



2º Jornadas Argentino Chilenas de Derecho de Familia 1º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia

La Evolución de las Uniones de Hecho

Paulo Lins e Silva (*)

Buenos Aires, 20 de noviembre 2015

LA ETIMOLOGÍA DEL AFECTO:

BREVE ANÁLISIS HISTÓRICA DE LA IDEOLOGÍA FAMILIAR:

En ese momento de evolución social en que nos encontramos, una de las ideologías de mayor impacto en el mundo occidental, lamentablemente, sigue siendo la de la familia patriarcal, heredada de la cultura romana. Ni siquiera el individualismo, producto de las revoluciones liberales en el paso de la Edad Moderna a la Contemporánea, logró sustituir esa antigua ideología de la familia.

Para la ideología clásica de la familia patriarcal, que por supuesto se modificó con la evolución de los tiempos, la unidad básica de la sociedad no es el individuo sino la unidad de la familia monógama, parental, patriarcal y patrimonial, es decir, la tradicional familia romana - que, al ser recibida por el cristianismo clásico, fue consagrada como una familia nuclear, ya que ha puesto de relieve el padre, la madre y el hijo como elementos centrales de la unidad familiar.

El patriarcado fue el responsable por sofocar y cubrir el principio que hoy llamamos "afecto", porque fueron exactamente los patriarcas que comenzaron la práctica de los matrimonios por conveniencia política o económica. Tal conducta se convirtió en lugar común: se casaba por interés, y el amor, la manifestación mayor del afecto, fue relegado a un segundo plano.

Se ha operado, sin duda, una inversión de roles en evolución de la historia de la consagración de las familias a través de las uniones: desde el primitivo "matrimonio" afectivo, donde instintivamente lo que más importaba a la pareja era el afecto que la unía, aunque plasmado en necesidades físicas instintivas de la pareja; se pasó al matrimonio institucional, con el que se buscaba asegurar el patrimonio, dando lugar a la ideología de la familia patriarcal, y patrimonial – disfrazando los intereses patrimoniales en falsos "vínculos de amor."

Actualmente, el mundo occidental gatea hacia la superación histórica del patriarcado. Como parte de esta evolución, uno deja de pensar en la formación clásica de la familia, cuyo origen histórico se remonta a los tiempos primitivos, donde el impulso sexual, resultado del instinto humano en busca de la procreación, pierde terreno para el impulso afectivo. Y con eso, las familias reorganizan sus prioridades, lo que a su vez también termina por redimensionar los propios núcleos familiares.

Hoy, de hecho, para que haya una familia no es necesario que haya hombre y mujer, padre y madre. Es suficiente que haya personas que combinen y comulguen sus vidas estrechamente unidos por el afecto, compartiendo los fines y los medios de convivencia y de supervivencia. El fundamento actual de la construcción de la familia debe ser el afecto, la solidaridad íntima y fundamental, el cariño y el apoyo que interconecta, por ejemplo, a los hermanos.

A pesar de la ideología de la familia parental de origen patriarcal predicar el contrario, el hecho es que no es requisito indispensable para la existencia de la familia que hay hombres y mujeres, ni padre y madre. Hay familias sólo de hombres o sólo de mujeres, sino también sin padre o madre. El apego al biparentalismo o al monoparentalismo, se queda cada vez más distante. La unidad familiar es formada por una afeción tal que hoy en día no depende del género o incluso de las relaciones sexuales, aunque en su origen histórica no haya sido así.

En efecto, lo que identifica a la familia es un afecto especial. Es el sentimiento entre dos o más personas que, con la convivencia diaria, si quieren bien, debido a un origen común o en razón de un destino común, que combinan sus vidas tan íntimamente, que se convierten en una familia.

EL AFECTO COMO PRINCIPIO BASILAR DEL DERECHO DE FAMILIA MODERNO

La palabra "afecto", *affectus* en latín, se refiere a un concepto filosófico que designa un estado de ánimo, un sentimiento.¹

¹ Wikipedia, disponible en: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Afeto_\(filosofia\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Afeto_(filosofia))

Para el Derecho de Familia, el significado de la palabra adquiere connotación principiológica muy fuerte, teniendo en cuenta que el afecto es el principal vínculo que une a las familias modernas

Más que el vínculo genético, que es inmutable, impuesto y de hecho, el vínculo afectivo es una opción nutrida y construida, día tras día, con el respeto, el afecto y la conjunción de vidas. El afecto, como principio basilar del Derecho de Familia moderno, no es nada más que el amor casi incondicional que conecta los núcleos familiares.

Según José Sebastião Oliveira, *"La afectividad, traducida en el respeto de cada uno por sí y por todos los miembros – de modo que la familia sea respetada en su dignidad y honorabilidad ante el cuerpo social - es, sin duda, uno de las principales características de la familia actual."*²

Con la concepción del afecto como elemento que da origen a la familia, se priorizan las relaciones de hecho, que surgen de la práctica de la vida. Estas relaciones pueden estar también apoyadas en elementos genéticos, pero no necesariamente. Hoy en día, la verdad de los sentimientos familiares tiene prioridad sobre los helados enlaces exclusivamente genéticos o institucionales, arraigados en la sociedad.

