

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/10/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32329-derecho-constitucional-y-fundamental-de-constituir-una-familia-en-brazil-la-igualdade-y-adopci-n-por-parejas-homosexuales>

Autore: Richard Pae Kim

derecho constitucional y fundamental de constituir una familia en brazil – la igualdad y adopción por parejas homosexuales

Derecho constitucional y fundamental de constituir una familia en Brazil – la igualdad y adopción por parejas homosexuales

Richard Pae Kim¹

1. Introducción

No hay duda de que las pretensiones de una pareja de homosexuales en adoptar un niño o adolescente, de habilitarse en un catastro oficial con el fin de adoptar y incluso el deseo de un homosexual poder adoptar al niño de un nuevo compañero se topan, al menos en principio, con los principios del artículo 226, 3º, de la Constitución Federal, del artículo 1622 del Código Civil y del artículo 42, párrafo 2º, del Estatuto del Niño y del Adolescente (con redacción por la Ley no. 12.010/2009).

Según lo establecido en el artículo 42, párrafo 2º, de la Ley no. 8.069/90, la adopción puede llevarse a cabo conjuntamente por ambos cónyuges o compañeros que estén en régimen estable. No se puede olvidar que el artículo 226, § 3, de la Constitución se refiere a una unión estable como aquella que se establece entre el hombre y la mujer. Y esta fue la línea adoptada por el nuevo derecho civil, al establecer en su artículo 1622 que la adopción por dos personas sólo es posible si se hace por el esposo y la esposa, o si viven en relaciones estables.

Por lo tanto, se podría afirmar la existência de una prohibición legal explícita en caso de adopción por parejas homosexuales, es decir, en las relaciones entre personas del mismo sexo. Así que no sería posible, a primera vista, la adopción por hogares homoafectivos, o por uno en el caso del(a) otro(a) compañero(a) ya tener un(a) hijo(a), por no se admitir que el niño o la ninã tenga dos madres o dos padres.

La cuestión que se plantea, sin embargo, es dejar claro si los dispositivos mencionados violan o no el principio constitucional del derecho fundamental a la igualdad. Además, aquí también está en juego la verificación de la existência o no de dos derechos: a) el

¹ Richard Pae Kim – Mestre y Doctor en Derecho por La Universidad de São Paulo. Postdoctorado en políticas públicas por la UNICAMP/SP. Profesor del curso de maestría en Derecho de la UNIMEP/SP. Profesor de los cursos de postgrado de la Escuela Paulista de la Magistratura. E-mail: rppk@uol.com.br

pretense derecho del individuo homosexual formar su familia y por tanto, derecho a tener una familia, a adoptar y a ser considerado como padre o madre de un niño o un adolescente, para todos los efectos; b) y, a menudo, el supuesto derecho de un individuo que tiene vínculos con un padre o una madre homosexual, que tenga legalmente reconocido el cuidador como su padre o como su madre adoptivo.

Este punto de vista es importante, ya que no se puede olvidar que la persona a ser adoptada, en la evaluación jurídica de la situación, no puede ser considerada como mero objeto del supuesto derecho en una acción de adopción, pero es, esencialmente, titular de derechos fundamentales, según lo establecido en el artículo 3° del Estatuto del Niño y del Adolescente, en combinación con el artículo 5° y sus subdivisiones, y los párrafos 2° y 3°, de la Constitución Federal.

No hay duda de que, hasta ahora, el sistema infra-constitucional ha optado por la prohibición de la adopción por parejas con homoafectivas. Sin embargo, hay que comprobar si estas normas violan o no los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad y la dignidad humana. Es decir, si las normas restrictivas de los derechos fundamentales violan los principios constitucionales o no.

Los cambios de la hermenéutica en función del neoconstitucionalismo y la importancia de la actividad jurisdiccional en esta transformación son los puntos principales de este trabajo.

2- Neoconstitucionalismo y efectos

Walber de Moura Agra advierte que, desafortunadamente, "todavía no existe una precisión conceptual para la terminología neoconstitucionalismo. Este neologismo nació por la necesidad de expresar algunas cualificaciones que no podían ser explicadas adecuadamente por los conceptos existentes en el constitucionalismo, en el juspositivismo o en el jusnaturalismo²".

Para algunos autores, el término neoconstitucionalismo puede ser utilizado para referirse a una teoría, a una ideología o a un método de análisis del derecho; puede aún

² AGRA, Welber de Moura. **Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo**. In Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? Coordinación Dimitri Dimoulis, Écio Oto Duarte. São Paulo: Método, 2008, p. 435.

designar los elementos estructurales de un sistema jurídico y político, un modelo de Estado de Derecho³.

La constitucionalización del derecho se convirtió en un pos-positivismo, con el cambio de paradigmas, ya que el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, muy bien analizada por Konrad Hesse, trajo una nueva dimensión a la cuestión de la eficacia de las normas constitucionales. Y con este movimiento, se expandió la ya conocida jurisdicción constitucional, con el establecimiento de nuevos parámetros hermenéuticos en materia de los derechos expresos en la Carta Magna. En los días de hoy, aunque algunos autores apoyen la existencia de una lista de representantes de esta nueva teoría o sistema jurídico, como es el caso de Robert Alexy, Dworkin y Ferrajoli, *verbi gratia*, el hecho es que casi todos los grandes autores constitucionalistas actuales, a pesar de que no hayan adoptado el término neoconstitucionalismo, han defendido la misma tesis desarrollada por ellos. Esto se aplica a Ollero, Carbonell, Nino, Zagrebelsky y, en Brasil, a título de ilustración, tenemos Paulo Benavides, Ricardo Lobo Torres, Daniel Sarmento, Luis Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Lenio Streck, Virgilio Afonso da Silva, Luiz Alberto David Araujo, Dimitri Dimoulis, además de muchos otros.

El neoconstitucionalismo o el derecho constitucional de la nueva generación ha llegado a desarrollarse en Europa en la segunda mitad del siglo XX. En Brasil, este ha terminado su configuración con la promulgación de la Constitución de 1988, una carta dirigente y basada en principios definidores de los derechos anteriormente afirmados, además de los nuevos derechos, como, por ejemplo, el derecho del consumidor y de una tutela basada en la democracia y en la solidaridad.

Este fenómeno se inició con la Constitución alemana de 1949, en especial mediante la creación de la Corte Constitucional Federal que se instaló finalmente en 1951 y, después, por las Constituciones de Italia en 1947 (aunque el Tribunal Constitucional sólo haya sido instalado en 1956), de Portugal en 1976 y también en el continente europeo, de España en 1978, que pasaron a tratar, en sus respectivos textos, de los diversos principios y normas, cuyo contenido legal pasó a irradiar, con fuerza normativa, todo el sistema jurídico, lo que repercutió no sólo en los tres poderes, pero principalmente en las relaciones entre el Estado y los particulares y también en las relaciones entre los particulares.

