

La familia homoafectiva

Por

Maria Berenice Dias

SUMARIO: 1. El derecho a la igualdad. 2. El derecho humano a la sexualidad. 3. El derecho a una familia. 4. El derecho a la homoafectividad. 5. Las uniones homoafectivas. 6. La homoafectividad en la justicia. 7. La homoparentalidad.

1. El derecho a la igualdad

La igualdad es deseada por todos y en todos los tiempos. Está proclamada en las Declaraciones de Derechos Humanos en el mundo occidental. En Brasil, es consagrada en el umbral del ordenamiento jurídico por la Constitución Federal, que asegura, en su preámbulo, el *ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desenvolvimiento, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios (...)*.

Erigido el respeto a la dignidad de la persona humana como canon funda-

mental de un Estado Democrático de Derecho¹, es la igualdad el principio más reiteradamente invocado en nuestra Carta Magna. De modo expreso², es otorgada específica protección a todos, vedando discriminación y prejuicios por motivo de origen, raza, sexo o edad. Asimismo, al listar los derechos y garantías fundamentales, es la igualdad la primera referencia de la Constitución Federal. El art. 5° empieza diciendo: *Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza (...)*. Ese verdadero dogma es repetido en su primer inciso³, al prohibir cualquier desigualdad en razón de sexo.

Sin embargo, de un hecho no se puede escapar: aunque buscada de manera incansable, la igualdad no existe. La "Ley Mayor" garantiza iguales derechos a todos ante la ley, decir que los hombres y las mujeres son iguales, que no se admiten prejuicios o cualquier forma de discriminación.

¹ Inc. III do art. 1° da Constituição Federal.

² CF, art. 3°, inc. IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ CF, art. 5°, inc. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Mientras haya tratamiento desigual en razón de género y la homosexualidad sea vista como crimen, castigo o pecado, no se estará viviendo en un Estado que respeta la dignidad humana, teniendo la igualdad y la libertad como principios fundamentales.

Aunque ha existido una acentuada evolución de la sociedad, la igualdad formal todavía no se ha tornado igualdad material, real. Las normas constitucionales que consagran el derecho a la igualdad prohíben discriminar la conducta afectiva en lo que respeta a la inclinación sexual. De hecho, la discriminación de un ser humano en virtud de su orientación sexual constituye, precisamente, una hipótesis (constitucionalmente vedada) de discriminación sexual⁴. Rechazar la existencia de uniones homosexuales es violar el principio contenido en el inc. IV del art. 3º de la Constitución Federal, según el cual es deber del Estado promover el bien de todos, vedada cualquier discriminación, no importando de que orden o tipo sea.

2. El derecho humano a la sexualidad

La sexualidad integra la propia condición humana. Nadie puede realizarse como ser humano, si no tiene asegurado el respeto al ejercicio de la sexualidad, concepto que comprende tanto

la libertad sexual como la libertad de la libre orientación sexual.

Al visualizarse los derechos de forma desplegada en generaciones, se evidencia que la sexualidad es un derecho del primer grupo, puesto que comprende el derecho a la libertad sexual, aliado al derecho de tratamiento igualitario e independiente de la tendencia sexual. Se trata, así, de una libertad individual, un derecho del individuo, siendo, como todos los derechos de primera generación, inalienables e imprescriptibles. Es un derecho natural, que acompaña al ser humano desde su nacimiento, pues resulta de su propia naturaleza, del mismo modo que la libertad y la igualdad.

Por otro lado, no se puede dejar de considerar la libre orientación sexual como un derecho de segunda generación, dando origen a una categoría social merecedora de protección diferenciada. La hiposuficiencia no puede ser identificada solo por el bien económico. Deben ser reconocidos todos los segmentos objeto del prejuicio o discriminación social. La hiposuficiencia social lleva, por condicionamiento, a la deficiencia de institución de normas jurídicas, dejando al margen o a la mengua del Derecho ciertos grupos sociales. Como la homosexualidad es presupuesto y causa de un tratamiento especial dispensado por el Derecho, no se puede dejar de reconocer como

⁴ Rios, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, dez. 1998, n° 6, p. 29.

jurídicamente hiposuficiente esa categoría por ser socialmente y, por reflejo, prejuiciosa y marginada.

Del mismo modo, el derecho a la sexualidad avanza para ser entendido como un derecho de tercera generación. Este comprende los derechos resultantes de la naturaleza humana, pero no de forma individual, sino genéricamente, solidariamente, a fin de comprender a toda la humanidad, de manera integral, abarcando todos los aspectos necesarios a la preservación de la dignidad humana. Resulta imperioso ver el derecho de todo ser humano de exigir el respeto al libre ejercicio de la sexualidad. Es un derecho de todos y de cada uno, a la vez que debe ser garantizado a cada individuo por todos los individuos. Por tanto, es un derecho de solidaridad, cuya exclusión no permite que la condición humana se realice, sea integral.

La sexualidad es un elemento de la propia naturaleza humana, sea individual o genéricamente considerada. Sin libertad sexual, sin el derecho al libre ejercicio de la sexualidad, el propio género humano no se realiza, asimismo ocurre cuando le falta cualquier otra de las llamadas libertades o derechos fundamentales.

3. El derecho a una familia

En el ámbito de las relaciones familiares es donde más se evidencia la tendencia a inmovilizar los vínculos afectivos según los valores culturales dominantes en cada período. Por influencia de la religión, el Estado limitó

el ejercicio de la sexualidad al matrimonio, como una institución inicialmente indisoluble, que regula no solo secuelas de orden patrimonial, sino la propia postura de los cónyuges, imponiéndoles deberes y asegurando derechos de naturaleza personal. El vínculo que nace por voluntad de los novios se mantiene tras la solemnidad del matrimonio, incluso contra la voluntad de los cónyuges. Aun con el advenimiento de la Ley del Divorcio, la separación y el divorcio son deferidos solamente después del transcurso de determinado plazo o mediante la identificación de un culpable. Aquel que no tiene motivo para atribuir al otro la culpa por el fin del matrimonio no puede tomar la iniciativa del proceso de separación, lo que pone en evidencia la intención del legislador de punir a aquel que simplemente no quiso mantener el matrimonio.