Cómo enseña Rolf Madaleno, *"el parentesco no es sólo un hecho de la naturaleza, sino una noción social que varía de una cultura a otra y, en verdad, cualquier adulto puede convertirse en un padre psicológico, dependiendo de la calidad de la interacción diaria, porque el verdadero padre es aquel que efectivamente se ocupa de la función parental"*³

Con el ascenso del afecto a la condición de principio orientador del Derecho de Familia, por supuesto, el origen biológico fue relegado a un segundo plano. El afecto se ha convertido entonces en casi una condición *sine qua non* para la creación de una familia. En otras palabras, el afecto es esencial para la configuración familiar, mientras que el vínculo genético, biológico, es considerado sólo una condición que puede o no estar presente en un núcleo familiar. Con muy actual maestría, Paulo Lôbo explica la cuestión:

*"La relación de paternidad ya no depende exclusivamente de la relación biológica entre padre e hijo. Toda paternidad es necesariamente socio-afectiva y puede tener origen biológico o no biológico; en otras palabras, la paternidad socio-afectiva es género de que son especies la paternidad biológica y la paternidad no biológica".*⁴

² OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: RT, 2002, p. 233.

³ MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da súmula n. 301 no STJ*. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 795 – 810).

En cuanto a la socio-afectividad y su evolución, Maria Berenice Dias, jurista brasileña pionera en la difusión del afecto como pilar básico familiar dice:

*“ Crece el movimiento para dar mayor importancia al criterio socio-afectivo, que se superpone a la verdad presumida y también a la verdad biológica, puesto que tiene por base un valor mayor: el vínculo de afectividad (...)no hay manera de destruir el vínculo consolidado por la convivencia, y la justicia debe, en el momento de establecer la paternidad, siempre respetar la verdad de la vida, constituida con el paso del tiempo.”*⁵

Lamentablemente, en Brasil la Constitución de 1988 no ha editado un dispositivo siquiera que privilegiara textualmente la paternidad socio-afectiva a expensas de la paternidad genética, o incluso que privilegiara la formación familiar afectiva en su conjunto, sea con relación a la maternidad y la paternidad o en cuanto a la relación entre hermanos.

Seguramente, la legislación, estática y con mayores obstáculos para el cambio, camina un poco detrás de la evolución de la sociedad. Sin embargo, afortunadamente, el Poder Judicial brasileño y la comunidad jurídica están privilegiando las relaciones de afecto, con el argumento de que estos vínculos son los que definen la familia actual con mayor prioridad y adecuación.

El poder legislativo brasileño ha estado tratando duramente de corregir la falta de sincronismo entre las leyes relativas a la Entidad familiar y las situaciones de hecho que experimenta la sociedad. Hasta que ciertos cambios no estén incluidos en el texto de la Ley, el papel de los tribunales es esencial para garantizar una interpretación adecuada y justa de las normas existentes. Aunque la legislación brasileña actual no textualize el afecto principiologicamente, la jurisprudencia le está otorgando prioridad, reafirmando así esta nueva manera de ver la unidad familiar.

LAS INNOVACIONES CONSOLIDADAS EN EL DERECHO DE FAMILIA BRASILEÑO

Recientemente el Brasil comenzó a asistir a una serie de cambios e innovaciones normativas en el ámbito del Derecho de Familia, que van desde la promulgación de una legislación específica, infra constitucional, hasta a la creación de enmiendas a la propia Constitución Federal.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. p. 351, 5ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

Ciertamente, las innovaciones no son inmunes a críticas, como es el ejemplo de la Ley de la Custodia Compartida, que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia patrias. Sin embargo, debemos admitir que, si algunos cambios legales no representan un gran avance práctico, en general, el conjunto de innovaciones en el Derecho de Familia al menos denota el bienvenido espíritu de cambio que se ha consolidado en la comunidad legal, lo que representa, para un Derecho que hasta pocos años podría ser considerado absurdamente retrógrado y patriarcal, una grande y feliz esperanza.

En este sentido, se destacan, por orden cronológico, la promulgación de las Leyes de (i) Custodia compartida - Ley N ° 11.698, del 13 de junio de 2008; (ii) de la adopción - Ley N ° 12.010, de 3 de agosto de 2009; (iii) La presunción de paternidad por rechazo del examen de ADN - Ley N ° 12.004 de 29 de julio 2009, que modifica la Ley 8560 del 29 de diciembre de 1992; (iv) la Enmienda Constitucional 66, del 13 de julio de 2010; (v) Alienación Parental - Ley N ° 12.318, de 26 de agosto de 2010; y (vi) Aumento de la edad para matrimonio en el régimen de separación obligatoria de bienes - Ley N ° 12.344, de 9 de diciembre, 2010.

EL ESTATUTO DE LAS FAMILIAS

HISTÓRICO

Ante la necesidad de promulgación de tantas leyes en el ámbito del Derecho de Familia, como hemos descrito y ejemplificado, se hizo evidente que el actual Código Civil ya no refleja las necesidades de la sociedad, convirtiéndose en legislación obsoleta y retrógrada.

La inadecuación del Código Civil de 2002 a los intereses de la nueva familia brasileña ha vuelto latente e incontestable. Incluso porque, aunque la ley se ha promulgado hace sólo trece años, fue concebida a finales de los años sesenta, es decir, en el siglo pasado! Esto significa que la redacción del Código Civil vigente es anterior incluso a la Constitución de 1988 - que fue el principal hito de la consagración de los derechos fundamentales e individuales, esenciales para los intereses de la familia brasileña.