El neoconstitucionalismo ha reiterado y potencializado, con provecho teórico, un sistema de principios que se ha insertado en las constituciones contemporáneas. La alternativa

³ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003, p. 75.

que propone Dworkin, a un modelo de reglas mencionadas anteriormente por Hart, ha evolucionado para un sistema centralmente constituido por los principios. Robert Alexy, cuando contrasta los términos "legalismo" y "constitucionalismo", reconoce que aquello, a diferencia de esto, enaltece las normas y rechaza los principios y valores, proponiendo así un cambio de paradigmas, de modo que se aleja de aquel sistema positivista de Kelsen y se empieza a tratar, ante los nuevos ordenamientos constitucionales, las normas como valores fundamentales en la ciencia del Derecho. Zagrebelsky, en la misma sintonía, concluye que distinguir los principios de las normas significa, en general, distinguir la Constitución de la ley, tratando así de formalizar lo que hoy ya se entiende como verdad la fuerza normativa de las constituciones⁴.

Para Luigi Ferrajoli, el neoconstitucionalismo presenta la renuncia a la epistemología de Kelsen y propone una ciencia, dentro del nuevo sistema, que el profesor italiano denomina "jurídica-funcional", ante el nuevo paradigma constitucional que presenta un "papel crítico y constructivo" Esa ciencia es descriptiva del ser del Derecho y prescriptiva de su deber jurídico⁵.

Ronald Dworkin⁶, a su vez, afirma que en el Derecho están los principios que establecen su contenido real y que estos principios pueden y deben ser definidos como exigencias de la justicia, la equidad, o de otra dimensión de la moral. Y, igualmente, pueden ser asimilados a los derechos individuales, destacando que los jueces deberán utilizar los argumentos principiológicos, a fin de que los derechos del individuo puedan sobreponerse a los objetivos colectivos y en contra de la acción del Estado, evidentemente cuando sean ilegales, inconstitucionales.

El hecho es que hoy hemos instalado un nuevo sistema legal, advenido del pos-positivismo. Y esas son algunas de las ideas que aportan los elementos esenciales de lo que puede llamarse el neoconstitucionalismo, de acuerdo con el estudio realizado por Rodolfo Luis Vigo, a saber: "(a) el derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas autorizativas

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1995.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006, p. 61. A propósito, Cristina Queiroz afirma que "la normatividad no está relacionada con el texto de la norma. Sólo el resultado de la interpretación se presenta como una norma jurídica. En cambio, el que caracteriza el texto de la norma es su validez, que consiste, en primer lugar, en la obligación dirigida a los beneficiarios en conformaren la norma con su conducta y, en segundo lugar, en la obligación dirigida al juez – o cualquier otra autoridad facultada para interpretar – de usar, en su totalidad, el texto de las normas jurídicas apropiado para el caso particular de la obra, lo trabajando correctamente del punto de vista metodológico. El acento tónico ha sido puesto hasta aquí en la aplicación judicial de la Constitución en el intento de identificar la interpretación constitucional con el Poder Judicial. Esto implica, en el límite, no una jerarquía de las normas jurídicas, sino una coordinación entre las funciones del Estado" (Interpretação Contitucional e o Poder Judicial. Coimbra Editora, 2000, p. 336.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 2002, pp. 80 a 83.

para incluir los valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; (b) en la epistemología jurídica, ya no se defiende tanto un conocimiento meramente descriptivo y sistematizador, sino que se pretende la prescripción y valoración, (c) la aplicación deja de asimilarse a la decisión irracional o volitiva, como en Kelsen, o de fácil desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen, (d) el derecho, a una mayor o menor medida, se judicializa superando la distinción entre la creación y aplicación, (e) la validez de las normas, incluyendo las legales, se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales que potencializan el papel del Poder Judicial, (f) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho concerniente a las autoridades; y (g) la clara distinción entre el derecho y la moral se debilita, y el jurista debe hacer frente a las demandas de la moral crítica⁷.

En el constitucionalismo moderno, más específicamente a partir del siglo XX, como ya se mencionó en este trabajo, las Cartas Magnas de los Estados adoptaron como referencia los derechos fundamentales y los principios de la justicia material, y se creó una interpretación a través de la cual se concluyó la inafastable exigencia de que todas las reglas del ordenamiento jurídico sean construidas de acuerdo con todo el contenido delineado en la Constitución.

Para recordar el esolito de Hans Kelsen, hay dos sistemas normativos: los sistemas estáticos y los sistemas dinámicos. En los sistemas estáticos, las normas son válidas si su contenido o sustancia se ajustan al contenido material prescrito por la norma fundamental del sistema. En los sistemas dinámicos, en cambio, las reglas son válidas si son creadas por la autoridad competente y conforme el procedimiento establecido por la norma fundamental. Es decir, en los sistemas estáticos se operan los criterios materiales de la validez de las normas, mientras que en los sistemas dinámicos las normas son sometidas a condiciones formales de validez. Y en el caso, como defiende el autor, los ordenamientos jurídicos son sistemas dinámicos⁸.

Hans Kelsen⁹ también alegó que una Constitución puede incorporar principios como la justicia, la libertad, la igualdad o la moralidad, pero llegó a considerarlos como objetivos que deben guiar al legislador, a veces destacando que estos principios pueden ser invocadas por un tribunal constitucional para declarar la inconstitucionalidad de una norma, y a la vez

⁷ VIGO, Rodolfo Luís. **Constitucionalização e Neoconstitucionalismo**: alguns riscos e algumas prevenções. Revista Electrónica del Curso de Derecho de la UFSM, Marzo de 2008, vol. no. 03, no. 01. Disponible en < <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n1/Vigo.pdf> > Acesso em 04 de julho de 2011..

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 163-165.

⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 167-170.

dando cuenta de que los valores demasiado abstractos, como la moral o la justicia, no permiten que los parámetros sean utilizados para decidir los casos concretos, certificando que el tribunal constitucional debe evitar proclamar principios y, como consecuencia, desplazar el poder, en sustitución al legislador. Y sobre estos argumentos, el Profesor Dimitri Dimoulis presentó sus esclarecedoras observaciones: "A) Kelsen no critica la proclamación de los principios en los textos constitucionales. Alerta sobre los problemas generados por su convivencia con el control de constitucionalidad judicial y concentrado. En tal hipótesis, considera que el equilibrio institucional se expone a un riesgo incontrolable, con el riesgo de abuso del poder por parte del Tribunal Constitucional. (...) B) Refiriéndose a los principios en el texto de 1928, Kelsen no cumple con el requisito de neutralidad, porque está preocupado por la calidad del legislador y por la seguridad jurídica. Esto no es un caso aislado. La presentación de la seguridad jurídica como finalidad del derecho positivo es una constante en la obra de Kelsen, que, en nuestra opinión, lo lleva a desvirtuarse de la postura de neutralidad que él mismo reivindica. Y concluye el profesor, "por lo tanto, las críticas y preocupaciones de Kelsen sobre la abertura de los principios y los riesgos del abuso poseen naturaleza juspolítica (de política jurídica, *Rechtspolitik*) y no dogmática. Resultan de una evaluación externa y no implican en el desconocimiento o en la contestación de la naturaleza jurídica de los principios jurídicos, por más abstractos y "peligrosos" que puedan parecer"¹⁰".

En la teoría de la integridad de Ronald Dworkin, se aparta de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral y se adopta un concepto de la moral de la cual pueden derivar principios jurídicos utilizados tan sólo para resolver casos difíciles. A propósito, es necesario tener en cuenta que otros autores como Hart, Alexy y Atienza afirmaron ser posible la separación entre los llamados casos fáciles (*easy cases*) y casos difíciles (*hard cases*)¹¹.