La familia consagrada por la ley tenía un modelo conservador, era una entidad matrimonial, patriarcal, de preservación del patrimonio, indisoluble, jerarquizada y heterosexual. Por las reglas del Código Civil de 1916, las relaciones que huyeran del modelo legal, además de no adquirir visibilidad, estarían sujetas a severas sanciones. Rotulados de marginales, los vínculos afectivos extramatrimoniales nunca fueron reconocidos como familia. Primero se procuró identificarlos con una relación de naturaleza laboral, y solo se veía labor donde había amor. Después, la jurisprudencia pasó a permitir la partición del patrimonio, considerando una sociedad de hecho

lo que nada más era una sociedad de afecto.

Aun cuando la Constitución Federal albergó en el concepto de entidad familiar a lo que llamó de unión estable, se resistieron los jueces a insertar el instituto en el ámbito del Derecho de las Familias, manteniéndolo en el campo del Derecho de las Obligaciones, a pesar de la protesta de la doctrina.

La dificultad en identificar las relaciones extramatrimoniales como verdaderas familias revelaba la sacralización del concepto de familia. Aunque no existiera cualquier diferencia estructural con las relaciones oficializadas, la negativa sistemática de extender a estas nuevas uniones las normas del Derecho de Familia, ni siquiera por analogía, mostraba el intento de preservación de la institución de la familia dentro de los patrones convencionales.

El Derecho de las Familias, al recibir el influjo del Derecho Constitucional, fue blanco de una profunda transformación. El principio de la igualdad ocasionó una verdadera revolución al prohibir las discriminaciones que existían en el campo de las relaciones familiares. En un solo *dispositivo* el constituyente golpeó siglos de *hipocresía* y *prejuicio*⁵. Además de extender el concepto de familia más allá

del matrimonio, fue derogada toda la legislación que jerarquizaba hombres y mujeres, incluso la que establecía diferenciaciones entre los hijos por el vínculo existente entre los padres.

La Constitución Federal al otorgar la protección a la familia, independientemente de la celebración del matrimonio, estableció un nuevo concepto, el de entidad familiar, albergando otros vínculos afectivos. Basta reconocer que meramente sirve de ejemplo el enunciado constitucional al hacer referencia expresa a la unión estable entre un hombre y una mujer y a las relaciones de uno de los ascendientes con su prole. Según Paulo Luiz Lôbo, *el texto del art. 226 es, consecuentemente, cláusula general de inclusión, no siendo admisible excluir cualquier entidad que llene los requisitos de afectividad, estabilidad y ostensividad*⁶.

Se pluralizó el concepto de familia, esta ya no se identifica por la celebración del matrimonio. Así, no hay como afirmar que el § 3° del art. 226 de la Constitución Federal, al mencionar la unión estable formada entre un hombre y una mujer, reconoció solo esta convivencia como digna de la protección del Estado. Lo que hay es simple recomendación en transformar la en matrimonio. No está escrito que no hay entidades familiares formadas por personas del mismo sexo. Exigir la

⁵ Veloso, Zeno, *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22/5/1999.

⁶ Lôbo, Paulo e Netto, Luiz, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias. Família e cidadania, o novo CCB e a *vacatio legis*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

diferenciación de sexos de la pareja para merecer la protección del Estado es hacer *distinción odiosa*⁷, postura nítidamente discriminatoria que contraría el principio de la igualdad ignorando la prohibición de diferenciar personas en razón de su sexo.

Impedir posturas discriminatorias no tiene exclusivamente tono constitucional. Está puesto en la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto de San José, de los cuales Brasil es signatario. Como preceptúan los § 2° y 3° del art. 5° de la Constitución Federal, tienen recepción en nuestro ordenamiento jurídico los tratados y convenciones internacionales objeto de referendo, siendo equivalentes a las enmiendas constitucionales. Delante de dichas normativas, la ONU ha entendido como ilegítima cualquier interferencia en la vida privada de homosexuales adultos, sea con base en el principio del respeto a la dignidad humana, sea por el principio de la igualdad⁸.

4. El derecho a la homoafectividad

Al afirmar la Constitución la existencia de un Estado Democrático de Derecho

consagra como núcleo del sistema jurídico el respeto a la dignidad humana. Ese valor implica dotar los principios de la igualdad y de la isonomía de potencialidad transformadora en la configuración de todas las relaciones jurídicas. *La dignidad humana es la versión axiológica de la naturaleza humana*⁹. La prohibición de la discriminación sexual, elegida como canon fundamental, veda la discriminación de la homosexualidad, puesto que está de acuerdo con la conducta afectiva de la persona y el derecho a la libre orientación sexual.

Sin embargo, la sociedad que se proclama defensora de la igualdad es la misma que todavía mantiene una posición discriminatoria en las cuestiones de la sexualidad. Es evidente el rechazo social a la libre orientación sexual. La homosexualidad existe y siempre ha existido, pero es marcada por un estigma social, es renegada a la marginalidad por alejarse de los patrones de comportamiento convencional. *Por ser un hecho distinto de los estereotipos, lo que no se encaja en los patrones, es visto como inmoral o amoral, sin buscarse la identificación de sus orígenes orgánicos, sociales o de comportamientos*¹⁰.

⁷ Suannes, Adauto, *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*, COAD, Ed. Especial, out/nov. 1999, p. 32.

⁸ Rios, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, dez. 1998, n° 6, p. 35.

⁹ Barros, Sérgio Resende de, *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 418.

¹⁰ Dias, Maria Berenice. *União Homossexual: o Preconceito e a Justiça*, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

Por causa del propio prejuicio, se intenta excluir la homosexualidad del mundo del Derecho. Pero, a la intolerancia social se debe contraponer la salubridad de los conceptos jurídicos. Resulta imperativa su inclusión en la lista de los derechos humanos fundamentales, como expresión de un derecho subjetivo que se inserta en todas sus categorías, puesto que a la vez es derecho individual, social y difuso.

El derecho a la homoafectividad¹¹, además de estar amparado por el principio fundamental de la isonomía, cuyo corolario es la prohibición de discriminaciones injustas, también se alberga bajo el techo de la libertad de expresión. Como garantía del ejercicio de la libertad individual, puede ser incluida entre los derechos de personalidad, principalmente respecto de la identidad personal y la integridad física y psíquica. Se puede añadir a eso que la seguridad de la inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada es la *base jurídica para la construcción del derecho a la orientación sexual, como derecho personalísimo, atributo inherente e innegable de la persona humana*¹².