El "Nuevo Código Civil" ya nació "viejo". Es producto del siglo pasado, donde quedó enterrado, por suerte, el viejo paradigma familiar, marcado por la discriminación, la desigualdad, el patriarcado y los prejuicios - valores que, con la evolución de la sociedad, y el propio advenimiento de la Constitución de 1988, comenzaron no sólo a caer al suelo, pero a parecer especialmente antiguos y sin sentido, cuando comparados con el gran progreso social y familiar brasileños.

Con la intención de adecuar, de una vez por todas, la realidad objetiva a la norma del Derecho brasileño, el Diputado Anderson Ferreira, creó el proyecto de ley titulado "Estatuto de las Familias".

El Estatuto, finalmente, incorpora varios proyectos de leyes específicos, además de buscar soluciones para los conflictos familiares, teniendo en cuenta los pilares basilares del Derecho de Familia moderno - el afecto, la atención, la solidaridad y la pluralidad – preocupándose no sólo en asegurar dichos valores por el Derecho, pero, sobre todo, con la eficacia práctica de tales principios en la vida de las familias modernas.

Como se puede extraer de las propias razones fundamentales del proyecto de ley, justifican su propuesta, hay que señalar que el comité científico del IBDFAM (Instituto Brasileño de Derecho de Familia) llegó a la conclusión de que la solución ideal para el impasse creado por la brecha en el Código Civil de con respecto a la conducta de Sociedad Brasileña no sería una reforma en el Diploma Civil, pero la promulgación de un Diploma de Familia autónomo, que contemplara incluso normas de Derecho Procesal - lo que es, a priori, un cambio enorme, pero necesario, en la estructura del Derecho brasileño.

La razón de tamaño compromiso en la creación de un Código de Familia autónomo, que trata del Derecho sustantivo y procesal, es precisamente debido a la naturaleza del Derecho de Familia, que, por tratar de sentimientos y cuestiones de conceptualización extremadamente difícil y compleja, no pueden ser tratados con el mismo distanciamiento de cuestiones, por ejemplo, patrimoniales.

Por lo tanto, el proyecto de ley no sólo revisa cómo incluye en el Código Civil dispositivos esenciales para la aplicabilidad de un Derecho de Familia justo, que se adapte a los nuevos - y más nobles - pilares que orientan el Derecho de Familia moderno.

EL CONCUBINATO Y LA UNIÓN DE HECHO

Anteriormente, se conceptualiza como concubinos los que cohabitaban, independientemente de su estado civil, es decir, a ser sólo uno, o ambos, solteros, casados o viudos. Es decir, el concubinato también abarcaba el tipo de unidad que hoy se define como unión de hecho.

En la actualidad, la Unión de hecho y el concubinato tomaron diferentes contornos, principalmente porque la Unión de hecho ganó status de unión con un propósito similar al del Instituto Matrimonial debido a la intención de construcción de familia. Conceptualmente, la Unión de hecho corresponde a la relación pública entre el hombre y la mujer, solteros, separados legalmente, divorciados o viudas, como si estuvieran casados. Ya el concubinato se transmuta en la relación velada entre hombre y mujer, establecida de forma paralela al matrimonio o incluso a una unión de hecho - es la relación en secreto, de conocimiento sólo de los involucrados, en que las partes son amantes (en el sentido peyorativo de palabra).

Antiguamente, el concubinato en su terminología genérica, se dividía en "puro" o "impuro" – El puro se equipara a lo que hoy definimos como Unión de hecho y el impuro como el remanente de lo que hoy se define como concubinato. Es decir, una vez dividida la terminología que antes se prestaba a los dos tipos de relación, el concubinato se quedó sólo con la parte "vejatoria" y discriminados por la sociedad: las relaciones "adulterinas". En las palabras de Álvaro Villaça⁶:

“Entendemos que debe ser considerado puro el concubinato cuando se presenta (...) como una unión duradera, sin matrimonio entre hombre y mujer, con la constitución de la familia de facto, sin cualquier detrimento de la familia legítima. Así ocurre cuando se unen, por ejemplo, los solteros, los viudos, los separados legalmente, desde que respetada otra unión concubinaria. Por otro lado, el concubinato será impuro cuando adulterino, incestuoso o desleal (en relación a otra unión de hecho), como el de un hombre casado o concubinado, que mantenga, en paralelo a su hogar, otro de hecho”.

O, en la diferenciación terminológica más actual:

“La distinción, básicamente, consiste en lo siguiente: La concubina es la amante, mantenida clandestinamente por el hombre casado, que aún frecuenta la familia formalmente constituida. Compañera, al contrario, es aquella con quien el hombre casado establece una relación de hecho, después de consolidadamente separado de facto de su esposa”⁷

Ciertamente, la legitimización de la Unión de hecho, con el advenimiento de la actual Constitución, fue una de las formas más latentes encontradas por el Derecho para demostrar la importancia del afecto como pilar del Derecho de familia, proporcionando a tal instituto los mismos efectos de aquello que, históricamente, siempre ha sido considerado el mayor medio de la construcción de la familia - el matrimonio. Y al hacerlo, reconoció que más importante que cualquier formalismo riguroso, es la situación de hecho que une a dos personas: el afecto.