Sin embargo, como ha señalado Lenio Luiz Streck¹², es costumbre hacer esa distinción de manera equivocada, ya que cuando bien entendido el caso, esto se convierte en un caso fácil y así no habrá necesidad de una mejor interpretación de las normas que deben ser aplicables a la especie. Por lo tanto, el problema de un "caso" ser fácil (*easy*) o difícil

¹⁰DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto. **O positivismo jurídico diante da principiologia**. In Teoria do Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008, pp. 187-189.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise.**, In, *Freedom's Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996, pp. 1-38. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2008.

¹² STRECK, Lênio Luiz. **A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo**. In: Teoria do Direito Neoconstitucional. São Paulo: Método, 2008, p. 299-301.

(hard) no está en sí mismo, sino en la posibilidad - que viene de la pre-comprensión del intérprete - de entenderlo.

Las Constituciones han dejado atrás aquel modelo meramente utilitario, que defendía Hans Kelsen, y optaron por instalar en sus textos valores y exigencias que se refieren a la moral, y que han sido consagrados bajo el manto jurídico y no sólo político, a ejemplo de la Constitución de Francia, tal vez el país menos generoso en Europa con la constitucionalización de sus normas, ya que el Consejo Constitucional, en 1971, llegó a reconocer la operacionalidad del contenido de la Constitución francesa, invocando las disposiciones establecidas en las Declaraciones de los Derechos.

Flávia Piovesan, del mismo modo, ha llegado a criticar la postura de Karl Loewenstein, presente en su obra *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 401-402, en la que el autor preconizó que "los derechos fundamentales no son derechos en el sentido jurídico, puesto que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, sino cuando hayan sido institucionalizados por una acción estatal (...). En los Estados avanzados técnicamente, una gran parte de la filosofía de los derechos sociales y económicos ha sido concretada en la legislación positiva. Por otra parte, estos derechos permanecen, a menudo, en muchos países desarrollados - y permanecen durante mucho tiempo - como planes meramente nominales para el futuro, hasta que las condiciones socioeconómicas permitan su aplicación. Además, allí donde los derechos sociales tienen que esperar hasta que existan los requisitos de su aplicación, cumplen un objetivo: para los detentores del poder son el estímulo que impedirá su realización y para los destinatarios del poder significarán la esperanza de que un día se harán realidad¹³".

La verdad es que el positivismo jurídico ha equiparado el Derecho con la ley y se apartó de la filosofía y de los debates sobre cuestiones importantes como la legitimidad y la justicia. Sólo con el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX, con las nuevas constituciones y con la creación de Tribunales Constitucionales es que surge una nueva modalidad de interpretación jurídica, con la denominada interpretación constitucional.

En Brasil, el desarrollo de una teoría de interpretación conforme la Constitución es la consecuencia inmediata de las bases del Estado Democrático de Derecho construido con la Constitución de 1988, que promovió la constitucionalización de los principios y preceptos

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Edición, São Paulo: RT, p. 72.

básicos de todos los asuntos de importancia jurídica, política y cultural. Se puede percibir claramente la elevación del status político del Poder Judicial, especialmente del Supremo Tribunal Federal por su atributo de guardián de la Constitución, que tiene por finalidad obtener la probidad y la eficacia de la administración pública y el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Por supuesto, debe aplicarse asimismo a la interpretación constitucional los elementos tradicionales de interpretación del Derecho, como es el caso de la interpretación gramatical, histórica, sistemática y teleológica. Y también no se puede olvidar que los criterios seculares de solución de eventuales conflictos aparentes de normas dentro de un sistema jurídico (positivo y pos-positivo) siguen siendo el jerárquico, el temporal y lo da de la especialidad.

Sin embargo, ante el neoconstitucionalismo, donde se nota una diseminación de la protección de los derechos fundamentales y de manera estricta vinculados a la dignidad de la persona humana, la doctrina y la jurisprudencia han sistematizado una lista de principios aplicables a la correcta interpretación constitucional.

De acuerdo con la lección de Barroso, estos principios, de naturaleza instrumental, y no material, son presupuestos lógicos, metodológicos o finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales. Son ellos, en la ordenación que parece más adecuada a las circunstancias brasileñas: la supremacía de la Constitución, la presunción de constitucionalidad de las normas y de los actos del Poder Público, la interpretación conforme la Constitución, la unidad, la razonabilidad y la efectividad. (...) Y hay que fijarse en: la interpretación jurídica tradicional no está derrotada o superada en su conjunto. Por el contrario, es en su ámbito que sigue siendo resuelta la gran parte de las cuestiones jurídicas, probablemente la mayoría de ellas. Sucede, sin embargo, que los operadores jurídicos y los teóricos del Derecho se han dado cuenta, en los últimos tiempos, de una situación de carencia: las categorías tradicionales de la interpretación jurídica no son enteramente ajustadas a la solución de un conjunto de problemas relacionados con la ejecución de la voluntad constitucional. Desde entonces se ha deflagrado el proceso de la elaboración doctrinaria de nuevos conceptos y categorías, agrupados bajo la denominación de la nueva interpretación constitucional, que utiliza un arsenal teórico diversificado, en un verdadero sincretismo metodológico¹⁴.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

El establecimiento de principios importantes en la Constitución; la ampliación de las denominadas cláusulas generales; la aparición de nuevas y variadas hipótesis entre las normas constitucionales; la necesidad de efectuar una ponderación entre los principios y/o normas supuestamente contradictorios; y la necesidad de la descripción y evaluación de una argumentación jurídica real; todos estos elementos han contribuido para el desarrollo del estudio de una nueva Teoría de la Interpretación Constitucional.

Con el brillo y la didáctica que le son propias, el noble maestro Luis Roberto Barroso abordó estos institutos y su importancia en la interpretación constitucional, en un artículo publicado en la Revista de la Procuraduría del Estado de Rio Grande del Sul¹⁵.

El hecho es que, con el inicio de lo que podemos denominar el neoconstitucionalismo, ahora tenemos un pos-positivismo, con un enfoque en los derechos fundamentales y una nueva aproximación entre el Derecho, la Ética, la Legitimidad y la Justicia, lo que permite el desarrollo de una dogmática o de una interpretación constitucional.

3- Homoafectividad y el principio de la igualdad

No se pueden olvidar algunos aspectos de la doctrina, importantes para permitir el reconocimiento de la existencia de un derecho fundamental a los homoafectivos.

Los derechos fundamentales, hoy, se traducen en un haz de posiciones jurídicas fundamentales, ya que cada derecho fundamental presenta, al mismo tiempo, aunque en diversos grados, las dimensiones positivas y de defensa, con derechos y obligaciones al titular y a terceros. Y hay también una necesidad de entender estos derechos no sólo como simples reglas, sino también como principios, es decir, estos se presentan en la Constitución, *prima facie*, con su definición y sólo pueden ser restringidos siempre que compatibles con la propia Carta Magna.