Cualquier discriminación basada en la orientación sexual del individuo configura clara falta de respeto a la dignidad humana, e infringe el principio mayor impuesto por la Constitución

Federal. Infundados prejuicios no pueden legitimar restricciones a derechos, lo que fortalece estigmas sociales que terminan por causar sentimientos de rechazo y sufrimientos.

La identificación de la orientación sexual está condicionada a la identificación del sexo de la persona electa en relación con quien elige, y esa elección no puede ser motivo de tratamiento diferenciado. Si todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, ahí está incluida, por supuesto, la orientación sexual que tiene cada uno.

Las normas legales necesitan adecuarse a los principios y garantías que identifican el modelo consagrado por la Carta Política que retrata la voluntad general del pueblo. El núcleo del sistema jurídico, que sostiene la propia razón de ser del Estado, debe garantizar mucho más libertades que promover invasiones ilegítimas en la esfera personal del ciudadano.

5. Las uniones homoafectivas

La dimensión metajurídica de respeto a la dignidad humana impone que se protejan por la Constitución Federal las relaciones afectivas independientemente de la identificación del sexo de la pareja: si formados por hombres y mujeres o solo por mujeres o solo por

¹¹ Expressão por mim cunhada pela autora na obra intitulada União Homossexual: o preconceito e a Justiça, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹² Fachin, Luiz Edson, *Elementos Críticos do Direito das Famílias*: Curso de Direito Civil, Rio De Janeiro: Renovar, 1999, p. 95.

hombres. La orientación sexual integra la esfera de privacidad y no admite restricciones, lo que configura una afrenta a la libertad fundamental, a la que tiene derecho todo ser humano, respecto de su condición de vida. Aunque, casi que de forma intuitiva, se conceptúe la familia como una relación interpersonal entre un hombre y una mujer teniendo como base el afecto, es necesario reconocer que hay relaciones que, aun sin la diversidad de sexos, son marcadas también por un lazo de afectividad.

Prejuicios de orden moral o ético no pueden llevar a la omisión del Estado. Tampoco la ausencia de leyes o el miedo del juzgador sirven de justificación para negar derechos a los vínculos afectivos que no presenten la diferencia de sexo como presupuesto. Es absolutamente discriminatorio alejar la posibilidad de reconocimiento de uniones estables homosexuales. Son relaciones que surgen de un vínculo afectivo, generando el enlazamiento de vidas con desdoblamiento de carácter personal y patrimonial, que reclaman un reglamento legal.

Reconocer como jurídicamente imposibles acciones que tengan como fundamento uniones homosexuales es condenar situaciones existentes a la invisibilidad, es proporcionar la consagración de injusticias y el enriquecimiento sin causa. Nada justifica, por ejemplo, deferir una herencia a parientes distantes en perjuicio de aquel que dedicó su vida a otro, participando de la formación del acervo patrimonial. No cabe al juez juzgar las opciones de vida de

las partes, pues debe restringirse a las cuestiones que se le presentan, centrándose exclusivamente en la averiguación de los hechos para encontrar una solución que no se distancie de un resultado justo.

Es inoportuno establecer como presupuesto la distinción de sexos para la identificación de la unión estable. Dicho requisito, arbitrario y aleatorio, es una exigencia nítidamente discriminatoria. El propio legislador constituyente reconoció como entidad familiar, merecedora de la protección del Estado, también a la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes. Ante esa apertura conceptual, ni el matrimonio ni la diferenciación de sexos o la capacidad de procrear sirven de elemento identificador de la familia. En consecuencia, no hay que ver solamente como entidad familiar a la unión estable entre personas de sexos opuestos.

Hoy día ya no se diferencia la familia por la ocurrencia del matrimonio. Tampoco la existencia de prole es esencial para que la convivencia merezca reconocimiento y protección constitucional, pues la falta de hijos no indica que ella no exista. Si prole o capacidad de procrear no son esenciales para que la convivencia de dos personas merezca la protección legal, no se justifica dejar de abrigar, bajo el concepto de familia, las relaciones homoafectivas. Excepcionar donde la ley no distingue es una forma perversa de excluir derechos.

Cuando dos personas ligadas por un vínculo afectivo pasan a mantener una

relación duradera, pública y continua, como si casadas fueran, formando un núcleo familiar a la semejanza del matrimonio, independientemente del sexo al que pertenecen, no se puede dejar de identificar ambas situaciones como generadoras de efectos jurídicos. En vista del silencio del constituyente y de la omisión del legislador, debe el juez cumplir el mandato legal y atender a la determinación constante del art. 4° de la Ley de Introducción al Código Civil. En la laguna de la ley, o sea en la falta de normas, hay que valerse de la analogía, costumbres y principios generales de Derecho. Nada diferencia las uniones hetero y homosexuales a modo de impedir que ambas sean definidas como familia. Mientras no haya un reglamento legal específico, es imperativa la aplicación analógica de las reglas jurídicas que regulan las relaciones que tienen el afecto como causa, o sea el matrimonio y las uniones estables.

La aversión de la doctrina dominante y de la jurisprudencia mayoritaria a socorrerse de las leyes que rigen la unión estable o el matrimonio ha llevado sencillamente el reconocimiento de una sociedad de hecho. Bajo el fundamento de evitarse el enriquecimiento injustificado, se invoca el Derecho de las Obligaciones, lo que acaba disminuyendo la posibilidad de la concesión de un abanico de derechos que solo existen en la esfera del Derecho de las Familias.

El ejercicio de la sexualidad, la práctica de la conjunción carnal o la identidad sexual no es lo que distingue los vínculos afectivos. La identidad o diversidad de sexo de la pareja genera diversos tipos de relaciones. Así, mejor es hablar de relaciones homoafectivas o heteroafectivas que de relaciones homosexuales o heterosexuales. No importa la identificación del sexo de la pareja, si es igual o diferente, para prestar efectos jurídicos a los vínculos afectivos, en el ámbito del Derecho de las Familias. Atendidos los requisitos legales para la configuración de la unión estable, se hace necesario conferir derechos e imponer obligaciones mutuas, independientemente de la identidad o diversidad de sexo de los convivientes. Presentes los requisitos legales, vida en común, cohabitación, lazos afectivos, división de gastos, no se puede dejar de conceder a las uniones homoafectivas o incluso derechos deferidos a las relaciones heterosexuales que tengan idénticas características.

