

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 5

El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones del derecho de familia

Karyna Batista Sposato*

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho de Familia en la Universidad Federal de Sergipe (UFS/Brasil).

I. Introducción

Los últimos años fueron marcados por intensos y muy veloces cambios en el derecho de familia brasileño, resultado de una nueva conformación socio-jurídica.¹ Eso se debe básicamente al fenómeno de ampliación de fuentes del sistema jurídico y, concomitantemente, a la ubicación de la Constitución Federal como centro del ordenamiento jurídico en las democracias occidentales, algo que también se observa en la experiencia constitucional brasileña.

De una manera general, las constituciones escritas son consideradas fuentes del derecho,² y sus enunciados expresan normas que disciplinan la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

¹ TEPEDINO, G., "A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares", BUSCALEGIS.CCJ.UFSC.BR, 2005. Disponible en: <http://bit.ly/2mtm2Ae>

² BALAGUER C., F, *A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico*, Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

No sólo por eso, sino porque las normas constitucionales son igualmente idóneas para disciplinar las relaciones entre particulares, que son susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de cualquier juez y no solamente por parte del juez constitucional.³

El mismo planteamiento es defendido por Zagrebelsky cuando enseña que, donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. Para el autor, la Constitución es fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar.⁴ Destaca que la Constitución se dirige directamente a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso, las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, aplicables a las relaciones familiares.

Dicha posición normativa de la Constitución, en el derecho de familia, es definida como resultado de un proceso de constitucionalización del derecho y parte de un nuevo paradigma llamado neoconstitucionalismo. La expresión "constitucionalización" es construida por Guastini,⁵ a partir de siete criterios de evaluación respecto a la presencia de normas constitucionales en los distintos sistemas jurídicos.

El primer criterio refiere a los ordenamientos jurídicos totalmente impregnados por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se configura cuando la Constitución es extremadamente presente, capaz de irradiar efectos para todo el ordenamiento y por consecuencia condicionar a las leyes, a la jurisprudencia y a la doctrina,

³ GUASTINI, R., "Sobre el concepto de Constitución", en CARBONELL, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 22.

⁴ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale I*. Italia, Giappicheli, 1991, p.105.

⁵ Véase GUASTINI, R., "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano", en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003.

como también a la acción de actores políticos y las relaciones sociales.⁶ Advierte Guastini que la constitucionalización es más acentuada cuando existen principios constitucionales (expresamente formulados o implícitos) que no pueden ser modificados de ningún modo, ni siquiera por procedimientos de revisión constitucional. A ello se denomina *constitución material*, un conjunto de principios inmutables.

El segundo aspecto se refiere a la existencia de una instancia de control sobre la conformidad de las leyes con respecto a la Constitución. El tercer aspecto corresponde a la fuerza vinculante de la Constitución y se traduce de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. El cuarto criterio, fuertemente relacionado al anterior, se relaciona con la interpretación del texto constitucional de forma extensiva, o sea, de modo que no sobren espacios vacíos para propuestas legislativas discrecionales, dando como resultado que toda la decisión legislativa sea pre-reglada por una norma constitucional.

La quinta condición indica la superación de la lógica liberal clásica de que las normas constitucionales no disciplinen relaciones entre particulares. En el ámbito del constitucionalismo actual, las constituciones también se dirigen a las relaciones sociales, de manera que los principios generales o llamadas normas preceptivas o programáticas producen efectos directos. La sexta condición apunta a la necesidad de una interpretación de las leyes conforme a la Constitución, lo que significa la adopción de una interpretación más armónica y adecuada al texto constitucional, con lo que se evita cualquier tipo de contradicción.

La séptima y última condición conlleva a la influencia de la Constitución en las relaciones políticas. Ello se manifiesta de diversas formas, tales

⁶ *Ibidem*, p. 49.

como: la resolución de conflictos de atribuciones entre los distintos órganos o entes; el control de acciones políticas discrecionales: o incluso, en la justificación de acciones y decisiones de los órganos constitucionales y actores políticos.

A su vez, por "neoconstitucionalismo" podemos entender el fenómeno de cambios y transformaciones operadas por el modelo de Estado constitucional,⁷ especialmente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, en diversos países y partes del mundo. Para esta reflexión, adoptamos la perspectiva del neoconstitucionalismo que alude a un nuevo modelo de organización jurídico-política o de Estado de derecho. La concepción de Estado de derecho adoptada es aquella que identifica la vinculación de todos los poderes del Estado, incluso del Poder Legislativo, al respeto de los principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, por ejemplo, la división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales.

Comprender el neoconstitucionalismo como modelo de Estado de derecho conlleva el reconocimiento de tres paradigmas a lo largo de la historia constitucional: 1) el derecho pre-moderno; 2) el Estado legislativo de derecho; y 3) el Estado constitucional de derecho.⁸

Como esclarece Ferrajoli, el Estado de derecho nace con la forma del Estado legislativo de derecho, con la afirmación del principio de la legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido e incluso existente, independientemente de su valoración como justo. En este contexto, la experiencia deja de ser jurisprudencial y se somete a la ley y al principio de la legalidad como únicas fuentes de legitimación.