Hoy, en un momento pos-positivista, o incluso denominado de neoconstitucionalismo, en lo cual los principios han dejado de ser meramente complemento de las reglas, pero estas buscan su validez en aquellos, lo que denota la existencia de un

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In Revista de la Procuraduría General del Estado de Rio Grande del Sul, Porto Alegre, v. 28, no. 60, pp. 27-65, julio/diciembre 2004.

carácter normativo de ambos institutos jurídicos, es decir, un deber-ser de los principios y de las reglas, todo el sistema tiene su fuente de validez en la Constitución Federal. Cuando ocurre colisión entre principios, se debe resolver la cuestión a través de la ponderación. En caso de colisión entre las reglas, por ser aplicables a la forma de "todo o nada", conforme lección de Ronald Dworkin¹⁶, y, por lo tanto, se resuelve por la regla de subsunción. Sin embargo, tras la colisión entre el principio y la regla, no hay duda de que esta no puede sobrevivir, en términos de validez, dentro del sistema, cuando sea absolutamente incompatible con el dicho precepto, o incluso, si el caso, se podrá concluir que la regla no restringe el precepto en caso de no estar dentro de los contornos conformadores del precepto mayor establecido por la Constitución Federal.

En los sistemas legales contemporáneos se puede afirmar sin duda alguna que los derechos fundamentales no son absolutos. Muchos filósofos han afirmado incluso que "no existe media libertad", pero esto no es cierto. No hay libertad absoluta para nadie, ni siquiera en un Estado Liberal. No hay libertad absoluta en el trabajo, en la calle, o incluso en la casa, con eso, por todas las evidencias, hay que respetar las opciones de la norma. Lo que es necesario definirse, sin embargo, son los criterios constitucionales para entender cómo válidas las restricciones, las limitaciones a los derechos fundamentales, mediante la restricción o la ampliación hasta los contornos de estos derechos.

En la actualidad, la doctrina ha llegado al consenso de que incluso estos derechos pueden ser limitados, es decir, restringidos. Conforme la lección del eminente constitucionalista J. J. Gomes Canotilho¹⁷ pueden ocurrir, básicamente, tres tipos de restricciones a los derechos fundamentales: a) existen restricciones directamente constitucionales, que imponen límites inmanentes a las libertades individuales formuladas expresa o tácitamente por la Constitución, convirtiendo así un derecho efectivo en un derecho no definitivo, pues son límites máximos del contenido; b) existen las restricciones indirectamente constitucionales, en que la posibilidad de condicionar el ejercicio pleno del derecho ha sido autorizada por la Carta Magna por medio de las cláusulas de reserva explícitas, es decir, la Constitución indica el medio por el cual se podrá efectuar la restricción, como la ley ordinaria, por ejemplo, c) y, por último, las restricciones implícitas, que no se producen de forma explícita en la Constitución, pero afectan a las reglas plenamente permisivas, con el objetivo de proteger otros derechos y bienes igualmente protegidos.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Editorial Ariel: Barcelona, 2002.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almeina: Coimbra, 7ª Edición, pp. 335-336.

Robert Alexy, en su magnífico libro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ofrece elementos lógicos para que podamos comprender el contenido del principio de la igualdad. Al afirmar que la ley debe tratar todas las personas de manera idéntica, el autor certifica que el significado más simple y fácil es decir que el legislador no puede poner todas las personas en la misma posición jurídica, no obstante tenga que buscar que todos posean las mismas propiedades naturales y que se encuentran en la misma situación. En otras palabras, este principio, que se dirige al legislador y, más concretamente, a la norma, no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco todos deben ser iguales en todos los aspectos. Sin embargo, no hay como permitirse todos los modelos de diferenciación, pues toda distinción debe poseer un contenido jurídico razonable. Empleando los términos “esencial” y “arbitrariamente”, Robert Alexy lista en su obra las formulas utilizadas por el Tribunal Federal Constitucional alemán que, para este juez, deben aplicarse a la especie. Es decir, el legislador está prohibido de tratar: a) el igual, desigualmente; b) el esencialmente igual, desigualmente; y c) el esencialmente igual de manera arbitrariamente desigual¹⁸.

Teniendo en cuenta las colocaciones mencionadas, con el debido respeto por las personas que razonan de manera contraria, no se puede suponer que las normas que tratan a las personas de modo diferente, simplemente por la orientación sexual efectuada internamente por el individuo, sean razonables y proporcionales. De ninguna manera puede interpretarse que los artículos 1622 del Código Civil y 42, párrafo 2º, del Estatuto del Niño y del Adolescente, encajan como uno de los supuestos válidos de restricción al derecho a la igualdad, que debe ser respetado por todo el sistema jurídico, ya sea porque no hay limitaciones expresas o implícitas en la Constitución Federal para permitir la discriminación en los casos de adopción por parejas homosexuales, o sea porque no hay ninguna disposición constitucional para facultar al legislador ordinario la disciplina, la creación de opciones en este sentido. De otro modo, la hipótesis sería de aplicación de lo dispuesto en el artículo 228, párrafo 5º, de la CF, en la medida que este dispositivo dispone que la ley debe, únicamente, establecer las circunstancias y condiciones de adopción por extranjeros.

Acerca de la inconstitucionalidad de un trato diferenciado de las reglas ya descriptas, el eminente profesor Luís Roberto Barroso, en su ensayo “Diferentes pero iguales: el

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, pp. 393-432.

reconocimiento jurídico de las relaciones homoafectivas en Brasil¹⁹”, sostuvo que “la Constitución es refractaria a toda forma de prejuicio, binomio que contiene el menosprecio o la no equiparación con base en la orientación sexual de los individuos” (p.183), y que la imposibilidad de la procreación no es una justificación de un trato desigual. En una sociedad democrática y pluralista, hay que reconocer la legitimidad de las identidades alternativas a la norma de las mayorías, porque el establecimiento de modelos de moralidad ya ha explicado, a lo largo de la historia, diversas formas de exclusión social y política, aprovechándose del discurso médico, religioso o de la represión directa del poder; y que los valores cristianos pueden tener importancia en el debate que se establece dentro de las confesiones religiosas. Pero, como intuitivo, no puede afirmarse en el espacio público de un Estado secular.

4. Derecho fundamental de constituir una familia.

Como es sabido, la familia es ahora el fundamento de la sociedad, según el artículo 226 de la Constitución Federal y, así, debe recibir una protección jurídica adecuada. La predicción ha autorizado que todos los ciudadanos, sea por el matrimonio, por la unión, natural o artificial, o por la adopción, pueden fundar sus familias, que, por una obvia cuestión, es una comunidad formada por cualquiera de los progenitores y sus descendientes (artículo 226, párrafo 4º, de la Constitución Federal).

La Constitución Federal, en el artículo 226, presentó su preocupación, que también fue la del legislador constituyente para la protección de las familias, no sólo la del matrimonio sino también las que – debido a la dinámica de la evolución social – estallaron, al lado del matrimonio, con el impulso de superar muchas de las exclusiones de que, hace más de un siglo, lleva el bueno y correcto concepto de familia: jerárquico y patriarcal, señorial y patrimonial, y, sin duda, lleno de machismo, antifeminismo y otros prejuicios, como así ha señalado el eminente profesor de derecho constitucional de la USP y de la UNIMEP, Doctor

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In* Revista de Derecho del Estado no. 05, pp. 167-207.