Es de importancia fundamental, también, la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de la ADPF 132 (Argumentación de violación de precepto

⁶Apud. Concubinato – União Estável, de Irineu Antonio Pedrotti, Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 4ª edição, 1999, pág. 03.

⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. in “União Livre”, Editora Juruá, São Paulo, 2ª edição, 2000, pág. 58.

fundamental), que fue pionera en permitir las uniones homo afectivas en Brasil, hito absolutamente histórico y sin precedentes en nuestro Derecho.

La consolidación de estas innovaciones representa muy importante marco evolutivo del Derecho de Familia que, con el tiempo, ha estado tratando duramente de ajustar la realidad de hecho que vive la gente a esa realidad tan protegidos por la legislación.

LAS UNIONES HOMOAFECTIVAS

Sin embargo, la libre expresión de esta orientación debe estar garantizada en una democracia, no permitiendo-se que el Estado dicte normas de conducta restrictivas a la libertad de manifestación y pensamiento de cada individuo que es parte de la sociedad.

Es un hecho innegable que en Brasil y en el mundo, millones de personas del mismo sexo viven en relaciones continuas y duraderas caracterizadas por el afecto y un proyecto de vida en común. No puede el legislador, ni el aplicador del Derecho hacer vista gorda a la realidad social, donde se establecen uniones homoafectivas.

Con la evolución de la sociedad, se inició una aceptación lenta, pero mayor, de este tipo de relación, tal vez porque la gente se cansó de ocultar lo que es natural. O incluso porque están cansados de tratar de adaptarse a comportamientos que durante mucho tiempo han sido dictados como correctos - sin ninguna explicación que de hecho lo apoyara.

Leyes antiguas, derivadas de un tiempo en que la religión era el principal dictámen represivo de las conductas humanas, no tienen ninguna utilidad. Hoy en día el Estado es laico, y debe regirse por normas que tengan funcionalidad con la realidad social del país. No hay opción en cuanto a amar a alguien del mismo sexo. Los sentimientos no son racionalizables. Por lo tanto, se hizo urgente permitir la libertad de los ciudadanos brasileños también en el campo afectivo.

Acertadamente, el mundo entero vuelve su atención a la cuestión de la homoafectividad, y varios países ya se han modernizado, espantando a los prejuicios y caminando, si no hacia el pleno reconocimiento de dicha entidad familiar, dando le todos los derechos inherentes a cualquier otra familia, al menos empezando a abrir espacio, aunque tímidamente, para que sea aniquilada la discriminación y realmente sea construido el principio de la igualdad y la libertad individual.

En este sentido, hay que destacar el espíritu pionero, en los años 90, de la Dinamarca, seguida por la Noruega, Suecia y Islandia, que han aprobado leyes con respecto a la convivencia homoafectiva registrada. Luego, Holanda fue, a principios del siglo, el primer país a permitir que parejas del mismo sexo pudiesen casarse. Lo mismo autorizó la Bélgica, dos años después de la aprobación de la ley holandesa. El derecho catalán,

aunque no permita el matrimonio propiamente dicho, tiene legislación sobre uniones de hecho sin discriminar el sexo de los compañeros, aplicable a todo tipo de pareja. En 1999, en sentido similar, Francia aprobó un proyecto de ley que permite la unión entre personas del mismo sexo, a través de un pacto (Pacte Civil de Solidarité). En 2001, Portugal ha adoptado medidas de protección para las uniones de hecho, entre personas de sexo opuesto o no. En el mismo año, también Alemania reconoció las uniones homo-afectivas. Canadá, desde 2005, protege el matrimonio homoafectivo. Argentina tres años antes, también comenzó a reconocer la unión civil entre parejas del mismo sexo.

Así, es innegable la actualidad y la magnitud del tema, empezando por el número de países, muy evolucionados en el ámbito jurídico, que se han adaptado a una realidad que ha existido desde el principio de las sociedades y ha sido rechazada y discriminada, debido principalmente a la antigua primacía que el pensamiento religioso detenía en los Estados.

COYUNTURA HISTÓRICA DE LA UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA EN BRASIL

Hasta hace poco tiempo, el sistema jurídico brasileño no reconocía las uniones afectivas entre personas del mismo sexo. Mismo las uniones de hecho heterosexuales caminaban por senderos tortuosos y fueran reconocidas como verdaderas entidades familiares sólo con el advenimiento de la Constitución de 1988. Por lo tanto, es necesario extender este reconocimiento también para las uniones homoafectivas, con el fin de confirmar los principios constitucionales de igualdad, libertad y dignidad de la persona humana.

Así, muchos juristas, estudiosos de derecho y interesados en el tema están emprendiendo ardua batalla para el reconocimiento de más esta forma de unión afectiva. La sociedad, y mucho menos la ley, no pueden dejar de reconocer una realidad fáctica basada en el afecto, que representa el norte del Derecho de Familia moderno. Y por consiguiente, sería desigual e injusto que el Estado entrara en el ámbito de las libertades individuales para prohibir una conducta que no es ilegal.