El Estado constitucional, a su vez, es caracterizado por la presencia de garantías idóneas para asegurar, con el máximo grado de efectividad, los

⁷ Véase CARBONELL M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, España, Trotta, 2003.

⁸ FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 14.

derechos constitucionalmente reconocidos. Por eso, define el autor, que el Estado constitucional de derecho corresponde a un nuevo modelo de derecho y democracia. La historia del constitucionalismo es, para el autor, la de una progresiva extensión y ampliación de la esfera de derechos.⁹

Todas las consideraciones introductorias nos permiten ubicar al derecho constitucional brasileño y sus reflejos en el derecho de familia, con especial atención al tema de las uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo y que pasó a recibir un tratamiento garantista y de reconocimiento en la experiencia jurídica de Brasil.

II. Proyección de la Constitución Federal brasileña de 1988 en el derecho de familia

La Constitución brasileña de 1988 es una de las constituciones representativas de lo que se conoce por constitucionalismo dirigente o de carácter social. Tal concepción posee sus antecedentes en la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, así como en el modelo alemán de posguerra (Segunda Guerra Mundial) y en la Constitución portuguesa, adoptada después del declive del régimen salazarista, en los años 70.

Como una Constitución social, la brasileña de 1988, establece obligaciones positivas para el Estado en materia social, buscando regular las actividades económicas y configurar órganos para la implementación de sus políticas públicas, los cuales pueden, incluso, constituir agentes económicos directos.¹⁰ La génesis del constitucionalismo social puede ser inferida a partir de los movimientos sociales de las revoluciones mexicana de 1910 y rusa de 1917, y se constituye paulatinamente como una toma de postura diferenciada del Estado ante los individuos, por el principio

⁹ FERRAJOLI, L., "Sobre los Derechos Fundamentales", en CARBONELL, M. (coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, España, Trotta, 2007, p. 73.

¹⁰ Véase SILVA NETO, M. J., *Curso de Direito Constitucional*, 2a. ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

de la no neutralidad y de la intervención en el dominio económico con vistas a la consecución de una sociedad más igualitaria.

La Constitución brasileña de 1988 fue elaborada con intensa participación de la sociedad civil. Representó compromisos acordados entre diferentes sectores sociales y un compromiso maximizado, a través del cual, distintos sectores lograran alcanzar la constitucionalización de sus intereses substantivos. La intensa constitucionalización y los compromisos asumidos han provocado la extensión de derechos, pero tuvieron efectos secundarios indeseados, teniendo como ejemplo el propio envejecimiento precoz del texto constitucional.¹¹

De hecho, la Constitución brasileña ha inaugurado un nuevo paradigma, de doble dimensión: *a)* el compromiso con la efectividad de sus normas y; *b)* el desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional.¹² Dicho paradigma ha permitido reconocer la fuerza normativa y el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, superándose la concepción anterior de que la Constitución es solamente un conjunto de aspiraciones políticas y de mera convocatoria para los poderes públicos.

Como sostiene el ministro de la Corte Suprema de Brasil, Luís Roberto Barroso, "las transformaciones del modelo constitucional brasileño han proyectado la Constitución hacia el centro del sistema jurídico alterando significativamente la posición del Código Civil, el que ha perdido su preeminencia incluso en el ámbito de las relaciones privadas, donde se han formado distintos microsistemas (del consumidor, del niño y del adolescente, derecho de familia)."¹³

De igual forma, como ocurre con distintas ramas del derecho infraconstitucional, en materia de derecho de familia, la experiencia brasileña está

¹¹ Véase VILHENA V., Oscar, "A Globalização e o Direito", *Realinhamento Constitucional*, 2006. Disponible en: <http://bit.ly/2kX2116>

¹² Véase BARROSO, L. R., "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro", *Revista de la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias*, Vol. 4, No. 15, 2001, pp. 11-47.

¹³ *Ibidem*.

marcada por la presencia de normas directivas.¹⁴ Estas normas amplían la concepción de familia y los derechos de los sujetos involucrados en las relaciones familiares contemporáneas, las que son reinterpretadas bajo la óptica constitucional y con el objetivo de consagrar valores enunciados por la Constitución.

Los valores acogidos por la Constitución son una de las determinaciones más fuertes o esenciales de la misma. Funcionan como la identidad de la Carta política y contribuyen a su demarcación ideológica.¹⁵

La Constitución brasileña concedió una protección amplia a las familias, independientemente de la celebración del matrimonio, reconociendo el concepto de "entidad familiar", con respecto a los vínculos afectivos. El enunciado constitucional hace referencia expresa a las uniones entre hombres y mujeres, y a las relaciones entre los ascendentes y su prole. Como afirma Paulo Lôbo, el artículo 226 del texto constitucional contiene una cláusula general de inclusión,¹⁶ que impide excluir cualquier entidad que cumpla con los requisitos de afectividad, estabilidad y ostensibilidad.¹⁷

¹⁴ Véase FIORAVATI, M. *apud*. PRIETO S., L. "El Constitucionalismo de los Derechos", en CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: TROTTA, 2007.