El tratamiento diferenciado a situaciones análogas acaba por generar profundas injusticias. Como bien advierte Rodrigo da Cunha Pereira, a *nombre de una moral sexual dicha civilizada, mucha injusticia ha sido cometida. El Derecho, como instrumento ideológico y de poder, en nombre de la moral y de las buenas costumbres, ya ha excluido a muchos del lazo social*¹³.

Es totalmente improcedente continuar mirando la sexualidad con prejuicios,

¹³ Pereira, Rodrigo da Cunha Pereira, *A Sexualidade Vista pelas Tribunais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 281.

o sea, "pre-juicios", con conceptos fijados por el conservadorismo del pasado. Las relaciones sociales son dinámicas, no pactan con prejuicios que todavía se encuentran encharcados de la ideología machista y discriminatoria, propia de un tiempo ya totalmente ultrapasado por la historia de la sociedad humana. Es necesario pensar con conceptos jurídicos actuales, que estén a la altura de nuestro tiempo.

La homosexualidad es un hecho que se impone y no puede ser negado, merece la tutela jurídica, ser enlazado en el concepto de entidad familiar. Para eso, es necesario cambiar valores, abrir espacios para nuevas discusiones, revolver principios, dogmas y prejuicios.

El estigma del prejuicio no puede propiciar que un hecho social no se sujete a efectos jurídicos. No se puede imponer el mismo sendero recorrido por la doctrina y por la jurisprudencia en las relaciones entre un hombre y una mujer fuera del matrimonio, que llevó 60 años hasta el alargamiento del concepto de familia por medio de la constitucionalización de la unión estable. Si dos personas pasan a tener vida en común, cumpliendo los deberes de asistencia mutua, en una verdadera convivencia estable caracterizada por el amor y respeto mutuo, con el objetivo de construir un hogar, es incuestionable que tal vínculo, independientemente del sexo de sus participantes,

genere derechos y obligaciones que no pueden quedar al margen de la ley. No será ignorando la realidad, dejándola al margen de la sociedad y fuera del Derecho, que desaparecerá la homosexualidad. Es necesario visualizar la posibilidad del reconocimiento de una unión estable entre personas del mismo sexo.

Más que una sociedad de hecho, se trata de una sociedad de afecto, el mismo lazo que conecta a las parejas heterosexuales. Como bien cuestiona Paulo Luiz Lobo: *Al fin y al cabo, ¿qué "sociedad de hecho" mercantil o civil es esa que se constituye y se mantiene por razones de afectividad, sin interés de lucro*¹⁴?

Mientras la ley no acompaña la evolución de los usos y costumbres, los cambios de mentalidad, la evolución del concepto de moralidad, nadie puede -tampoco los que aplican el Derecho- cerrar los ojos, asumiendo una postura prejuiciosa o discriminatoria, confundiendo las cuestiones jurídicas con cuestiones morales y religiosas.

A ningún tipo de vínculo que tenga por base el afecto se puede dejar de conferir estatus de familia, merecedora de la protección del Estado, puesto que la Constitución Federal (art. 1º, III) consagra -en norma pétreca- el respeto a la dignidad de la persona humana¹⁵.

¹⁴ Lôbo, Paulo Luiz Netto, *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito das Famílias, Família e cidadania, o novo CCB e a *vacatio legis*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100.

¹⁵ Dias, Maria Berenice, *Manual do Direito das Famílias*, 45.

6. La homoafectividad y la justicia

Garantizar la justicia es el deber mayor del Estado, con el compromiso de asegurar el respeto a la dignidad de la persona humana, dogma que se asienta en los principios de libertad y de igualdad.

El hecho de que no haya previsión legal para la situación específica no significa inexistencia de derecho a la tutela jurídica. Ausencia de ley no quiere decir ausencia de derecho, tampoco impide que se extraigan efectos jurídicos de determinada situación relativa al hecho. La falta de previsión específica en los reglamentos legislativos no puede servir de justificación para negar la prestación jurisdiccional o de motivo para dejar de reconocer la existencia de derecho merecedor de la tutela jurídica. El silencio del legislador debe ser suplido por el juez, que crea la ley para el caso que se presenta a juzgamiento. Clara la determinación del art. 4° de la Ley de Introducción al Código Civil. En caso de omisión legal, debe el juez socorrerse de la analogía, costumbres y principios generales del Derecho.

El movimiento libertario que transformó la sociedad y cambió el concepto de familia también prestó visibilidad a las relaciones homosexuales, aunque el prejuicio haga que esas relaciones reciban el repudio de segmentos conservadores. Pero la homosexualidad existe, siempre existió, y en nada se diferencian los vínculos heterosexuales y

los homosexuales que tengan el afecto como elemento estructurante.

El legislador se intimida a la hora de asegurar derechos a las minorías que sufren la exclusión social. La omisión de la ley dificulta el reconocimiento de derechos, sobre todo frente a situaciones que se alejan de determinados patrones convencionales, lo que hace crecer la responsabilidad del juez. Sin embargo, prejuicios y posiciones personales no deben hacer de la sentencia medio de punir comportamientos que se alejan de los patrones aceptados como normales. Igualmente no puede ser invocado el silencio de la ley para negar derechos a aquel que eligió vivir fuera del patrón impuesto por la moral conservadora, pero sin agredir el orden social, y merece la tutela jurídica.

Las uniones de personas con la misma identidad sexual, aunque sin ley, fueron a los tribunales para reivindicar derechos. Una vez más la Justicia fue llamada a ejercer la función creadora del derecho. El camino que les fue impuesto ya es conocido. Las uniones homosexuales tuvieron que transitar el mismo *iter* impuesto a las uniones extramatrimoniales. En vista de la resistencia en ver la afectividad en las relaciones homosexuales, fueron relegadas a campo obligatorio, y rotuladas de sociedades de hecho, dando oportunidad a mera partición de los bienes ahorrados durante el período de convivencia, mediante prueba de la efectiva participación en su adquisición¹⁶.

¹⁶ Dias, Maria Berenice, Homoafetividade: o que diz a Justiça, p. 17.

El recelo de comprometer el sacralizado concepto de matrimonio, limitado a la idea de procreación y, por consecuencia, a la heterosexualidad de la pareja, no permitía que se insertaran las uniones homoafectivas en el ámbito del Derecho de las Familias. Había dificultad en reconocer que la convivencia está centrada en el vínculo de afecto, lo que impedía hacer la analogía de esas uniones con el instituto de la unión estable, que tiene las mismas características y la misma finalidad que la familia. Alejada la identidad familiar, nada más era concedido además de una pretensa repartición del patrimonio común. Alimentos, pretensión sucesoria, eran rechazados bajo la alegación de imposibilidad jurídica del pedido.