La Constitución de la República Federativa del Brasil, sin embargo, no reconoce explícitamente la unión de hecho a las parejas homoafectivas, como se observa en la lectura del artículo 226, párrafo 3, que establece que "Para efectos de protección del Estado, es reconocida la unión de hecho entre el hombre y la mujer como una entidad familiar, y la ley debe facilitar su conversión en matrimonio".⁸

En este contexto, surge un conflicto sobre la interpretación del artículo mencionado anteriormente, sobre las uniones homoafectivas en Brasil, una vez que la Constitución

⁸ BRASIL. Constituição Federal, Capítulo VII, artigo 226, § 3º.

requiere la diversidad de género para la configuración del matrimonio y de la unión de hecho. Tal divergencia formada entre interpretaciones literales y interpretaciones sistemáticas de esta disposición fue retrasando los debates sobre el tema en Brasil.

Sin embargo, después de intensas argumentaciones jurídicas y sociales sobre la unión homoafectiva, el poder judicial brasileño está profiriendo decisiones en el sentido de reconocer la unión de hecho homoafectiva.

La decisión que llevó a las manifestaciones a favor de este instituto fue emitida en 2011 por el Tribunal Supremo, un hito histórico y sin precedentes en la legislación brasileña. Sus ministros reconocieron por unanimidad la unión de hecho para parejas del mismo sexo al juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad⁹ n° 4.277 y la Imputación de Violación de Precepto Fundamental¹⁰ n° 132.

Desde entonces, a pesar de la perenne división de opinión sobre este tema, la mejor jurisprudencia se está pronunciando a favor de conceder la unión de hecho para las parejas homoafectivas, bajo pena de violación de los principios de igualdad, libertad y dignidad de la persona humana, pilares del Estado Democrático de Derecho en Brasil

Por otra parte, en 2013, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) aprobó una resolución que obliga a los notarios de todo Brasil a celebrar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Las uniones homoafectivas de hecho deben ser convertidos en matrimonio civil, aunque aún no exista disposición legal para eso. Sin embargo, esta resolución no ha vinculado todas las decisiones tomadas en las notarías ni las decisiones adoptadas desde entonces por el poder judicial, por lo que el tema todavía carece de apoyo legislativo para desenmarañarse y para la seguridad jurídica de la unión civil entre personas del mismo sexo.

Complementando, de manera manifiestamente retrógrada, la Comisión Especial que debate el estatuto de la Familia (PL 6583/2013) en la Cámara de Diputados, aprobó el 25 de septiembre de 2015, el texto principal del proyecto de ley, que define la familia como la unión entre hombre y mujer.

Este proyecto de ley está aún en curso y aguarda la deliberación de dos recursos de apelación presentados en la Cámara de Diputados. El primero con contenido contra la evaluación concluyente de la Ley No. 6583/2013, del Diputado Anderson Ferreira, que ha instituido el Estatuto de la Familia, y dispone sobre los derechos de las familias. Y el segundo, para solicitar que el proyecto de ley sea sometido a la Plenaria.

⁹ STF. ADIn 4277. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>.

¹⁰ STF. ADPF 132. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>.

LA UNIÓN CIVIL ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL CONTEXTO BRASILEÑO – UNIÓN DE HECHO HOMOAFECTIVA

La unión civil entre personas del mismo sexo en Brasil, reconocida en el instituto de la Unión de Hecho homoafectiva, como ya se mencionó, es una conquista reciente y aún no plenamente establecida en el panorama jurídico brasileño, dependiendo de legislación que determine parámetros seguros sobre el tema.

El no reconocimiento de las uniones del mismo sexo viola los principios fundamentales de igualdad establecidos en el caput del artículo 5 de la Constitución, la libertad reconocida en el artículo 5, II, de la misma ley, la dignidad de la persona humana contenida en el primer artículo de la Constitución y la seguridad jurídica también expuesta en el caput del artículo 5.

Cabe señalar que todos estos derechos están anunciados entre los principios y garantías fundamentales de la Constitución brasileña y, más que eso, encuentran-se diseminados de varias otras maneras por la Constitución, y además, por supuesto, son reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia como dinamos de nuestro sistema legal y judicial.

Los brasileños merecen una provisión básica del Estado - ver plasmado en la práctica, un derecho que la Constitución de la República ha considerado una garantía fundamental: la libertad.

Recientemente, la Corte Suprema reconoció unánimemente como válidas en juicio de una Imputación de Violación de Precepto Fundamental, las uniones homoafectivas.

La histórica decisión trae a Brasil, finalmente, igualdad de reconocimiento a las parejas del mismo sexo que tienen relación afectiva pública y duradera, otorgándoles los mismos derechos y deberes de las familias formadas por hombres y mujeres. En otras palabras, la decisión de la Corte Suprema de Justicia lleva a la realidad jurídica lo que sin duda ya se producía en la convivencia práctica: las parejas homoafectivas vienen a ser conocidas como entidad familiar.

Prescribe el artículo 1.723 de nuestro Diploma Civil "se reconoce como una entidad familiar la unión estable entre un hombre y una mujer, traducida en la convivencia pública, continua y duradera y establecida con el fin de fundar una familia."

Dicho dispositivo, a su vez, emana del párrafo 3º del artículo 226 de nuestra Constitución, que proclama, *in verbis*, que

"Para efectos de protección del Estado, es reconocida la unión de hecho entre el hombre y la mujer como entidad familiar, y la ley debe facilitar su conversión en matrimonio".