Sérgio Rezende de Barros, que también trajo un grán énfasis en las diversas formas conformistas del derecho fundamental a la familia, a saber:

Fué con esta visión realista – aparición de una actitud abierta y progresista – que la Asamblea Constituyente dio protección constitucional al concubinato, mediante la aplicación de su nuevo nombre, unión estable (CF, artículo 226, párrafo 3º), con propósito justo para salvarlo del cargo de los tabúes y de la discriminación del nombre antiguo – que apareció en la doctrina y en la jurisprudencia, cuya espontaneidad no elimina las contaminaciones por los prejuicios sociales. Aquí la “mens legisladores” fusionó la “mens legis” en la elaboración de la Constitución brasileña de 1988. Es evidente que una tal mentalidad constituyente, así como la mente por ella constituída en la ley suprema, aunque de manera expresa no hayan previsto otras formas de entidad familiar, no se opone a que sean reconocidas por la ley o la jurisprudência, o por la doctrina. Entre estas formas de entidad familiar no previstas en la enumeración del artículo 226 de la CF y sus párrafos, la familia anaparental, que subyace en el afecto familiar, aún sin la presencia de un padre o de una madre, y la familia homoafetiva, que se basa en el afecto de la familia sin combinar un hombre y una mujer.

(...)

Es de esta manera – con su propio reflejo en la Constitución del Estado – que el derecho de familia se inicia en el derecho por una familia y derivan deste otros derechos de la familia, que son generalizados derechos humanos: todos los sujetos tienen estos derechos en función de la familia. Por lo tanto, son derechos funcionales - operacionales de los derechos más fundamentales – que no se pueden negar a cualquier entidad de la familia, por más que se aleje de los patrones tradicionales. En la práctica histórica, es efecto de esta funcionalidad el hecho del derecho entrelazar cada vez más sujetos y objetos dentro de la familia, en el cuanto ha sido necesario hacer para que se realice el ser humano en los individuos con más dignidad (mejor calidad de ser humano) y envolvente inclusión (mayor cantidad de seres humanos). Al final, una cosa es cierta: esta evolución sólo podrá ser completa, en calidad y cantidad, según lo solicitado por la universalidad de los derechos humanos, cuando llegue a la familia en todas sus manifestaciones, y no sólo en lo matrimonio, en la unión estable y en el concubinato. Hay otras maneras que también existen, pero son tratadas con desigualdad por la ley. Esta injusticia no puede seguir manchando las páginas de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación.

(...)

Tampoco hay razón para negar los derechos humanos a otra forma de entidad familiar que, mismo antigua, sigue siendo negada por los prejuicios como prefijos del concepto de familia. Es la familia homoafetiva, que se forma alrededor de la unión conyugal entre personas del mismo sexo. Este tipo de familia está en un acelerado proceso de afirmación, cuyo apoyo psicológico es el afecto homosexual, y demanda ser reconocido por las leyes de derecho de familia, porque no hay ninguna razón para excluir los derechos humanos de sus miembros – incluyendo a los hijos adoptivos (...), así como los niños criados por procesos innovadores desarrollados por la biogenética²⁰.

Se sabe que la ley aún trata a la unión homoafectiva como una sociedad de hecho y aplica, de manera alternativa, el texto de la “Súmula” 380 do STF. Sin embargo, con el debido respeto para con las personas que apoyan este punto de vista, no hay manera de tratar a los homosexuales como ciudadanos de segunda clase, así como ocurría con las categorías de personas en la Antigüedad, e incluso durante el Estado Moderno. En nuestro sistema

²⁰Texto básico de la conferencia dada el 29 de agosto de 2003, en la XII Jornada del Derecho de Familia, que se celebró en el Auditorio de la Asamblea Legislativa de Rio Grande del Sul, con el patrocinio de la Oficina de Abogados del Rio Grande del Sul, disponible en <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em 03 de julho de 2011.

neoconstitucional, con base en el Estado Democrático de Derecho, nadie podrá ser discriminado por su orientación sexual. La homosexualidad es una realidad que debe tenerse en cuenta, si no se quiere hacer la vista gorda a lo que es el “ser”, lo que exige del hermenéutico la correcta aplicación del deber ser a lo que es. Y, para este juez²¹ y autor, algunos tribunales han decidido la cuestión de manera correcta, a saber:

Apelación civil. Acción de Reconocimiento de Disolución de Sociedad de Hecho, combinada con partición. Demanda juzgada precedente. Recurso improvido.

Aplicando la analogía de la Ley 9.278/96, la demandante y su compañera tienen el derecho de compartir los bienes adquiridos durante la convivencia, incluso después de disuelta la unión estable. El Poder Judicial no debería distanciarse de los problemas palpantes, recubiertos con prejuicios, simplemente porque carecen de las normas jurídicas. La relación homosexual debe tener la misma atención. Demostrado el esfuerzo común de ampliar el patrimônio de la convivencia, los bienes deben ser compartidos. Recurso Improvido (Tribunal de Justicia de la Bahía – Apelación Civil 16.313-9/99 – Tercera Cámara Civil – Magistrado Mário Albani – J. en 04.04.2001).

Homosexuales. Unión Estable. Posibilidad jurídica de la aplicación. Es posible el reconocimiento de la unión estable de parejas homosexuales, con base en los principios fundamentales esculpidos en la Constitución Federal, que prohíben la discriminación, incluso en cuanto al sexo, siendo inadecuada la discriminación en cuanto a las relaciones homosexuales. Y precisamente ahora, cuando una ola de renovación se extiende en el mundo. Con buenos reflejos en nuestro país destruyendo prejuicios arcaicos, cambiando conceptos e imponiendo la serenidad científica de la modernidad en el manejo de las relaciones humanas. Las posiciones deben ser marcadas y maduras, para que los avances no sufran retrocesos y para que las individualidades puedan pisar seguras en la búsqueda de la felicidad deseada, derecho fundamental de todos. Sentencia desconstituida para la instrucción de la causa. Juzgado de procedencia. Apelación Provida (Apelación Civil 598362655 - 8ª Cámara Civil – Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul – Magistrado José Ataídes Siqueira Trindade – J. en 10.03.2000)

Aunque no se pueda considerar la unión afectiva como una situación con la misma protección jurídica de la unión estable, es inconcebible que dos personas, que viven bajo el manto de una unión de sociedad, no tengan derecho a constituir, conjuntamente, una familia. Y, de acuerdo con lo ya advertido, que “el derecho no debe decidir cómo la familia se debe formar o cuáles son sus motivaciones jurídicamente relevantes (...). Es preciso solamente que respete la dignidad de sus miembros, en igualdad de relación entre todos, al operador jurídico sigue aplaudir, como un mero espectador²²”.

El sofisma de los argumentos que surgen de organizaciones religiosas, con el debido respecto, no puede servir como una capa para impedir el derecho de los ciudadanos de constituir una familia. Y sólo es aceptable por los preceptos establecidos en las normas que,

²¹ Este juez ya tuvo oportunidad de reconocer, por sentencias definitivas, la legalidad de la adopción por parejas homosexuales (Proceso no. 3811/07) y también de habilitarse (Proceso no. 124/07) en la Vara de la Niñez y de la Juventud.

²² CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 23-25.

en nuestra opinión, son inconstitucionales en la medida que anulan el derecho de una pareja, o mismo, de uno de los componentes de la relación homoafectiva – en que sea comprobada la estabilidad de la familia – de hacer parte jurídicamente de una familia, aunque ya haga parte de la misma en el aspecto fáctico²³.

La orientación sexual, por lo tanto, como un elemento en una resolución judicial no puede ser factor de obstaculizar el ejercicio del derecho constitucional de formar familias. La orientación sexual, en la mayoría de los casos, no es una elección. Es decir, es posible que una persona cambie su orientación sexual, con solamente algunas excepciones. De hecho, el cuidado ya no es, desde la constitucionalización de la familia, un simple hecho jurídico, pero un importante componente de las normas vigentes, a fin de informar cualquier decisión destinada a la justicia²⁴.

La eminente profesora Maria Berenice Dias, quien ha contribuido en gran medida a la reflexión jurídica del derecho de familia y especialmente sobre este tema, afirmó que el “hecho de la atención estar direccionada para alguna persona del mismo sexo o de otro sexo no puede ser objeto de trato discriminatorio, ya que se basa en el género real de la persona que hace la elección. La decisión judicial que adopte el criterio de la coincidencia de los sexos parte de un prejuicio social. La especie humana es la única en la que hay una separación física y psíquica entre el acto sexual del placer y la función de procreación. De esta separación, nace la libertad de orientación sexual, que se ha convertido en inherente al hombre. Las personas de ambos los sexos tienen derecho a depositar una relación sexual más allá de la simple necesidad de la reproducción, incluso entre personas del mismo sexo, lo que no afronta los conceptos de las sociedades desarrolladas históricamente. No es debido desfigurar para no proteger, sino por los prejuicios que, atados al pasado, distorsionan la evolución y la historia de la humanidad (...). Todas las personas tienen libertad de elección, no teniendo importancia el sexo de la persona elegida. Si una persona no sufre nada por estar obligada a una persona del sexo contrario, pero obtiene rechazo social por su deseo de unidad con alguien del mismo sexo, esta siendo discriminada por su orientación sexual. El tratamiento diferencial, por la inclinación a uno u otro sexo, muestra una clara discriminación a un mismo, en función de su identidad sexual. Como la orientación sexual solo es capaz de distinción delante del sexo de la

²³ Sobre la cuestión de la constitucionalidad vide obra de VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Homoafetividade & Família: Da Possibilidade Jurídica do Casamento, da União Estável e da Adoção por Casais Homossexuais*, São Paulo: Instituto Presbiteriano Mackenzie, 2005.

²⁴ cf. TUPINAMBÁ, Roberta. **O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares**. In, PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 357-379.

persona elegida, es derecho que tenga protección constitucional frente a la prohibición de discriminación por razón de sexo. El sexo de la persona elegida no puede generar un tratamiento desigual sobre quien elige, de manera a diferenciar a alguien por el sexo que tenga: igual o diferente del sexo de la otra persona²⁵”. La adopción de la tesis simplista y cómoda de la mayoría sería alejar el derecho que la persona homosexual tiene de tener reconocido jurídicamente su familia y esto, delante de los principios de la no discriminación²⁶ y de la dignidad humana, no es admisible.

Según escolio del eminente constitucionalista profesor Doctor José Afonso da Silva, son los derechos humanos fundamentales: “... garantías de una vida digna, libre e igualitaria para todas las personas”. Entonces, estos derechos son situaciones jurídicas, objetivas y subjetivas, establecidas por el derecho positivo en ventaja de la dignidad, igualdad y libertad de la persona humana y contra el poder arbitrario del Estado”, incluso del propio legislador²⁷, razón por la cual no hay manera de permitir cualquier forma de discriminación.

De hecho, este último principio solamente permite su relativización si respectado el principio de la igualdad. Y, de acuerdo con la lección de Luiz Alberto David Araújo, “no se puede concebir la idea de que el Estado Moderno tenga que seguir una ruta diferente a la que presupone la felicidad de sus componentes. El hombre se organiza para alcanzar la felicidad. El se sujeta al reglamento del Estado, acepta sus reglas, paga impuestos, respeta límites, buscando la felicidad en esta asociación. (...) Al alistar y garantizar principios como lo del Estado Democrático, de la dignidad de la persona humana y lo de la necesidad del bien de todos, sin cualquier prejuicio, el constituyente garantizó el derecho a la felicidad. No escribió de forma expresa, pero dejó claro que el Estado, dentro del sistema nacional, tiene la función de promover la felicidad, pues la dignidad, el bien de todos, arroga el derecho a ser feliz. Nadie puede concebir que un estado que tiene como objetivo promover el bien de todos pueda contribuir a la infelicidad del individuo. Por lo tanto, la interpretación constitucional conduce a la búsqueda de la felicidad del individuo, no su infelicidad. Y, como veremos, la felicidad requiere prestar atención a los valores de la minoría²⁸”.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual** – o Preconceito e a Justiça, 3ª Edición, 2006, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 76.

²⁶ vide FUGIE, Herica Harumi. **A união homossexual e a Constituição Federal**. In: Revista Brasileira del Derecho de Familia. Porto Alegre: Síntesis, v. 04, n. 15, 2002, p. 142.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 209.

²⁸ ARAÚJO. Luis Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 74

La lógica y natural consecuencia de reconocer la existencia de un derecho constitucional de formar una familia, sin discriminación de las preferencias sexuales de los ciudadanos, también implica el reconocimiento del derecho de uno o de ambos miembros que forman una pareja homosexual de adoptar un niño. Tenemos juzgados de Tribunales de los Estados que han reconocido la constitucionalidad y el derecho a la adopción por parejas homosexuales:

Adopción acumulada con la destitución del pátrio poder. Alegación del adoptante ser homosexual. Deferimento del pedido. Recurso del Ministerio Público. 1. Habiendo los pareceres de apoyo (psicológico y de estudios sociales), teniendo en cuenta que el adoptado, ahora con diez años, se siente orgulloso de tener un padre y una familia, ya abandonado por sus padres con un año de edad, responde a la adopción a los objetivos preconizados por el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) y deseados por toda la sociedad. 2. El adoptante es profesor de ciencias en colegios religiosos, su conducta es rigidamente observada, y no habiendo otro impedimento, también es la adopción a él entregue, factor de formación moral, cultural y espiritual del adoptado. 3. La afirmación de homosexualidad del adoptante, preferencia individual constitucionalmente garantizada, no puede servir de impedimento para la adopción de un menor de edad, si no probada cualquier manifestación ofensiva a la decencia y capaz de deformar el carácter del adoptado, por mestre cuya actuación es también entregue a la formación moral y cultural de muchos otros jóvenes. Votación: Unánime. Resultado: Apelo impróvido (TJRJ - Apelación Cível – Proceso no. 1998.001.14332 Desembargador Jorge Magalhães - Juzgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível).