Las uniones homosexuales, una vez reconocida su existencia, eran relegadas al Derecho de las Obligaciones. Eran nombradas sociedades de hecho y se limitaba la Justicia a conferirles secuelas de orden patrimonial. Si lograra uno de los socios probar su efectiva participación en la adquisición de los bienes ahorrados durante el período de convivencia, era determinada la partición del patrimonio, operándose verdadera división de lucros. Reconocidas como relaciones de carácter comercial, las controversias eran juzgadas por los juzgados civiles patrimoniales. Los recursos igualmente eran distribuidos a las cámaras civiles

que tenían competencia para juzgar temas civiles no especificados.

El cambio empezó por la Justicia gaucha, que, al definir la competencia de los juzgados especializados en familia para apreciar las uniones homoafectivas, las insertó en el ámbito del Derecho de las Familias y las reconoció como entidades familiares. Cabe recordar que el Poder Judicial de Río Grande del Sur tiene una estructura diferenciada. La división de competencia por asuntos existe también en el segundo grado de jurisdicción entre los órganos colegiados del Tribunal de Justicia. Esa peculiaridad pone en evidencia el enorme significado del desplazamiento de las acciones sobre uniones de personas del mismo sexo de los juzgados civiles patrimoniales para los juzgados de familia. La definición de la competencia de los juzgados de familia para el juzgamiento de las acciones que comprendían las uniones homosexuales provocó el envío de todas las demandas que tramitaban en los juzgados civiles patrimoniales a la jurisdicción de familia. Además, los recursos migraron a las cámaras que tienen competencia para apreciar tal materia. Ese, seguramente, fue el primer gran marco que propició el cambio de orientación de la jurisprudencia río-grandense¹⁷.

Propuesta la acción trayendo como fundamento jurídico las normas de

¹⁷ Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, Al n° 599 075 496, Octava Cámara Cível, Relator: Des. Breno Moreira Mussi, Fecha del juzgamiento: 17/6/1999, *Resumen*: "Relaciones homosexuales. Competencia para juzgamiento de separación de sociedad de hecho de las parejas formadas por personas del mismo sexo". Tratándose de situaciones que envuelvan relaciones de afecto, se muestra competente para el juzgamiento de la causa uno de los tribunales de familia, a semejanza de las separaciones ocurridas entre parejas heterosexuales. Agravo provisto.

Derecho de las Familias, la tendencia era la negación de la petición inicial. Decantada la imposibilidad jurídica del pedido, era decretada la carencia de acción. El proceso era extinto en su origen, por ser considerado imposible el pedido del autor. Esta fue la decisión proferida en acción de petición de herencia que traía como fundamento la legislación que reglamentó el § 6° del art. 226 de la Constitución Federal garantizando derechos sucesorios a las uniones estables. Era buscada la aplicación de la Ley N° 8.971/94, invocando los principios constitucionales que vedan la discriminación entre los sexos. El recurso¹⁸ fue acogido por unanimidad de votos, revocando la sentencia. Reconociendo que la demanda describía la existencia de un vínculo familiar, fue afirmada la posibilidad jurídica del pedido y determinado proseguir con la acción,

para que las partes trajeran las pruebas de sus alegaciones.

Esta decisión, de forma clara, señala el camino para la inserción, en el ámbito del Derecho de las Familias, de las uniones homoafectivas como entidad familiar, invocando la prohibición constitucional de discriminación en razón del sexo.

La primera decisión de la Justicia brasileña que definió herencia a la pareja del mismo sexo también es de la justicia de Río Grande del Sur¹⁹. El cambio de rumbo fue de enorme repercusión, puesto que quitó el vínculo afectivo homosexual del Derecho de las Obligaciones, en lo cual era visto como simple negocio, como si la relación tuviera objetivo exclusivamente comercial y fines meramente lucrativos. Esa equivocada clasificación evidenciaba una

¹⁸ "Homosexuales. Unión estable. Posibilidad jurídica del pedido". Es posible el procesamiento y el reconocimiento de unión estable entre homosexuales, ante principios fundamentales contenidos en la Constitución Federal que vedan cualquier discriminación, incluso con relación al sexo, impiden la discriminación cuanto a la unión homosexual. Y es justamente ahora, cuando una onda renovadora se extiende por el mundo, con reflejos acentuados en nuestro país, destruyendo preceptos arcaicos, modificando conceptos e imponiendo la serenidad científica de la modernidad en el trato de las relaciones humanas, que las posiciones deben ser marcadas y maduras, para que los avances no sufran retroceso y para que las individualidades y colectividades puedan andar seguras en la tan soñada busca de la felicidad, derecho fundamental de todos. Sentencia no constituida para que sea instruido el hecho. Apelación proveída. (TJRS AC 598 362 655, 8° C.Civ., Rel.: Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000).

¹⁹ "Unión homosexual. Reconocimiento. Liquidación del patrimonio. Partición. Paradigma". No se permite más el farisaísmo de desconocer la existencia de uniones entre personas del mismo sexo y la producción de efectos jurídicos derivados de esas relaciones homoafectivas. Aunque llena de prejuicios, son realidades que el juez no puede ignorar, incluso en su natural actividad retardataria. En ellas se producen consecuencias semejantes a las que existen en las relaciones de afecto, buscándose siempre la aplicación de la analogía y de los principios generales del Derecho, relevados siempre los principios constitucionales de la dignidad humana y de la igualdad. De esta forma, el patrimonio ahorrado en la constancia de la relación debe ser compartido como en la unión estable, paradigma supletorio donde se inclina la mejor hermenéutica. Apelación proveída, en parte, por mayoría, para garantizar la división del acervo entre las parejas. (TJRS - AC 70001388982, 7° C. Civ. - Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j., 14/3/2001).

postura conservadora y discriminatoria, puesto que no conseguía ver la existencia de un vínculo afectivo en el origen de la relación.

Hacer analogía con el Derecho de las Familias que se justifica por la afectividad, significa reconocer la semejanza entre las relaciones familiares y las homosexuales. Así, por primera vez, la Justicia concedió relevancia al afecto, eligiéndolo elemento de identificación para reconocer la naturaleza familiar de las uniones homoafectivas. El relator, desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, en largo y erudito voto, invocó los principios constitucionales de la dignidad humana y de la igualdad, concluyendo que el respeto a la orientación sexual es aspecto fundamental para su reconocimiento. Llevados por tal decisión, se encorajaron otros tribunales y, con significativa frecuencia, se oyen noticias de nuevas sentencias adoptando posicionamiento idéntico.

La acción más emblemática fue la que llevó el compañero superviviente a dis-

putar la herencia que, en la inminencia de ser declarada vacante, en vista de la ausencia de herederos que le sucedieran, sería recogida por el municipio. En sede judicial fueron reconocidos derechos sucesorios al compañero por el voto de Minerva del vicepresidente del Tribunal²⁰. De esta decisión el Ministerio Público opuso recurso tanto al Superior Tribunal de Justicia como al Supremo Tribunal Federal, que todavía no han sido objeto de juzgamiento.

Sin embargo, como el Tribunal Superior Electoral²¹ ya ha proclamado la inelegibilidad (CF 14 § 7°) en las uniones homosexuales, está reconocido que la unión entre dos personas del mismo sexo es una entidad familiar, tanto que sujeta a la prohibición que solo existe en el ámbito de las relaciones familiares. Bien, si está siendo impuesto un peso a los vínculos homoafectivos, es menester que a su vez sean garantizados también todos los derechos y garantías a esas uniones, en el ámbito del Derecho de las Familias y del Derecho Sucesorio.

20 "Unión estable homoafectiva. Derecho sucesorio. Analogía". No controvertida la convivencia duradera, pública y continua entre parejas del mismo sexo, es imperativo que sea reconocida la existencia de una unión estable, garantizando al compañero superviviente la totalidad del acervo hereditario, distanciada la declaración de vacancia de la herencia. La omisión del constituyente y del legislador en reconocer efectos jurídicos a las uniones homoafectivas impone que la Justicia colme la laguna legal haciendo uso de la analogía. El eslabón afectivo que identifica las entidades familiares impone que sea hecha analogía con la unión estable, que se encuentra debidamente reglamentada. Embargos infringentes acogidos, por mayoría. (TJRS - El 70003967676, 4° Grupo de C. Civ. - Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 09/5/2003).

21 "Registro de candidato. Candidata al cargo de intendente. Relación estable homosexual con la intendenta reelecta del municipio. Inelegibilidad" (CF 14 § 7°). Los sujetos de una relación estable homosexual, a semejanza de lo que ocurre con los de relación estable de concubinato y de matrimonio se someten a regla de inelegibilidad prevista en el art. 14, § 7°, de la Constitución Federal. Recurso al que se da provimento. (TSE - Resp Electoral 24564 - Viseu/PA - Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1°/10/2004).

Hay que reconocer el coraje de enfrentar la situación traspasando los tabúes que asechan el tema de la sexualidad, rompiendo el prejuicio que persigue a las entidades familiares homoafectivas. Hay un verdadero enfrentamiento a toda una cultura conservadora y una oposición a la jurisprudencia todavía apegada a un concepto sacralizado de familia. Esa nueva orientación muestra que los tribunales han tomado conciencia de su misión de crear el derecho. No es ignorando ciertos hechos, dejando determinadas situaciones a descubierto del manto de la juridicidad, que se hace justicia. Condenar a la invisibilidad es la forma más cruel de generar injusticias y fomentar la discriminación, alejándose el Estado de cumplir con su obligación de conducir el ciudadano a la felicidad.

La postura de la jurisprudencia, juridicizando e insertando en el ámbito del Derecho de las Familias las relaciones homoafectivas, como entidades familiares, es un marco significativo. Innumerables decisiones surgen en el panorama nacional mostrando la necesidad de cristalizarse en una orientación que acabe por motivar al legislador a reglamentar situaciones que ya no pueden quedar al margen de la juridicidad. Consagrar los derechos en reglas legales quizá sea la manera más eficaz de romper tabúes y derrumbar prejuicios. Pero, mientras no viene

la ley, es el juez el que debe suplir la laguna legislativa, pero no por medio de juzgamientos mezclados de prejuicios o restricciones morales de orden personal²².

El camino está abierto, es imperioso que los jueces cumplan con su verdadera misión, que es hacer Justicia. Por encima de todo, necesitan tener sensibilidad para tratar temas tan delicados como las relaciones afectivas, cuyas demandas necesitan ser juzgadas con más sensibilidad y menos prejuicio, o sea con más atención a los principios de justicia, de igualdad y de humanismo, que deben presidir las decisiones judiciales. Es necesario tener visión plural de las estructuras familiares e incluir en el concepto de familia los vínculos afectivos porque, al envolver más sentimiento que voluntad, merecen especial protección que solo el Derecho de las Familias consigue garantizar.

7. La homoparentalidad

No solo la familia, pero también la filiación fue objeto de profunda transformación, lo que lleva a repensar las relaciones paterno-filiales y los valores que las moldean²³. De las presunciones legales se llegó a la plena libertad de reconocimiento de hijos y a la imprescriptibilidad de la investigación de los padres. Tales fueron los cambios que la Constitución acabó

²² Dias, Maria Berenice, *Homoafetividade: o que diz a Justiça*, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

²³ Almeida, Maria Cristina de, *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.

con la perversa clasificación de los hijos, diferenciación hipócrita e injustificable, enfatiza Zeno Veloso, como si los niños inocentes fueran mercancías expuestas en estanterías, unos de primera, otros de segunda, existiendo todavía los más infelices, de tercera clase o categoría²⁴.

Si el afecto pasó a ser el elemento identificador de las entidades familiares es este el sentimiento que sirve de parámetro para la definición de los vínculos parentales, llevando a la aparición de la familia eudemonista, espacio que apunta el derecho a la felicidad como núcleo formador del sujeto²⁵.

Por otra parte, la facilidad de descubrir la verdad genética, con significativo grado de certeza, desencadenó una verdadera corrida en busca de la verdad real, atropellando la verdad jurídica, definida muchas veces por meras presunciones legales. A la Justicia le cupo la tarea de definir el vínculo paterno-filial cuando la estructura familiar no refleja el vínculo de consanguinidad. En la confrontación entre la verdad biológica y la realidad vivencial, la jurisprudencia pasó a atender al mejor interés de quien era disputado por más de una persona. Prestigiando el comando constitucional, que garantiza con absoluta prioridad el interés de niños y adolescentes, regla exhaustiva y atentamente

reglamentada por el Estatuto del Niño y del Adolescente, pasaron los jueces a investigar a quién el niño considera padre y quién le ama como hijo. El prestigio a la afectividad hizo surgir una nueva figura jurídica, la filiación socioafectiva, que acabó sobreponiéndose a la realidad biológica.

La moderna doctrina ya no define el vínculo de parentesco en función de la identidad genética. La valiosa interacción del Derecho con las ciencias psicosociales sobrepasó los límites del derecho positivo y permitió la investigación de lo justo buscando más la realidad psíquica que la verdad electa por la ley. Para dirimir las controversias que surgen -en número cada vez más significativo- como resultado de la manipulación genética, prevalece la misma orientación. Se popularizaron los métodos reproductivos de fecundación asistida, cesión del útero, comercialización de óvulos o espermatozoides, locación de útero, y todos han visto la posibilidad de realizar el sueño de tener hijos.

En ese calidoscopio de posibilidades, los vínculos de filiación no pueden ser buscados ni en la verdad jurídica ni en la realidad biológica. La definición de la paternidad está condicionada a la identificación de la posesión del estado de hijo, reconocida como la relación afectiva, íntima y duradera

²⁴ Veloso, Zeno, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 90.

²⁵ Carbonera, Silvana Maria, O papel jurídico do afeto nas relações de família, *Anais do I Congresso de Direito das Famílias*, Belo Horizonte, 1988, p. 486.

en que un niño es tratado como hijo, por aquel que cumple todos los deberes inherentes al poder familiar: cría, ama, educa y protege²⁶.

Para evitar un enfrentamiento ético, acabó por ser impuesto el anonimato a las concepciones heterólogas, lo que veda identificar la filiación genética. Pero esa verdad no importa, puesto que el hijo fue generado por el afecto, y no son los lazos bioquímicos los que indican la figura del padre, pero sí el cordón umbilical del amor. La paternidad es reconocida por el vínculo de afectividad, haciendo nacer la filiación socioafectiva. Aun según Fachin, la verdadera paternidad no es un hecho de la biología, pero un hecho de la cultura, está antes en la dedicación y en el servicio que en la procedencia del semen²⁷.

Si la familia, como dice João Baptista Villela, dejó de ser unidad de carácter económico, social y religioso para afirmarse fundamentalmente como grupo de afectividad y compañerismo, lo que imprimió considerable refuerzo al vaciamiento biológico de la paternidad²⁸, es necesario cuestionar los vínculos parentales en las estructuras familiares formadas por personas del mismo sexo.

No se puede cerrar los ojos e intentar creer que las familias homoparen-

tales, por no disponer de capacidad reproductiva, simplemente no poseen hijos. Se está delante de una realidad cada vez más presente: niños y adolescentes viven en hogares homosexuales. Gays y lesbianas buscan la realización del sueño de estructurar una familia con la presencia de hijos. No darse cuenta de esa verdad es usar el mecanismo de la invisibilidad para negar derechos, postura discriminatoria con nítido carácter punitivo, que sólo genera injusticias.

Son diversas las situaciones y es necesario recordar las que surgen más a menudo. Tras la separación con prole, el padre o la madre que tiene la guarda de los hijos resuelve asumir su orientación sexual y pasa a vivir con alguien del mismo sexo. El compañero del progenitor no es ni padre ni madre de los menores, pero no se puede negar que la convivencia genera un vínculo de afinidad y afectividad. No es raro que la pareja participe de la crianza, desarrollando la educación de los niños, pasando a ejercer la función parental.

Otra opción cada vez más común se da cuando una de las parejas decide someterse a la reproducción asistida. Será entonces el padre o la madre. La pareja que no participó del proceso reproductivo, queda excluida de la

²⁶ Nogueira, Jacqueline Filgueras, *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 85.

²⁷ Fachin, Luiz Edson, *Familia hoje, A nova família: problemas e perspectivas*, Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

²⁸ Villela, João Baptista, *Desbiologização da Paternidade*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n° 21, 1979, p. 404.

relación de parentesco, aunque el hijo haya sido concebido por voluntad de ambos. Los gays utilizan espermatozoides de uno o de ambos, y, realizada la fecundación *in vitro*, la gestación es llevada a cabo por medio de lo que se pasó a nombrar alquiler de vientre. Las lesbianas muchas veces optan por la utilización del óvulo de una de ellas, que, fecundado en laboratorio, es introducido en el útero de la otra, que lleva la gestación a término. En tales hipótesis, el padre o la madre biológica es solo una de ellas, aunque el hijo haya sido concebido por amor, proceso del que han participado las dos partes.

La adopción ha sido incentivada por campañas, como forma de amenizar el grave problema social de los niños abandonados o institucionalizados. A ese llamado solo puede responder uno de los integrantes de la pareja. Sin embargo, al ser adoptado por uno, el niño tendrá dos padres o dos madres.

En todas esas hipótesis, permitir que exclusivamente el padre (biológico o adoptante) tenga un vínculo jurídico con el hijo es olvidar todo lo que la doctrina ha sostenido y la Justicia ha construido: la tutela jurídica de los vínculos afectivos, puesto que no es requisito indispensable para que haya familia que haya hombre y mujer, padre y madre²⁹.

La mayor visibilidad y mejor aceptabilidad de las familias homoafectivas

torna imperante el establecimiento del vínculo jurídico paterno-filial con ambos progenitores, aunque sean dos padres o dos madres. Vetar la posibilidad de juridicizar la realidad solo trae perjuicio al hijo, que no tendrá cualquier derecho con relación a aquel que ejerce el poder familiar, o sea que desempeña la función de padre o de madre. Presentes todos los requisitos para el reconocimiento de una filiación socioafectiva, negar su presencia es dejar que la realidad sea encubierta por el velo del prejuicio.

Si existe un núcleo familiar, si está presente el eslabón de afectividad que envuelve padres e hijos, la identificación de la unión estable de la pareja torna imperioso el reconocimiento de la doble paternidad. Para garantizar la protección del hijo, los dos padres necesitan asumir los encargos del poder familiar. Como recuerda Zeno Veloso, el principio capital orientador del movimiento de renovación del Derecho de la Familia es hacer que prevalezca, en todos los casos, el bien de los niños; valorar y perseguir lo que mejor puede atender a los intereses del menor³⁰.

La enorme resistencia en aceptar la homoparentalidad resulta de la falsa idea de que son relaciones promiscuas, no ofreciendo un ambiente sano para el buen desarrollo de un niño. Además alegan que la falta de

²⁹ Barros, Sérgio Resende de, A ideologia do afeto, *Revista Brasileira de Direito das Famílias*, Porto Alegre: Síntese, Jul-Ago-Set. 2002, v. 14, p. 9.

³⁰ Veloso, Zeno, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 180.

referencias de conductas puede acarrear secuelas de orden psicológico y dificultades en la identificación sexual del hijo. Pero estudios realizados por largo tiempo señalan que eso es falso. El acompañamiento de familias homoafectivas con prole no registra la presencia de daño siquiera potencial en el desarrollo, inserción social y sano establecimiento de vínculos afectivos. Ahora bien, si esos datos disponen de confiabilidad, la insistencia en rechazar la reglamentación de dichas situaciones solo tiene como justificativa una indisfranzable postura homofóbica.

Es hora de acabar con la hipocresía. Negar la realidad, no reconocer derechos solo tiene una triste secuela: los hijos son dejados a merced de la suerte, sin cualquier protección jurídica. Librar los padres de la responsabilidad por la guarda, educación y mantenimiento el niño es dejarlo en total desamparo. Hay que reconocer como actual y adecuada la observación de Clovis Bevilaqua³¹ al visualizar una mezcla de cinismo y de iniquidad, describiendo como "absurda e injusta" la regla del Código Civil de 1916 que negaba reconocimiento a los hijos adulterinos e incestuosos.

Otra no es la adjetivación que merecen los dispositivos del Proyecto de Ley de la Aparcería Civil Registrada, bajo el n° 1.151/95, y del Pacto de Solidaridad, de n° 5.252/2002, que vedan cualesquiera disposiciones sobre adopción,

tutela o guarda de niños o adolescentes en conjunto, aunque sean hijos de una de las parejas o pactantes. Cabe repetir las palabras indignadas de Cimbali: "Rara, en verdad, la lógica de esta sociedad y la justicia de estos legisladores, que, con imprudente cinismo, subvierten, por completo, los más sagrados principios de la responsabilidad humana"³².

Ahora bien, todo indica, se está llamando espurio al hijo por el simple hecho de, en vez de un padre y una madre, tener dos padres o dos madres. Quizá la intención es arrancarlo de su familia, que -como toda familia- es amada, soñada y deseada por hombres, mujeres y niños de todas las edades, de todas las orientaciones sexuales y de todas las condiciones³³.

Para establecer el vínculo de parentalidad, basta con que se identifique quién disfruta de la condición de padre, quién el hijo considera su padre, sin perquirir la realidad biológica, presumida, legal o genética. También la situación familiar de los padres en nada influencia en la definición de la paternidad, pues familia, como afirma Lacan, no es un grupo natural, pero un grupo cultural, y no se constituye solo por un hombre, mujer e hijos, conforme bien esclarece Rodrigo da Cunha Pereira: la familia es una estructuración psíquica, donde cada uno de sus miembros ocupa un lugar, desempeña una función, sin que estén necesariamente ligados biológicamente.

³¹ Bevilaqua, Clovis, *Código Civil*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941, v. II, p. 329.

³² En Bevilaqua, op. loc. cit.

³³ Roudinesco, Elisabeth, *A família em desordem*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 198.

Así, nada significa tener uno o más padres, ser ellos del mismo o de sexos diferentes³⁴.

Una vez más el criterio debe ser la afectividad, elemento estructurante de la filiación socioafectiva, pues -como dice Giselle Groeninga- el niño necesita de padres que transmitan la verdad de los hechos³⁵. No reconocer la paternidad homoparental es retroceder un siglo, resucitando la perversa clasificación del Código Civil de 1916, que, en buena hora, fue derogada en 1988 por la Constitución Federal.

Además de retrógrada, la negativa de reconocimiento es muestra de flagrante inconstitucionalidad, pues es expresa la prohibición de cualquier designación discriminatoria relativa a la filiación. Las relaciones familiares se estructuran en razón de la dignidad de cada partícipe³⁶, la negativa de reconocimiento de la paternidad contraría un abanico de principios, derechos y garantías fundamentales,

como el respeto a la dignidad, a la igualdad, a la identidad.

Recientemente un juzgado del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande del Sur³⁷, por decisión unánime, reconoció el derecho a la adopción a una pareja formada por personas del mismo sexo. Los hijos habían sido adoptados por una de las parejas viniendo la otra a pleitear la adopción en juicio. Por supuesto esta decisión selló definitivamente el reconocimiento de que la divergencia de sexo es indiferente para la configuración de una familia.

No se puede olvidar que niños y adolescentes tienen, con absoluta prioridad, derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la convivencia familiar, y negar el vínculo de filiación es vetar el derecho a la familia: lugar idealizado donde es posible, a cada uno, integrar sentimientos, esperanzas y valores para la realización del proyecto personal de felicidad³⁸.

³⁴ Pereira, Rodrigo da Cunha, *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 47.

³⁵ Groeninga, Giselle, *O secreto dos afetos-a mentira*, Boletim do IBDFAM, n° 19, mar/abr. 1993, p. 7.

³⁶ Gama, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito das Famílias e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2001, p. 93.

³⁷ "Adopción. Pareja formada por dos personas del mismo sexo. Posibilidad". Reconocida como entidad familiar, merecedora de la protección estatal, la unión formada por personas del mismo sexo, con características de duración, publicidad, continuidad e intención de constituir familia, como consecuencia de ello, no se puede alejar la posibilidad de que sus componentes puedan adoptar. Los estudios especializados no señalan un inconveniente en que niños sean adoptados por parejas homosexuales, importando más la calidad del vínculo y del afecto presente en el medio familiar en que serán insertados y que los liga a sus cuidadores. Es hora de abandonar de raíz prejuicios y actitudes hipócritas desprovistas de base científica, adoptándose una postura de firme defensa de la absoluta prioridad que constitucionalmente es asegurada a los derechos de los niños y de los adolescentes (art. 227 de la Constitución Federal). Caso en el que el laudo especializado comprueba el saludable vínculo existente entre los niños y los adoptantes. Negaron proveimiento. Unánime. (TJRS - AC 70013801592 - 7ª C.Civ. - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5/5/2006).

³⁸ Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Família e casamento em evolução*, *Direito Civil*: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.