La reciente sentencia de Imputación de Violación de Precepto Fundamental 132 por el Tribunal Supremo, sin embargo, ha interpretado de manera extensiva dicha disposición constitucional, ya que el artículo expresamente menciona la unión entre hombres y mujeres.

El argumento principal, acertadamente acatado en el juicio, fue que la igualdad, la libertad y la prohibición de prejuicios son principios constitucionales preponderantes, los cuales no podrían ser apartados de la interpretación del párrafo 3 del artículo 226. En otras palabras, a pesar del artículo mencionar expresamente la unión de personas de sexos opuestos, la interpretación constitucional correcta, en línea con la realidad objetiva actual de nuestra sociedad, debería abarcar también las uniones homoafectivas como entidades familiares que merecen la protección del Estado. Esto porque, cualquier otra interpretación heriría otros principios constitucionales que, cuando pesados, poseen mayor grado de importancia: la garantía de igualdad, de libertad y de una sociedad libre de prejuicios.

Debemos destacar, además, que con la garantía de la extensión de las uniones de hecho a las uniones homoafectivas se abrió también la posibilidad de discutir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La “brecha para dicha interpretación se encuentra en el propio artículo constitucional que fue objeto de debate de interpretación por el Supremo: El trecho final del párrafo 3º del artículo 226 proclama que la ley debe facilitar la conversión de la unión de hecho en matrimonio.

Luego, si es posible hoy, legalmente, la unión de hecho entre personas del mismo sexo y la propia ley debe facilitar su conversión en matrimonio, por un silogismo simple, hay que entender la posibilidad actualmente, en Brasil, del matrimonio entre personas del mismo sexo. Y se puede ir más allá, con el fin de conceder a las parejas homoafectivas el derecho de adopción, alimentos y derechos patrimoniales de carácter general.

En verdad, se puede decir que esta única decisión de la Corte Suprema de Brasil modifica el Derecho de Familia de forma incisiva e irreprochable: finalmente el sistema jurídico brasileño comienza a caminar en línea con la realidad fáctica de la sociedad, deshaciéndose poco a poco de prejuicios profundamente arraigados que sólo retrasan el caminar no sólo de la propia sociedad, como del Derecho.

La decisión valientemente tomada por nuestra Corte Suprema entrega a la población brasileña, a través de la autorización legal para las uniones homoafectivas, la aplicación práctica de los principios constitucionales más básicos y más hermosos sin los cuales una democracia nunca podría sustentarse: la libertad y la igualdad, así como una sociedad, por lo menos jurídica, libre de prejuicios y de discriminación sexual.

COYUNTURA HISTÓRICA EN LAS AMÉRICAS

Desde los albores de la humanidad se verifica la existencia de uniones homosexuales en diferentes culturas.

En las Américas, las formas primitivas pioneras ocurrieron en las civilizaciones norteamericanas, en las que fueran documentadas uniones homosexuales, así designadas, entre personas que mostraban ambigüedad sexual, consideradas de un tercer sexo y llamadas "dos espíritu".

Desde entonces, nada más se ha consolidado legalmente en las Américas, hasta que Canadá, en julio de 2005, legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, seguido de varios estados de Estados Norteamericanos y de distritos mexicanos.

En América Latina, el país pionero en reconocer legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo fue la Argentina, en 2010, aunque desde antes ya era legal en la capital del país. Este tipo de unión también fue legalizada en Uruguay en 2013 y recientemente en Chile, que en abril de 2015 sancionó una ley que permite la unión civil entre parejas del mismo sexo.

El marco normativo establecido por estos países es un señal de la evolución que se ha desarrollado en el Derecho de América del Sur con el fin de reconocer las uniones civiles entre homosexuales como un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los que desean formar familia con personas del mismo sexo.

Siguiendo estos pasos, Brasil y Colombia ya están aceptando las uniones civiles entre personas del mismo sexo con base a decisiones del Poder Judicial, pero sin que se hayan promulgado leyes que amparen ese derecho.

UNIÓN CIVIL Y SOLIDÁRIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO COMPARADO EN LAS AMÉRICAS

En el momento de la evolución social en que nos encontramos, una de las ideologías de mayor impacto en el mundo occidental, desgraciadamente, sigue siendo la familia patriarcal, heredada de la cultura romana que no tiene en cuenta el principio que hoy llamamos de "afecto". En la actualidad, el mundo occidental gatea hacia la superación histórica del patriarcado, cambiando el concepto de núcleos familiares para que también se lleve en consideración estructuras encabezadas por figuras que no sean necesariamente un hombre y una mujer.

Los derechos de las parejas homosexuales de constituir familia comienzan a ser reconocidos cada vez en más países, con base en el afecto y el compromiso que asumen.

Este fenómeno está ganando una fuerte expresión en las Américas, como se observará, una vez que algunos países ya han promulgado leyes que garanten los derechos de las parejas homoafectivas, mientras que otros países están avanzando los debates sobre el tema.

En nuestro gran continente, el país pionero a promulgar una ley federal que autorizaba las uniones civiles entre personas del mismo sexo fue el Canadá. Este país protege el matrimonio entre personas del mismo sexo con base en el *Civil Marriage Act* de 2005. Antes que la ley entrara en vigor, la Corte Suprema de Canadá ya había pronunciado una serie de decisiones judiciales que daban a las uniones homoafectivas protección similar a la otorgada a las parejas heterosexuales, declarando incluso la inconstitucionalidad de una ley canadiense que excluía las parejas homosexuales del derecho de alimentos derivados de unión de hecho.