¹⁵ Véase FERREIRA DA CUNHA, P., *A Constituição Viva-Cidadania e Direitos Humanos*, Porto Alegre, Liv. do Advo, 2007.

¹⁶ Art. 226 CF/88 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1o. O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2o. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3o. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4o. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5o. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010)

§ 7o. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8o. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁷ Véase NETTO LÔBO, P. L., "Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus". ANAIS IBDFAM, 2002. Disponible en: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf

El concepto de familia fue pluralizado por el texto constitucional brasileño y, como tal, no se restringe a las hipótesis de celebración del matrimonio. En lo que toca a las uniones entre personas del mismo sexo, la cuestión fue objeto de decisión de la Corte Suprema de Brasil en el año de 2011. Desde entonces, la jurisprudencia ha consolidado el reconocimiento extensivo de dichas familias, con base en la prohibición de todo tratamiento discriminatorio.

La prohibición de tratamiento discriminatorio no deriva únicamente del texto constitucional. Está previsto en la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, de los que Brasil es país signatario. Como describen los párrafos 2o. y 3o. del artículo 5o. de la Constitución Federal de Brasil,¹⁸ los tratados y convenciones internacionales aprobados por el Congreso Nacional y firmados son equivalentes a las enmiendas constitucionales, y forman parte del ordenamiento jurídico.

El tema de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo fue analizado por la Suprema Corte brasileña en un fallo histórico en procedimiento de Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIN 4.277), juzgada en conjunto con una Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF 132), en el año 2011. Sus argumentos y postulados derivados son el objeto de las próximas consideraciones, evidenciándose que dicho reconocimiento en sede de jurisprudencia, ejemplifica el intenso proceso de transformación por el que pasa el derecho de familia en Brasil.

¹⁸ § 1o. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2o. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3o. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG no. 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).

§ 4o. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional no. 45, de 2004).

III. Efectos constitucionales y mutaciones en el derecho de familia en Brasil

Como he referido anteriormente, el derecho de familia en Brasil ha sido una de las ramas del derecho más afectadas por el proceso de constitucionalización. Los enunciados constitucionales elevaron la protección de las familias al estatus de regla constitucional, exigiendo cambios en todo el sistema jurídico. Las mutaciones experimentadas en el derecho de familia, por motivos de orden didáctico, pueden ser comprendidas en tres categorías distintas: mutaciones interpretativas jurisprudenciales, mutaciones normativas y mutaciones interpretativas en el ámbito doctrinal. Todas se complementan, se mezclan, e incluso revelan, en conjunto, un nuevo derecho de familia que se integra a la Constitución (constitucionalizado) y que resulta muchísimo más abierto a los principios y fundamentos de un derecho civil constitucional contemporáneo.

Aquí se utiliza la expresión "mutación", tomada de los trabajos de Paula Branco y João Pedroso, profesores del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra, y por medio de la cual describen en diversos artículos científicos la acelerada alteración de las familias en el ámbito de una globalización de alta intensidad en todo Occidente, operando así, genuinas mutaciones del derecho de familia de esta región.¹⁹

El proceso de cambios descrito por Branco y Pedroso se observa en Brasil en una serie de decisiones recientes y legislación en materia de derecho de familia y que han tenido una repercusión significativa en cambios de las prácticas judiciales, administrativas e incluso sociales.

Las llamadas mutaciones ocurridas en el derecho de familia brasileño guardan profunda conexión con el hecho de que la Constitución Federal de

¹⁹ Véase PEDROSO, J., CASALEIRO, P. y BRANCO, P., "Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal", *Revista Crítica de Ciências Sociais* (RCCS), Vol. 82, 2008, pp. 53-83.

1988 ha colocado en curso una verdadera revolución jurídica del derecho, incluso en el derecho civil. La democratización y el carácter programático, social y dirigente de la Carta constitucional brasileña ha proyectado nuevas rutas epistemológicas para la doctrina y para la jurisprudencia. Así se inició la llamada marcha de la despersonalización y despatrimonialización del derecho civil. Y aunque lentos y graduales, los cambios son muy substantivos.²⁰

En este escenario, el Código Civil brasileño del año 2002 ha introducido transformaciones significativas de aproximación a los nuevos dictámenes de la sociedad posmoderna.²¹ Los principios de la *eticidad*, *socialidad* y *operabilidad* que aparecen en éste conforman cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que, dependientes de valoración, exigen el establecimiento de puentes interpretativos con la Constitución.

La interpretación constitucional del Código Civil de 2002 viene configurando un nuevo orden jurídico que invierte la posición tradicional de situarlo como una especie de Constitución del ciudadano y con eso olvidar los principios y reglas que emanan de la propia Constitución. Al revés, todo el ordenamiento se ve constitucionalizado, y la estructura de principios de la Constitución es la que edifica el sistema, concediéndole sus bases axiológicas.

