexos o no.

6. Inelegibilidad

Por ocasión de las elecciones de 2004, el Tribunal Superior Electoral reconoció la inelegibilidad consagrada en el artículo 14, § 7, de la Constitución

Federal, que se extiende a las uniones homoafectivas. Tal regla prohíbe que los cónyuges de Presidente de la República, Gobernadores e Intendentes concurren en las elecciones al mismo cargo. Así, es necesario el alejamiento del titular hasta seis meses antes del pleito.

El fundamento de esa vedación es saludable: no perpetuar en el poder un mismo grupo familiar, evitar la constitución de oligarquías que oportunizan al llamado continuismo. Con esa preocupación, la jurisprudencia pasó a reconocer que no sólo el matrimonio, pero también el concubinato y la unión estable, en evidencia de la presencia de fuerte vínculo afectivo, imponen la misma limitación.

Significativo el hecho de que el Tribunal, que tiene el deber de interpretar la Constitución, haya reconocido que las uniones homoafectivas repercuten en la esfera electoral, a punto de generar la presunción de que puede haber intereses políticos comunes. A partir de ahora no hay como dejar de reconocer que esas relaciones son entidad familiar como las demás y merecen la especial protección del Estado.

Innegable que ese fue un importante paso que dio visibilidad a un segmento que, por puro prejuicio, es blanco de discriminación y de severa exclusión social.

Como el Judiciario aceptó así la relación estable homosexual, imponiendo limitaciones al ejercicio de un derecho, no hay cómo continuar sosteniendo la falta de ley para negar derechos otros.

7. Inserción como derechos humanos

Es indispensable que se reconozca que la sexualidad integra la propia condición humana. Nadie puede realizarse sin tener asegurado el respeto a la libertad, concepto que alberga la libertad de la libre orientación sexual.

Al visualizarse los derechos de forma desdoblada en generaciones, es menester reconocer que la sexualidad es un derecho del primer grupo, pues se trata de un derecho a la libertad sexual, como un derecho al tratamiento igualitario, independiente de la tendencia sexual. Se trata así, de una libertad individual, un derecho del individuo, siendo, como todos los derechos de primera generación, inalienable e imprescriptible. Es un derecho natural que acompaña al ser humano desde su nacimiento, pues emana de su propia naturaleza.

Tampoco se puede dejar de considerar la libre orientación sexual como un derecho de segunda generación, formando parte de una categoría social que debe ser protegida. La desigualdad no puede ser identifica-

da solamente por una visión económica, pues la deficiencia que la marca es social y jurídica. Se trata de una deficiencia de regulación jurídica. Por tanto no son plenamente suficientes la mujer, el anciano, el deficiente físico, el negro, el judío, incluyéndose en este elenco los individuos homosexuales que, como los demás, siempre fueron objeto de la exclusión social.

Igualmente el derecho a la sexualidad avanza para ser insertado como un derecho de tercera generación. Son los derechos integrantes de la dignidad humana, difusos en cuanto a la titularidad subjetiva y derechos de solidaridad en cuanto al objeto. Estos derechos de la tercera generación son los derechos humanos en la máxima extensión del término y no se puede ignorar que incluyen la libertad fundamental de todo ser humano en lo que respecta a su orientación sexual, que integra la esfera de la privacidad y no admite restricciones.

8. Uniones homoafectivas

De la forma más cómoda, el Poder Judicial busca subterfugios en el campo del Derecho Obligacional, considerando una sociedad de hecho lo que tan sólo es una sociedad de afecto. La exclusión de tales relaciones de la órbita del Derecho de Familia acaba impidiendo la concesión de los derechos que emanan de las relaciones familiares, tales como derechos a la mediación, a la herencia, al usufructo, a la vivienda, a alimentos, a beneficios de carácter social, entre otros.

Se sigue pensando en prejuicios, es decir, con conceptos preestablecidos y que aún se encuentran inundados de conservadurismo. Es necesario pensar con conceptos jurídicos y para eso es necesario pensar nuevos conceptos.

Por lo tanto, ésta es la misión fundamental de la jurisprudencia, que necesita desempeñar su papel de agente transformador de los estancados conceptos de la sociedad. Tal y como ocurrió con la unión estable heterosexual: la alteración del concepto social de las llamadas relaciones de concubinato fue provocada por los operadores del Derecho, que al extraer consecuencias jurídicas de dichas relaciones, nos las hicieron llegar a la sede constitucional, siendo reconocidas como entidad familiar.

Al menos hasta que el legislador siga la senda de la Justicia e identifique la desatención del Estado en regular tales relaciones, que merecen, en Brasil, tal y como ya disponen la mayoría de los países del mundo, de una regulación propia, la responsabilidad por la protección es del Poder Judicial.

Aunque haya llegado la Constitución, con aires de modernidad, a otorgar la protección del Estado a la familia, independiente de la celebra-

ción del matrimonio, siguió ignorando la existencia de entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Actualmente, no se define más a la familia por el acaecimiento del matrimonio. La existencia de prole no es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento, de manera que la protección constitucional es otorgada también a las familias monoparentales. Si la prole o la capacidad procreadora no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no cabe dejar fuera del concepto de familia a las relaciones homoafectivas.

Presentes los requisitos de vida en común, cohabitación, lazos afectivos, división de gastos, se hace necesario conceder los mismos derechos otorgados a las relaciones heterosexuales que tengan idénticas características. En una laguna de ley, en caso de falta de regulación legal, debe el juez valerse del artículo 4o. de la Ley de Introducción al Código Civil, que determina la aplicación de la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho. La analogía tan sólo puede ser hecha con las demás relaciones que tienen al afecto como causa, o sea, el matrimonio y las uniones afectivas.

En tanto que la ley no acompañaba a la evolución de la sociedad, el cambio de mentalidad, la evolución del concepto de moralidad, nadie, ni mucho menos los operadores del Derecho, pueden, en nombre de una postura prejuiciosa o discriminatoria, cerrar los ojos a esta nueva realidad y devenir en fuente de grandes injusticias. No cabe confundir cuestiones jurídicas con cuestiones morales o religiosas.

La misma responsabilidad ya la ha asumido la Justicia con referencia a las uniones extraconyugales. Debe ahora mostrar igual independencia y audacia en relación a las uniones homosexuales. Ambas son relaciones afectivas, vínculos en los que hay compromiso amoroso, y es imperioso reconocer la existencia de un género de unión estable que comporta más de una especie, o sea, relaciones hetero y homoafectivas. Ambas se hacen acreedoras de la misma protección, y, mientras no surja legislación que regule específicamente las relaciones homoafectivas, se ha de aplicar la legislación relativa a los vínculos familiares.

Es indispensable que se reconozca que los vínculos homoafectivos—mucho más que las simples y esporádicas relaciones homosexuales—configuran una categoría social que ya no puede ser discriminada o marginada por el prejuicio. Es la hora de que el Estado, que se dice democrático y que consagra como principio mayor el respeto a la dignidad de la persona, pase a reconocer que todos los ciudadanos disponen del derecho individual a la libertad, del derecho social de elección y del derecho humano a la felicidad.