Por lo tanto, al ser consultada sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Suprema de Canadá no sólo declaró que el *Civil Marriage Act* no violaba las disposiciones constitucionales, como dijo que la medida confirmaba el principio de la igualdad.

En los Estados Unidos, donde los estados tienen autonomía legislativa, treinta y seis han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, la Corte Suprema debe todavía pronunciarse sobre el tema, respondiendo si la Constitución, que garantiza protección igual para todos, permite el matrimonio entre homosexuales a nivel nacional.

En México, la Corte Suprema declaró en 2010 la validez de la modificación en el Código Civil, que autorizaba el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México, a pesar de tener la oposición de la Iglesia Católica y del gobierno federal.

La capital mexicana es la única ciudad en el país que legalizó la unión de parejas homoafectivas.

Ya en América del Sur, la legalización de las uniones civiles entre personas del mismo sexo es una evolución cuyo primer paso fue dado por Argentina. Primeramente, la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya reconocía, desde 2002, la unión civil entre personas del mismo sexo.

La legislación de esa provincia considera unión civil aquella formada libremente por dos personas, independientemente de género u orientación sexual. Esta ley, promulgada por la presidenta Cristina Kirchner en 2010, garantiza a las parejas homoafectivas los mismos derechos y responsabilidades de las parejas heterosexuales, además de cambiar los términos "marido y mujer" en el Código Civil argentino por "contratista" o "cónyuges".

Esto abarca mucho más derechos que las uniones civiles, incluyendo la adopción, derechos de herencia y beneficios sociales y patrimoniales.

Es importante destacar que, antes de la votación de esa ley, nueve parejas homoafectivas habían obtenido permiso judicial para casarse por registro civil, algunos de los cuales fueron anulados por otros jueces. Esto demuestra que la idea del matrimonio entre personas del mismo sexo ha ido madurando con el tiempo, siendo examinada adecuadamente por el Poder Legislativo nacional a fin de prestar apoyo a las miles de situaciones que antes no tenían amparo de la ley.

Siguiendo esta fuerte y necesaria tendencia, Uruguay ha promulgado la “Ley de Matrimonio Igualitario”, firmada en 2013 por el presidente José Mujica.

Esta ley establece que el matrimonio civil es una unión permanente de dos personas de diferente o del mismo sexo. Dicha legislación reformó la ley anterior de 1885 y sustituyó las palabras "marido" y "mujer" por "cónyuge" o "contratista", haciendo irrelevante la cuestión de sexo para varios dilemas legales que enfrentan las parejas, como el orden de los apellidos, beneficios sociales, cuestiones tributarias, herencia y adopción. La nueva ley, como en el caso de Argentina, no se presentó de forma aislada, una vez que la ley vigente en el momento permitía que las parejas homosexuales legalizaran su unión, pero sin estatus matrimonial. Del mismo modo, el país fue legalizando en años anteriores, leyes relativas a la unión civil de homosexuales, a la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, al cambio de nombre y género en la cedula de identidad y la entrada de homosexuales en las Fuerzas Armadas.

Recientemente, Chile fue el tercer país latinoamericano a promulgar una ley que garantiza la unión civil entre personas del mismo sexo, considerando la pareja homoafectiva como una familia. Por lo tanto, las parejas homoafectivas, así como las heteroafectivas, podrán optar por el Acuerdo de Unión Civil a partir de octubre de 2015, cuando se hará cumplir la ley aprobada por la Presidenta Michelle Bachelet. Dicha ley crea el estado civil de cohabitación legal, estableciendo un nuevo régimen patrimonial para las parejas que elijan esta unión, sin importar si son o no del mismo sexo. El objetivo es proporcionar protección patrimonial y de derechos civiles para los contratistas y regular los efectos de su vida afectiva en común, de manera estable y permanente.

Los derechos de herencia, planes de salud conjuntos y beneficios de pensión están entre las garantías de la nueva ley.

La unión legalizada, sin embargo, no tiene el mismo estatus que un matrimonio y el país no permite la adopción por parejas homosexuales.

Resta a los demás países latinoamericanos seguir este loable reconocimiento legislativo de Argentina, Uruguay y Chile.

En Colombia, hoy en día, las parejas homosexuales pueden registrar sus uniones en las notarías y, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pueden heredar bienes, pensiones y registrar el compañero en el sistema de salud, pero el acto no es reconocido como matrimonio y la adopción de niños por parte de parejas homoafectivas también es prohibida.

En Perú, hemos visto intensos debates sobre la unión civil entre personas del mismo sexo. En este país, sin embargo, existe una peculiaridad jurídica interesante, la de diferenciar la unión solidaria de la unión civil. La Comisión de Justicia del Congreso de la República está debatiendo el Proyecto de Ley de la Unión Civil y el Proyecto de Ley la Unión Solidaria. Ambos representan un marco de protección para las personas del mismo sexo, pero hay aspectos específicos que los diferencian. La unión civil permite a un extranjero adquirir la nacionalidad peruana de su compañero, mientras que la unión solidaria no permite el mismo beneficio. Por la unión solidaria, también no es permitido que el compañero tome decisiones médicas que no sean de emergencias, ni tampoco es posible que se establezca una pensión o compensación al final de la unión.