Comprender este movimiento de transformación del derecho de familia en Brasil implica, a su vez, entender que la esfera de actuación de los jueces, en calidad de intérpretes, permite adecuar y actualizar el propio derecho al momento, y en casos concretos. Se trata de adoptar la concepción de Pasqualini respecto a que el orden jurídico solamente se hace presente y actual en el mundo de la vida, a través de la luz temporalizada

²⁰ Véase ARONNE, R., *Direito Civil-Constitucional e Teoria do caos: estudos preliminares*, Porto Alegre, Liv. do Adv., 2006.

²¹ Véase NETTO LOBO, P. L., "Constitucionalização do Direito Civil", *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 36, No. 141, 1999, pp. 99-109.

de la hermenéutica. Según el autor: "Son los intérpretes que posibilitan al sistema sistematizar, y por consecuencia, al significado, significar".²²

Si bien las mutaciones legislativas y de base doctrinal no serán propiamente objeto de esa reflexión, cabe señalar que los cambios legislativos guardan conexión con el proceso de elaboración del Código Civil vigente en Brasil. El Anteproyecto y el Proyecto de Código Civil de 2002 fueron elaborados antes de la Constitución de 1988, a la vez que su tramitación en el Parlamento tardó aproximadamente tres décadas. En consecuencia, una parte de la doctrina considera que el Código Civil de 2002 acabó por conceder un tratamiento ambiguo y confuso al derecho de familia, ante la difícil conciliación entre dos paradigmas opuestos: el paradigma del proyecto de 1969-1975, y el paradigma constitucional. Por eso, también, luego de su aprobación, varios otros proyectos de ley fueron adoptados para corregir sus vicisitudes.

Un ejemplo significativo de mutación legislativa es el cambio en la redacción del párrafo 6o. del artículo 226 de la Constitución Federal,²³ como resultado de una reforma constitucional plasmada en la Enmienda Constitucional No. 66 del año de 2010. Dicha reforma ha vuelto la separación judicial innecesaria como también, evitables o superfluos los requisitos subjetivos u objetivos para la realización del divorcio. Luego, en virtud de tal reforma constitucional, un conjunto de reglas y artículos del Código Civil de 2002 fue completamente revocado.

De este modo se ha eliminado el sistema dualista de disolución del matrimonio, adoptándose el divorcio como única vía. Además, ya no se discute la culpa o la causa de la disolución, lo que demuestra la reducción de la interferencia estatal en la vida de los individuos y en la autonomía

²² Véase PASQUALINI, A., *Hermenéutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*, Porto Alegre, Liv.do Adv., 1999.

²³ § 6o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010).

privada. Se trata de una desinstitucionalización del derecho de familia a través de la facilitación del divorcio directo cuando así lo desea la pareja.

A su vez, el divorcio ‘facilitado’ está reduciendo bastante los procedimientos del Poder Judicial. Por divorcio facilitado entiéndase la ruptura del vínculo conyugal por los individuos sin la necesidad de discutir los motivos de la disolución. La Resolución de número 35 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de 2007 (en virtud de la Ley 11.411 del mismo año) adopta la posibilidad del divorcio extrajudicial consensuado, cuando la pareja sea asistida por un abogado o defensor público y cuando no existan hijos menores de edad o incapaces.

Otro cambio legislativo muy importante se refiere a la adopción de la Ley 13.058 de 2014 que establece la igualdad parental, reflejando alteraciones en los artículos 1.583, 1.584, 1.585 y 1.634 del Código Civil brasileño. El resultado principal es la regla de la custodia compartida entre los padres. La custodia unilateral de los hijos, concedida solamente a uno de los progenitores se ha transformado en excepción, únicamente justificada ante la imposibilidad de uno de los padres. Así, la presunción legal corresponde a la custodia compartida de forma automática.

La doctrina especializada brasileña en derecho de familia ha recibido críticas por no haber explorado todas las posibilidades de un nuevo horizonte interpretativo,²⁴ ya se puede notar en la última década una transformación más bien interna que externa al derecho civil como un todo, y en particular del derecho de familia. Las advertencias de Perlingieri con respecto a la concepción del sistema jurídico a través de modelos o categorías binarias, considerándose el ordenamiento jurídico como un conjunto de normas jurídicas apartadas de la realidad y de su aplicación jurisdiccional, o desconectadas entre sí, ora derecho público, ora derecho privado, ora conforme los diversos sectores de producción normativa, microsistemas. Si el ordenamiento es ordenamiento, su unidad es intrín-

²⁴ ARONNE, R., *op. cit.*, *supra* nota 20.

seca, quedando al texto constitucional el papel unificador del sistema y armonizador de las fuentes.²⁵

Se evidencia, ahora, un profundo diálogo normativo doctrinal entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Tal diálogo se intensifica debido a los principios jurídicos aplicables al derecho de familia, a partir del Código Civil de 2002. Cuando la familia pasa a ser concebida por la doctrina como un lugar de afecto y desarrollo social, se refuerza la importancia de la protección jurídica de las relaciones afectivas familiares desde nuevos elementos como la afectividad, la desformalización de las relaciones de afecto y las uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo.

Tendencias doctrinales (como las de Lôbo, Tepedimino y Dias) están siendo poco a poco incorporadas por la jurisprudencia o por la legislación más reciente. La construcción de una comprensión *jusprivada* implica comprender la densificación de los elementos del sistema en su unidad axiológica. La percepción de la doctrina acerca de su papel es, en definitiva, más un elemento para facilitar la operacionalización de la norma constitucional, tanto en su eficacia vertical como horizontal.

El caso del reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil ofrece un ejemplo paradigmático acerca de una decisión con efectos para la doctrina, para la elaboración legislativa y, particularmente, para la consolidación de la jurisprudencia.

IV. El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil. Una mutación interpretativa jurisprudencial

Como se ha indicado, el derecho brasileño ha adoptado la tesis de la preponderancia normativa de la Constitución con profundas rupturas en la

²⁵ Véase PERLINGIERI, P., *Perfis do Direito Civil*, Río de Janeiro, Renovar, 1997.

tradicional tesitura conceptual clásica del derecho privado. El ejemplo más fuerte en materia del derecho de familia se refiere al reconocimiento por la jurisprudencia constitucional brasileña de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar.

Para fines de este trabajo, utilizaremos el caso de las uniones entre personas del mismo sexo como ejemplo paradigmático de los efectos de la Constitución en las relaciones entre particulares y, consecuentemente, para la protección jurídica concedida por el Estado sobre el tema. Este caso simboliza la interpretación de la Corte Suprema brasileña acerca de una controversia derivada de la ausencia de legislación específica. Además, ha impulsado efectos para la adopción de resoluciones de orientación para el funcionamiento del sistema de justicia en general.

Ubicamos la decisión de la Corte Suprema brasileña como *modalidad de mutación interpretativa jurisprudencial* porque, pese a la influencia de la propia Constitución en la adopción de un nuevo Código Civil en el año de 2002, el Código Civil brasileño fue igualmente omiso con respecto a las uniones afectivas entre personas del mismo sexo.

En Brasil todavía no existe legislación específica de protección de la familia formada por personas del mismo sexo. El Código Civil de 2002 reconoce la entidad familiar originada por la unión civil entre hombre y mujer, desde que se ha comprobado la convivencia pública, continuada y durable, con el propósito de constituir o formar familia. Tal regla prevista en el artículo 1.723 del Código Civil fue confrontada por una Acción Directa de Inconstitucionalidad, la acción ADI 4277 ante la Corte Suprema brasileña.

El sistema constitucional brasileño garantiza el control de constitucionalidad por la Corte Suprema que detiene el papel de verificar la inconstitucionalidad de las leyes. Tratándose de un tema constitucional, la Corte Suprema fue demandada a evaluar el contenido inconstitucional del artículo 1723 del Código Civil. La pretensión central de la acción buscaba

el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo, apartándose así de la interpretación tradicional sobre que la diversidad de sexos fuera un requisito esencial para la formación de la familia, en los términos del artículo 1723 del Código Civil brasileño.

La decisión proferida en mayo de 2011,²⁶ en votación por unanimidad (diez votos a cero), se fundó básicamente en el artículo 3o., inciso IV, de la Constitución Federal, sosteniendo el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar legítima, sobre la cual incide el mismo régimen jurídico de la unión civil de parejas heterosexuales.

La decisión de 2011 utilizó los principios constitucionales de la no discriminación y de la libertad sexual como filtros interpretativos. En este sentido destaca el voto del ministro Ayres Britto al mencionar: "El sexo de las personas, salvo disposición en contrario, no se puede prestar para *desigualación jurídica*. La posición homogénea y consensuada de todos los ministros de la Corte Suprema revela el fin de los prejuicios, el fortalecimiento de la igualdad y la presencia de una vertiente pos-positivista en la jurisprudencia constitucional brasileña en materia de derecho de familia".²⁷

Dicha decisión constituye una modalidad de mutación interpretativa jurisprudencial, pues ha influenciado a los tribunales inferiores a conceder la misma forma de reconocimiento, e incluso la conversión de uniones entre personas del mismo sexo en casamientos civiles, conforme la regla del artículo 1726, también del Código Civil de 2002, que permite que una

²⁶ STF ADI 4277. Número Único: 0006667-55.2009.0.01.0000. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. AYRES BRITTO

Redator do acórdão: Relator do último incidente: MIN. LUIZ FUX (ADI-ED). Apenso Principal: ADPF132. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Djen. 198. Divulgação 13/10/2011. Publicação 14/10/2011. Ementário n. 2607-3.

²⁷ Voto del Relator. Disponible en: <http://bit.ly/2kujNfn>

pareja viviendo en unión continuada convierta su régimen en uno de casamiento civil, mediante un pedido al juez. Otra consecuencia de suma importancia de la decisión corresponde a la Resolución número 175 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), que determina a todas las oficinas de registro civil del país, la obligatoriedad de proceder con los procesos de conversión de uniones continuadas en casamientos civiles cuando estos son solicitados por los compañeros.

De este modo, hoy en Brasil, aunque no exista una norma legal específica, el matrimonio de personas del mismo sexo está admitido por fuerza de un precedente judicial que confirió una interpretación conforme a la Constitución, vedando de esta forma cualquier tipo de discriminación.

1. La decisión de la Corte Suprema de Brasil

El principal pedido formulado por la ADI 4277 fue la interpretación del artículo 1723 del Código Civil, de una forma adecuada o ajustada al artículo 226 de la Constitución. El punto central de la demanda fue que el artículo 1723 del Código Civil también podría ser utilizado para el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo, una vez cumplidos los requisitos de la unión civil heterosexual (afectividad e estabilidad, con finalidad de formar familia).

El artículo 1723 del Código Civil brasileño dispone:

Es reconocida como entidad familiar, la unión estable entre hombre y mujer, configurada en la convivencia pública, continua, duradera y establecida con el objetivo de formación de familia.

El artículo 226, párrafo 3o., de la Constitución dispone que:

Para efectos de protección del Estado, es reconocida la unión estable entre hombre y mujer como entidad familiar, debiéndose facilitar su conversión en matrimonio.

La comparación entre los dispositivos demuestra que el legislador infraconstitucional ha reproducido el artículo de la Constitución, solamente añadiendo las condiciones para el reconocimiento de las uniones. Por eso, la decisión de la Corte Suprema se situaba en un nudo dilemático entre una interpretación literal de los textos normativos y la consecuente declaración de la constitucionalidad del artículo del Código Civil o, declarar la inconstitucionalidad del artículo 1723 de la ley civil, ampliando los márgenes de protección jurídica a las familias en su pluralidad de modelos.

La opción adoptada por la mayoría de la Corte al declarar la inconstitucionalidad tanto del artículo 1723 del Código, como del propio artículo 226, párrafo 3o. de la Constitución, fue resultado de un proceso de interpretación conforme a varios otros dispositivos constitucionales (igualdad, dignidad de la persona humana, etcétera).

Por eso, considero la interpretación como una innovación hermenéutica, una mutación interpretativa en el terreno constitucional, pues la Corte ha fulminado de inconstitucionalidad un dispositivo del propio texto constitucional.

Dicho posicionamiento ha introducido en el debate a la teoría de la jerarquía de las normas constitucionales y la consecuente posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales. Vertiente esa ampliamente rechazada hasta el momento por la propia Corte brasileña. La tesis ahora aceptada parte de la hipótesis de una norma constitucional a configurarse inconstitucional cuando ocurre violación de valores fundamentales de justicia. Sedimenta la idea de un derecho supralegal en la Constitución, llevando a creer que los valores en contradicción con determinadas normas deben prevalecer. Luego, restaría insostenible la convivencia de normas contradictorias con los principios y valores.

Una minoría de los ministros ha adoptado como fundamentación la interpretación sistemática de la Constitución, aplicándose analógicamente las normas sobre uniones heterosexuales para las uniones entre personas del mismo sexo, hasta que el legislador cumpla su deber de reglamentación.

El ministro relator, Carlos Ayres Britto, argumentó en su voto sobre el artículo 3o., inciso IV, que la Constitución brasileña prohíbe cualquier discriminación en virtud de sexo, raza, color y que, siendo así, ningún ciudadano puede ser discriminado, o también, disminuido en razón de su orientación sexual: "el sexo de las personas, salvo disposición contraria, no se presta para la desigualación jurídica".²⁸ Así, depreciaciones relativas a las uniones entre personas del mismo sexo contrarían este artículo de la Magna Carta.

Los demás ministros han acompañado al ministro relator, destacando la necesidad de excluir significados del artículo 1723 del Código Civil que sirvan para impedir el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo como entidades familiares.

A continuación, se destacan los elementos más importantes referidos en los votos y en la sustentación oral proferida en la ocasión, por el constitucionalista Luis Roberto Barroso, hoy igualmente ministro de la Corte Suprema en Brasil.²⁹

1.1. Sustentación oral

La sustentación oral del profesor Luís Roberto Barroso fue realizada en la sesión de 04 de mayo de 2011. Dentro de los argumentos utilizados, cabe señalar la idea central de que las relaciones homosexuales detentan el mismo régimen jurídico de las uniones civiles convencionales. Tal conclusión se derivaría de un conjunto de principios aplicables, tales como:

- a) Principio de la igualdad: las personas tienen los mismos derechos a ser tratadas con igual respeto y consideración. Los presupuestos de una unión homosexual son los mismos de una unión estable: afecto y proyecto de vida en común. El no reconocimiento signi-

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ El contenido completo comporta 270 páginas. Disponible en: <http://bit.ly/2muy9go>

- ficaría deprecia a tales personas, pues su afecto sería menos valorado por parte de la sociedad y del propio Estado (lo que violaría el aspecto esencial de la igualdad, que es no ser discriminado);
- b) Principio de la libertad: corresponde al poder hacer todo lo que la ley no prohíbe (las relaciones homosexuales y la homosexualidad son hechos lícitos). Es derecho de cada individuo elaborar sus valoraciones morales, su autonomía privada y elecciones existenciales.
 - c) Principio de la dignidad de la persona humana: nadie debe ser tratado como medio para realizaciones de proyectos ajenos, sino como un fin en sí mismo. Impedir a las personas de ejercer su afecto y su sexualidad, significa instrumentalizarlas con miras a la consecución de metas colectivas.

1.2. Voto Ministro Relator

El primero paso realizado por el ministro relator fue la unificación de las acciones ADPF 132 y la ADI 4277. La premisa central del voto relatado fue la consideración de la autonomía sexual como instituto jurídico, expresión de libertad de la persona humana, y por eso, su consideración como bien o derecho de la personalidad. En síntesis, se destacan los siguientes puntos del voto:

- i. La Constitución prohíbe el prejuicio en razón del sexo, o de la natural diferenciada entre hombres y mujeres. Luego, ninguno de los factores accidentales o fortuitos (edad, color o raza) pueden ser utilizados como justificación para el menosprecio de alguien.
- ii. La pertenencia de género es un hecho imponderable, no admitiéndose motivos para la discriminación, sobre todo cuando ella es relativa a la sexualidad.
- iii. La libertad para disponer de la propia sexualidad se inserta en el papel de los derechos fundamentales, pues es expresión de la autonomía de voluntad; siendo, directa emanación del principio de la dignidad de la persona humana.

El voto del Ministro Relator se ha caracterizado como de matiz conceptual, fundado en la preservación del principio de la igualdad entre los ciudadanos, no dando cabida a formas de diferenciación discriminatorias.

1.3. Demás Votos

En la sesión del día 05 de marzo de 2011, los ministros de la Corte Suprema de Brasil reconocieron, por unanimidad, la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar. El análisis de los votos y sus principales argumentos utilizados pueden ser resumidos en diez postulados:

1. La unión homosexual está contenida en el concepto de familia;
2. Los principios constitucionales fundamentan el pluralismo social y político (artículo 1o., IV, CF/1988) y las elecciones libres de las personas son legítimas y validas, no habiendo cabida para discriminaciones en razón de la orientación sexual;
3. La orientación sexual es un derecho fundamental de la persona humana;
4. El derecho de familia constitucionalizado reconoce tres modalidades de familia: la constituida por el matrimonio, la configurada por la unión estable y; la familia monoparental (la comunidad formada por solo uno de los padres y sus descendientes);
5. La relación homosexual orientada a formar una familia corresponde a una cuarta modalidad, no prevista expresamente en el artículo 226 de la Constitución Política;
6. La decisión de la Suprema Corte cumple con la función de garantizar derechos fundamentales de todas las personas, ante la omisión del Poder Legislativo;
7. Las lagunas axiológicas del sistema constitucional deben ser subsanadas por medio de una interpretación analógica, teniendo en cuenta que la protección conferida por el texto constitucional a las uniones entre hombres y mujeres no excluye a la misma protección a las uniones entre personas del mismo sexo;

8. La configuración de las uniones entre personas del mismo sexo como entidad familiar se condiciona a los mismos requisitos de durabilidad de la relación, no clandestinidad e inexistencia de impedimentos;
9. El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo debe ser acompañado de otras garantías relativas a los derechos patrimoniales y sucesorios para las parejas homosexuales;
10. Es necesario establecer una separación entre derecho y moral como garantía del pleno ejercicio de la libertad sexual de los individuos;
11. El reconocimiento del mismo régimen jurídico de las uniones civiles convencionales para las uniones entre personas del mismo sexo deriva de la incidencia directa de los principios de igualdad, no discriminación, dignidad, seguridad jurídica y de la búsqueda de la felicidad como garantía de la dignidad humana.

V. Efectos directos de la decisión de la Suprema Corte en las prácticas institucionales

La decisión de la Suprema Corte brasileña de 2011 tuvo efecto vinculante *erga omnes* y ha influenciado los ámbitos judicial y legislativo. En el ámbito judicial destaca la adopción de la Resolución No. 175 del año de 2013 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), la que dispone:

Artículo 1o. Es vedado a las autoridades competentes la recusa de habilitación, celebración de casamiento civil o de conversión de uniones estables en matrimonio entre personas del mismo sexo.

Artículo 2o. La recusa prevista por el artículo 1o. implicará la inmediata comunicación al respectivo juez corregidor para la adopción de las providencias apropiadas.

El contenido de la Resolución No. 175 /2013/CNJ se ha dirigido a las denegaciones de oficinas de registro civil para habilitar y celebrar matrimonios

civiles de parejas homosexuales; o también a la denegación de conversión de uniones entre personas del mismo sexo en matrimonio civil. Después de la providencia, se permite que la pareja homosexual comunique el caso al juez corregidor para el debido cumplimiento de la resolución, cabiendo además la apertura de procedimiento administrativo por el incumplimiento de la norma.

En términos de decisiones judiciales, también se puede apuntar la autorización judicial para la celebración del matrimonio civil homosexual directo. La celebración del primer matrimonio civil entre personas del mismo sexo fue realizada con fundamento en la igualdad. Dos sentencias proferidas en São Paulo se mostraron precursoras. Una sentencia proferida por el Juez del Segundo Circuito Judicial de Familia de Jacareí, São Paulo, consideró que todas las posibilidades de vínculo civil entre personas del mismo sexo son permitidas, ya sea en forma de unión civil, conversión de uniones civiles en casamiento, e incluso, casamiento directo.³⁰

Otra sentencia del Juez del Primero Circuito Judicial de Cajamar, São Paulo,³¹ ha autorizado el matrimonio entre personas del mismo sexo. El parecer de la Procuraduría de Justicia de São Paulo fue favorable al pedido, haciendo mención al carácter vinculante y *erga omnes* de la decisión de la Corte, y resaltó, además que "los fundamentos de tal juzgamiento, aunque sin dichos efectos vinculantes, son seguramente aplicables al instituto civil del matrimonio (...) lo que no se apuntó en la sentencia por no tratarse del objeto de las acciones en análisis". En líneas generales, la decisión de Cajamar ha afirmado que la Corte "ha reconocido la inconstitucionalidad de cualquier especie de discriminación en razón de orientación sexual, para fines de reconocimiento de la entidad familiar". De otra parte, ha sostenido que el párrafo 3o. del artículo 226 de la Constitución, al establecer que la ley facilitará la conversión de uniones

³⁰ Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Jacareí/ SP. 2a. Vara Da Família e Das Sucessões. Protocolo No. 1209/2011 (Conversão Da União Estável Em Casamento).

³¹ Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Cajamar/ SP.

civiles en matrimonio "obliga al Estado a no ofrecer obstáculos para celebración de casamientos entre personas del mismo sexo, cuando esté reconocida la existencia de unión civil continuada". En síntesis, ha indagado: ¿si la conversión es admitida por qué no admitir el casamiento directo?

Ya en el ámbito legislativo brasileño la decisión de la Corte se sitúa en el seno de un acalorado debate: dos proyectos están en discusión en el Congreso Nacional y marcan un campo de disputa, pues corresponden a propuestas bastante divergentes, por no decir opuestas. De un lado, se encuentra la propuesta formulada por el Colegio de Abogados de Brasil (Orden de los Abogados de Brasil, OAB), la cual busca constituir el Estatuto de la Diversidad Sexual y garantizar los postulados reconocidos en la decisión de la Suprema Corte. El proyecto añade la tipificación penal de la homofobia y establece políticas públicas específicas para la población LGBT. De otro, está el denominado Estatuto de la Familia (el Proyecto de Ley 6583/2013) que busca limitar el concepto de familia, a las uniones heterosexuales.

Como puede verse, la decisión constitucional de la ADI 4277 ha producido efectos diversos en los ámbitos judicial y legislativo, y, de igual manera, en la formación de una doctrina constitucional en materia de familia. Tales manifestaciones pueden ser comprendidas como mutaciones del derecho de familia impulsadas, a su vez, por una mutación derivada de la interpretación del texto constitucional.

VI. Consideraciones finales

Este breve estudio ha destacado la decisión de la Corte Suprema de Brasil acerca de la unión civil entre personas del mismo sexo y su reconocimiento jurídico como entidad familiar, en el ámbito de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI4277). Como categoría de análisis se ha utilizado el concepto de mutación interpretativa jurisprudencial para demostrar que los argumentos adoptados en la decisión tienen por fundamento los valores constitucionales reconocidos por la Constitución Federal de 1988. Y, particularmente, el principio de la igualdad como *leitmotiv* de la fundamentación.

La votación por unanimidad de la Corte ha posicionado una nueva vertiente interpretativa de la Constitución, que reconoce la teoría de la jerarquía de las normas constitucionales y la consecuente posibilidad de inconstitucionalidad de normas constitucionales. Además, el fallo cumple con la tarea de solucionar la laguna legislativa, admitiéndose la aplicación analógica de las normas sobre uniones heterosexuales para las uniones entre personas del mismo sexo, hasta que el legislador cumpla su deber de reglamentación.

Considerada mutación interpretativa jurisprudencial, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Brasil busca adecuarse a los cambios vivenciados por las familias contemporáneas, tales como: la igualdad y simetría de los roles familiares, la democracia en las relaciones familiares; la inversión de las mujeres en sus carreras profesionales; la informalización, la individualización de las relaciones familiares; la prevalencia del afecto y la centralidad afectiva de los niños, entre otros.

Tales aspectos impactan el derecho de familia que, constitucionalizado, pasa a consagrar el principio de la igualdad jurídica, la democratización de la vida familiar y la igualdad de géneros. El fallo refleja la valoración del afecto en detrimento de la jerarquía y de la tradición y propone una relectura del derecho civil a la luz de la Constitución.

Los postulados identificados por el análisis de la argumentación utilizada por la Corte apuntan hacia una nueva hermenéutica constitucional en materia de familia, con efectos que trascienden el campo judicial.

Esto nos lleva a preguntar si todavía se hace necesaria una ley para las parejas homosexuales, o si la repercusión de la decisión de la Corte Suprema es elemento suficiente para garantizar los derechos de esta población. Este, parece ser el debate de los próximos años, teniendo en cuenta la aserrada disputa instalada en la arena legislativa del Congreso brasileño.