APELACIÓN CÍVEL. ADOPCIÓN. PAREJA FORMADA POR DOS PERSONAS DEL MISMO SEXO. POSIBILIDAD. Reconocida como una entidad familiar, merecedora de la protección del Estado, la unión formada por personas del mismo sexo, con características de duración, publicidad, continuidad y intención de constituir una familia, es consecuencia indiscutible la posibilidad de que sus componentes puedan adoptar. Las obras especializadas no indican ningún problema en que los niños sean adoptados por parejas homosexuales, pero importando la calidad del vínculo y del afecto que impregna el ambiente familiar, en que se inserta y que los conecta con sus cuidadores. Es hora de abandonar los prejuicios y las actitudes hipócritas que no tienen base científica, adoptándose una postura de firme defensa de la prioridad que constitucionalmente es garantizada a los derechos de los niños y de los adolescentes (art. 227 de la Constitución Federal). En este caso, el informe pericial demuestra el buen vínculo entre los niños y los adoptantes. NEGARÁN PROVIMIENTO. UNÁNIME. (TJRS - APELACIÓN CÍVEL 7ª CÁMARA CÍVEL Nº 70013801592 COMARCA DE BAGÉ - DESA. MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelación Cível nº 70013801592, Comarca de Bagé: "NEGARÁN PROVIMIENTO. UNÁNIME- Juzgador de 1ª Instancia: MARCOS DANILO EDON FRANCO).

5. El cuidado y el vínculo afectivo.

Tampoco se puede, en un acto de adopción, desconsiderar como un factor esencial para el reconocimiento de que la protección jurídica aquí defendida cumple los principios

constitucionales establecidos por la Constitución (art. 227, *caput*) y por el Estatuto del Niño y del Adolescente (artículos 4º y 19, primer parte) de la prioridad y de la convivencia absoluta. Además, como escribió Rodrigo Pereira da Cunha, “el padre es mucho más importante como una función social que como padre²⁹”.

En particular, debemos reconocer la existencia de este derecho, si existe un estrecho vínculo afectivo entre el niño y la parte pretendiente cuando se trata, por ejemplo, de adopciones unilaterales, a la vista de los principios de la protección integral y de la vida familiar, establecidos en el Estatuto del Niño y del Adolescente, porque cuando hay una estructura familiar existente de hecho, se están garantizados también los derechos sucesorios del adoptando, cumpliendo, así, el principio enunciado en el artículo 43 del Estatuto del Niño y del Adolescente, que establece que “la adopción se concederá cuando hayan ventajas reales para el adoptando y cuando fundada en motivo legítimo”.

También hay que observar que hoy, debido a las nuevas configuraciones familiares, las restricciones, derivadas de la no comprensión de algunas personas acerca de los cambios, por ejemplo, la historia de un niño que llama a su abuela “madre”, o que dice tener tres padres porque su madre se casó varias veces, o que dice que no tiene padre porque nunca lo conoció, y así sucesivamente, no puede servir como un argumento suficiente para apartarse del reconocimiento del derecho de las parejas homosexuales, de la persona homosexual, así como del derecho del adoptando a la protección legal que se está discutiendo.

Por otra parte, cabe señalar que, desde los años setenta, los investigadores americanos han hecho estudios en las familias consideradas como no convencionales, y, entre ellas, las familias que viven en comunidades con parejas homosexuales, y concluyeron que los niños con los padres del mismo sexo son tan ajustados, en términos de comportamiento, como los niños con los padres heterosexuales. También las chicas resultaron ser femeninas, así como los muchachos eran iguales a los otros hombres³⁰.

6. La cuestión registral.

En cuanto a la cuestión registral, también no hay obstáculos dentro del sistema jurídico de la adopción por parejas homosexuales. Inicialmente, la Ley de los Registros

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família** – uma abordagem psicanalítica. 3ª Edición, rev. atual. e ampliada. São Paulo: Del Rey: 1997, p. 131

³⁰ vide Flaks, D. K., Ficher, I., Masterpasqua, F., & Joseph, G.. **Lesbians choosing motherhood**: A comparative study of lesbian and heterosexual parents. *in* *Developmental Psychology*, no. 31, 1995, pp.105-114.

Públicos (Ley 6.015/73) establece exclusivamente los requisitos formales, siendo que no hay obstáculos como el de haber dos madres del mismo sexo. Por su vez, el Estatuto del Niño y del Adolescente, en el artículo 47, establece que el “vínculo de la adopción se realiza por una orden judicial que se inscribirá en el registro civil, con una orden en que se presente un certificado”. De acuerdo con el sustentado por Enézio de Deus Silva, el §1º, del mismo artículo, por otra parte, no discrimina sobre la base del sexo biológico, ya que “el registro deberá incluir el nombre de los padre adoptivos, así como el nombre de sus antepasados³¹”. Por lo tanto, las normas no traen ninguna obligación en virtud de la Constitución de la distinción que se ejecuta en el registro con respecto a la sexualidad biológica de los adoptantes. Y, con el fin de evitar cualquier tipo de vergüenza para las personas mencionadas en el expediente, sin que no se aclare la realidad socioafectiva de los adoptados, el juez gaúcho Marcos Danúbio Edon Franco determinó, en su sentencia, que en el registro de nacimiento de niños adoptados por personas de mismo sexo sólo tenga, por ejemplo, que es hija de L.R.M. e Li.M.B.G., sin hablar acerca de la condición de madre o padre. Y esta disposición también debe aplicarse a la especie. Esta comprensión se decidió claramente por el Tribunal Regional del Rio Grande del Sul, en el proceso ya mencionado (TJRS – 7ª Cámara Cível – Apelación no. 70013801592 – MAGISTRADA MARIA BERENICE DIAS – negarán provimento - v.u.).

Así, no hay duda de que en el aspecto constitucional, no existen impedimentos para el reconocimiento de la existencia de un derecho fundamental a formar una familia, independientemente de la opción sexual del individuo.³²

El Supremo Tribunal Federal (STF), a juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) 4277 y la Alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 132, reconoció por unanimidad la unión civil para parejas del mismo sexo (mayo, 2011).

Esta decisión del Supremo brasileño, con efecto vinculante, no supone la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí de todos los derechos derivados del mismo (comunidad de bienes, jubilación y herencia que una pareja formada por un hombre y una mujer), entre estos se incluye, por supuesto, el de la adopción conjunta.

³¹SILVA, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2005, pp.126-127.

³² Este trabajo fue publicado, en parte, en portugués. KIM, Richard Pae. **Direito Fundamental de Constituir uma Família** - a adoção por casais homoafetivos. Revista IOB de Direito de Família, v. 11, p. 16-37, 2010.

El relator de las acciones, Ministro Ayres Britto, votó a favor de dar a la Constitución Federal la interpretación de excluir cualquier sentido del artículo del Código Civil que impida el reconocimiento del unión civil entre personas del mismo sexo como familia y señaló a la conclusión de que cualquier depreciación de la unión civil homosexual es contraria al del artículo 3, IV de la Constitución, que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza, color, y en ese sentido, nadie puede ser disminuido o discriminado por su orientación sexual. “Los que optan por la unión homoafectiva no pueden ser desiguales en su ciudadanía. Nadie puede ser de una clase diferente de los ciudadanos, y más baja, debido a la decisión sexual que tomó, distinta de la mayoría”, dijo la Ministra Carmen Lucia. El ministro Marco Aurelio señaló que “las garantías de la libertad religiosa y Estado laico evitan que los principios morales religiosos guíen el tratamiento dado por el Estado a los derechos fundamentales, tales como el derecho a la dignidad humana, el derecho a la libre determinación, a la intimidad y la libertad de orientación sexual”. Ministro Celso de Mello se manifestó en el sentido de que “tanto las uniones heterosexuales y homosexuales son entidades familiares”.

Referencias bibliográficas

AGRA, Welber de Moura. **Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo**. *In* Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?/ Coordinación Dimitri Dimoulis, Écio Oto Duarte. São Paulo: Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2008.

_____. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios, 2004.

ARAÚJO. Luis Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. México: Ed. Fontamara, 2001.

_____. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. **Derecho y argumentación.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

_____. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. In **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Derechos fundamentales: estudios em homenaje al profesor Ricardo Lobo Torres/Daniel Sarmiento, Flávio Galdino (orgs.) – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo.** São Paulo: Millennium, 2008.

_____. Texto básico de la conferencia dada el 29 de agosto de 2003, en la XII Jornada del Derecho de Familia, que se celebró en el Auditorio de la Asamblea Legislativa de Rio Grande del Sul, con el patrocinio de la Oficina de Abogados del Rio Grande del Sul, disponible en <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>, visitado en 24 de abril de 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In Revista de la Procuraduría General del Estado de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, no. 60, pp. 27-65, julio/diciembre. 2004.

_____. **Diferentes, mas iguais:** o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. in Revista de Derecho del Estado, nº 05, pp. 167/207.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7^a Edición. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História:** a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In Interpretação Constitucional. Virgílio Afonso da Silva (org.). 1^a. Edición e 2^a Circulación. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7^a Edición. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo.** Madrid: Trotta, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual** – o Preconceito & a Justiça, 3^a Edição, 2006, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gasparetto Lunardi. **O positivismo jurídico diante da principiologia.** In Teoria do Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Teoria do direito neoconstitucional:** superação ou reconstrução do positivismo jurídico?/ Coordinación Dimitri Dimoulis, Écio Oto Duarte. São Paulo: Método, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel, 2002.

_____. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Introduction:** The Moral Reading and the Majoritarian Premise, *In*, Freedom's Law. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón.** Madrid: Ed. Trotta, 1995.

_____. **Derechos y garantías.** La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2007.

FLAKS, D. K., FICHER, I., MASTERPASQUA, F., & JOSEPH, G.. **Lesbians choosing motherhood:** A comparative study of lesbian and heterosexual parents. *in* Developmental Psychology, no. 31, 1995, 105-114.

FUGIE, Hérica Harumi. **A união homossexual e Constituição Federal.** In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 04, no. 15, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura.** Madrid: Tecnos, 2000.

HART, Hebert. Pós-escrito. *In:* **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição:** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KIM, Richard Pae. **Direito Fundamental de Constituir uma Família - a adoção por casais homoafetivos.** Revista IOB de Direito de Família, v. 11, p. 16-37, 2010.

LOEWENSTEIN. Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Ariel, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família** – uma abordagem psicanalítica. 3ª. Edición. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Del Rey: 1997

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988**. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. *Revista del Instituto de Hermenéutica Jurídica*, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª Edición. São Paulo: Revista de los Tribunales.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Salamanca: Alianza Universidad Textos, 2006.

SILVA. Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **A resposta hermenêutica à discricionariedade positiva em tempos de pós-positivismo**. In: Teoria do Direito Neoconstitucional. São Paulo: Método, 2008.

TATAGIBA, Giuliano César da Silva. **Neoconstitucionalismo e ponderação de interesses fundamentais**. Disponível em [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18560/Neoconstitucionalismo e Pondera%C3%A7%C3%A3o de Interesses Fundamentais.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18560/Neoconstitucionalismo_e_Pondera%C3%A7%C3%A3o_de_Interesses_Fundamentais.pdf?sequence=1)> Acesso em 03 de julho de 2011.

TUPINAMBÁ, Roberta. **O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares**. In, PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 357/379.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade & Família: Da Possibilidade Jurídica do Casamento, da União Estável e da Adoção por Casais Homossexuais**, São Paulo: Instituto Presbiteriano Mackenzie, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalização e Neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Marzo de 2008, Vol. no. 03, no. 01. Disponible en <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n1/Vigo.pdf>> Acceso em 03 de julho de 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madri: Trotta, 1995.

RESUMEN Y PALABRAS-CLAVE

RESUMEN

Derecho constitucional y fundamental de constituir una familia en Brazil – la igualdad y adopción por parejas homosexuales

No hay duda de que, hasta ahora, el sistema infraconstitucional brasileño eligió por la vedación a la adopción por parejas con vínculos homoafectivos. Sin embargo, hay que investigar si estas reglas violan o no los derechos fundamentales, entre ellos lo de la igualdad y lo de la dignidad de la persona humana. Los cambios en la hermenéutica en función del neoconstitucionalismo y el peso de la actividad jurisdiccional son los puntos principales de esta obra. Es conocido que la jurisprudencia dominante aún trata la unión homoafectiva como una sociedad de hecho. Sin embargo, con el debido respeto a los que apoyan este punto de vista, no hay como tratar los homosexuales como ciudadanos de segunda clase, como ocurría con las personas en la Antigüedad y mismo durante el Estado Moderno. En nuestro sistema neoconstitucionalista, con base en el Estado Democrático de Derecho, nadie podrá ser discriminado por su orientación sexual. La consecuencia natural y lógica del reconocimiento de la existencia de un derecho constitucional de formar una familia, sin discriminación de las preferencias sexuales de los ciudadanos, también implica el reconocimiento del derecho de un homosexual a adoptar un niño, separado o en conjunto, siempre y cuando se hayan reunido con los requisitos subjetivos, como en la vinculación afectiva.

PALABRAS-CLAVES

Homoafectividade; homosexual; familia; derecho fundamental; adopción; derecho a la igualdad; dignidad de la persona humana;Brazil.

ABSTRACT

CONSTITUCIONAL AND FUNDAMENTAL RIGHT TO CONSTITUTE A FAMILY IN BRAZIL – EQUALITY AND THE ADOPTION BY HOMOAFECTIVITY COUPLES

There is no doubt that, until the presente moment, the law system in Brazil opted not to allow the adoption by homoafectivity couples. However, we must check whether or not these rules would violate the fundamental rights, among the principles of equality and human dignity. Changes according the neoconstitutional hermeneutics and the important transformations by new decisions of Constitutional Courts are the main points of this work. It is known that the law still treats the dominant homoafectivity union as a society in fact. However, with due respect to those that support this understanding, we can not treat the homosexual person as a second-class citizen, as happened with categories of people in antiquity and even during the Modern State. In our neoconstitutional system, founded in the democratic rule of law, no citizen can be discriminated by their sexual choice. The natural and logical consequence of recognizing the existence of a constitutional right to form a family, without discrimination of sexual preference of the citizen also entails the recognition of the right of a homosexual to adopt a child, separately or together.

KEY-WORDS

Homoaffectivity; gay; homosexual; family; fundamental right; adoption; right to equality; human dignity; Brazil.