La tendencia es que la unión solidaria no privilegia la visibilidad de la pareja ni los vínculos familiares, ya que este modo de unión no reconoce el vínculo familiar entre las personas que integran la pareja, a diferencia de la unión civil, en la que se puede reconocer familias.

Estas diferencias aparecen como puntos clave en el debate peruano, dado que, dependiendo del tipo de enlace, se puede aplicar o no otras leyes, como la de protección contra la violencia familiar y cualquier otra política que defienda la entidad familiar. Con estas distinciones latentes, la mayoría de los juristas y otros críticos peruanos se inclinan a favor de la aprobación de la unión civil, teniendo en cuenta que parece ser más eficaz para garantizar la unión homoafectiva y todos los derechos derivados de este vínculo.

CONCLUSIÓN

Después de analizar la forma de tratar la unión homoafectiva en varios países de nuestro continente, vemos que son inequívocos los avances obtenidos recientemente sobre la unión civil entre personas del mismo sexo.

En este sentido, a pesar de representaren a más de seis millones de personas en nuestro país, las parejas homoafectivas buscan en la justicia la aprobación de su unión. Sin embargo, tales demandas no siempre se concluyen con el mismo resultado, lo que demuestra que, por falta de base jurídica clara y apoyo legal, los jueces juzgan los casos de

acuerdo a sus propias visiones del mundo, sean conservadoras o progresistas, dejando la legítima voluntad de las parejas homoafectivas relegada a su propia suerte.

En este contexto, se observa que la falta de disposición legal sobre este tema hace cada vez más importante la actuación del operador de Derecho, que debe entender las uniones civiles homoafectivas como parte del entorno social que carece de soluciones inmediatas. De este modo, sería posible resolver las cuestiones sobre la creación de protecciones legales a las parejas del mismo sexo con el fin de promover la igualdad.

Sin embargo, mientras la sociedad avanza positivamente, la Cámara de Diputados - tomada por una banca religiosa radical - prefiere tapar los ojos para la verdad y para una parte de la población que ve la Constitución alejadas de su realidad, para los cuales los principios y las garantías constitucionales de igualdad y libertad no se aplican.

De hecho, el artículo 5 de la Constitución "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo", es muy hermoso en el papel y en teoría pero en la práctica no agrada a todos.

Hasta que eso no cambie, la ley brasileña permanecerá "congelada en el tiempo", deseando lograr avances legislativos que no ocurren debido a pensamientos e ideologías obsoletas, que nos mantienen atados al pasado y a prejuicios que han sido, o al menos deberían estar, superados.

(*) Paulo Lins e Silva

Abogado especializado en Derecho de familia y Sucesión durante más de 47 años.

Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasil en 1966.

Postgrado por el "Institut d'Études Européens de l'Université Libre de Bruxelles" (1970) y por el "Institut International de Droit Comparé" (Luxemburgo - 1975). Máster en Derecho Privado por la Universidad de Brasil.

Profesor de Derecho Civil (Familia y Sucesiones), durante 27 años (Universidad Cândido Mendes (1972-1999).

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica – PUC-RJ (3 años) (1973-1976).

Presidente Honor de la "Union Internationale des Avocats" (UIA) gestión de 2006-2007 – Institución fundada en 1927, con sede administrativa en París, considerada la Orden Mundial de Abogados.

Presidente de Honor de la Federación Interamericana de Abogados (FLA) – gestión de 1998/99 (Washington D.C.) (equivalente a la Orden Y Colegio de Abogados del Continente Americano y el Caribe).

Director de Relaciones Internacionales del IBDFAM - Instituto Brasileño de Derecho de Familia.

Vice-Presidente de la "Academia Euroamericana de Derecho de Familia" (Argentina).

Asesor de Relaciones Internacionales del Presidente de la Ordem dos Advogados do Brasil, desde 1987 hasta 2007 y del 2013 al presente.

Miembro de la Academia Internacional de Abogados Matrimoniales (IAML - Londres) y de la Sociedad Internacional de Derecho de Familia (ISFL - Londres).

Presidente de la Sección de Derecho de Familia de la "Union Internationale des Avocats" (1988 – 1994).

Vicepresidente del Comité de Derecho de Familia de la Internacional Bar Association (IBA - Londres) desde 1987 hasta 1990.

Colaborador y columnista de familia por más de 30 años del periódico O GLOBO, y de las revistas Pais e Filhos, Isto É y Veja. Coautor del libro "Derecho de Familia en el Nuevo Código Civil"- Editora Del Rey - IBDFAM. Autor de la obra, "La historia y la ética del abogado de la familia" - Editora Síntesis IBDFAM. Ponente en Derecho de Familia en conferencias y congresos de Instituciones Nacionales e internacionales, Ordenes y Colegios de Abogados, en aproximadamente 25 países. Algunas obras publicadas: "LA ADOPCION Y EL HAMBRE"; "LAS FAMILIAS DE HECHO Y LOS ALIMENTOS"; "ASPECTOS LEGALES EN INSEMINACIONES ARTIFICIALES"; "EL JURISTERAPEUTA"; "PROTECCIÓN DE LOS ANCIANOS Y MENORES"; "EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO DE ADHESIÓN "; "CRÍTICA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL".