

EL DERECHO HUMANO AL MATRIMONIO UNIVERSAL Y LOS DESAFÍOS PARA AMÉRICA LATINA: ESPECIAL REFERENCIA A ARGENTINA Y BRASIL

*THE HUMAN RIGHT TO UNIVERSAL MARRIAGE AND CHALLENGES
FOR LATIN AMERICA: SPECIAL REFERENCE TO ARGENTINA AND
BRAZIL*

Douglas Verbicaro Soares^I 

Julieta Evangelina Cano^{II} 

^I Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

^{II} Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación en la Universidad Nacional de la Plata, Argentina. E-mail: cano.julieta@gmail.com

Resumen: El trabajo de investigación versa sobre las realidades sudamericanas, en especial las de países como Argentina y Brasil, cuanto la regulación del matrimonio universal. De ese modo, el artículo buscará elucidar algunas cuestiones importantes sobre el tema, permitiendo una interpretación más amplia sobre la orientación sexual homosexual y la necesidad de reducción de obstáculos que impidan el acceso a los mismos derechos, con las mismas denominaciones que a de las personas heterosexuales. Para la metodología del estudio, se utilizó una investigación multidisciplinar, es decir, un abordaje en distintas ramas como la historia, el derecho, la psicología. La investigación apuntó que las dificultades enfrentadas por las personas homosexuales deben ser amenizadas con la retirada de los impedimentos que inviabilizan el acceso a los mismos derechos que a los que ya cuentan con la debida protección.

Palabras clave: Homosexualidad. Sexo. Igualdad.

Abstract: The research is about the South American realities, especially those countries, such as Argentina and Brazil, in the regulation of the universal marriage. Thus, the article will clarify some important issues about the topic, allowing a broader interpretation on the homosexual sexual orientation and the need for reduction of barriers that prevent access to the same rights, with the same denominations that of heterosexual people. The methodology of the study was a multidisciplinary research, an approach in different areas such as history, law and psychology. The research said that the difficulties faced by homosexual persons should be enlivened with the removal of the impediments which inviable access to equal rights that those who already have adequate protection.

Keywords: Homosexuality. Sex. Equality.



DOI: <https://doi.org/10.33053/dialogus.v9i2.8>

Recibido em: 05.06.2020

Aceito em: 14.08.2020

Dialogus



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

1 Introducción

El objetivo del presente artículo es reflexionar acerca del matrimonio universal como un desafío para la región latinoamericana, dada su escasa recepción en los ordenamientos jurídicos de nuestros países. Especialmente vamos a dedicarnos a analizar los casos de Argentina y Brasil, dos potencias sudamericanas que representan las posibilidades existentes para la regulación: el reconocimiento del matrimonio universal como un derecho humano, o, por el contrario, el no reconocimiento.

América Latina cuenta con un sistema interamericano de derechos humanos de avanzada, que muchas veces marca el paso y tracciona las reformas legales en pos de ordenamientos jurídicos más inclusivos y de reconocimiento de derechos que los Estados deben garantizar. Aunque los Estados son soberanos, dentro del sistema interamericano se obligan a dar cumplimiento a estándares mínimos de derechos.

El matrimonio universal, es decir, la posibilidad de contraer matrimonio sin importar el sexo-género de los/as contrayentes es aún una deuda pendiente incluso en países que lideran la región, como es el caso de Brasil. El no-reconocimiento de ese derecho humano, no sólo se traduce en que las personas homosexuales no pueden casarse entre sí, sino también en la naturalización de patrones discriminatorios para con los colectivos vulnerados. Por otro lado, en países en donde se han hecho importantes avances legislativos en ese sentido, como es el caso de Argentina, no dejan de presentarse resistencias a la aplicación de la ley por sectores conservadores a quienes les incomoda la universalidad de los derechos humanos.

El presente artículo ha buscado generar una discusión social en países como Argentina y Brasil sobre la homosexualidad y el matrimonio entre personas del mismo sexo. El estudio implementó una contextualización histórica sobre los homosexuales en los dos países, en destaque sobre cuestiones polémicas sobre el matrimonio universal, que tienen que ver con la diversidad sexual, el acceso a derechos, igualdad de trato, respeto e inclusión social para todos, sin discriminaciones. De este modo, para la metodología del trabajo, se utilizó una investigación multidisciplinar, es decir, un abordaje en distintas ramas como la historia, el derecho, la psicología.

2 La homosexualidad en la historia

En la obra *El banquete*, Platón relata un dialogo sobre los temas del amor y el erotismo, trazando una idea sobre la homosexualidad. Para el autor, en el origen de la humanidad no existían los varones y mujeres que existen actualmente, existían seres duales, es decir: dos individuos que vivían pegados por la espalda, que podían ser: varón-varón, mujer-mujer e varón-mujer (MARÍ, 2001, p. 225-9).

Cuenta el cuento artístico-literario que un día uno de los seres había generado la rabia de los Dioses y que, por castigo, fueron separados a la mitad. Muchos no lograron sobrevivir a la separación y murieron. Los demás, se fueron desplazando por la tierra sin rumbo, generando lo que entendemos hoy como humanidad. La separación de los seres duplos generó en la esencia

de cada persona la sensación de siempre buscar su otra mitad. El deseo al encontrar una persona y sentirse de nuevo unido, explicaría legendariamente los orígenes del amor homosexual y heterosexual.

La explicación literaria constituye un bonito relato para comprender la sexualidad humana y su diversidad. Sin embargo, la situación de quienes se ubican en la disidencia sexual, es decir las orientaciones sexuales no heterosexuales, no es en realidad tan poética: muchas personas no estuvieron –ni están- integradas socialmente, son excluidas por el sólo hecho de no adherir al patriarcado heteronormativo. Es decir, un número considerable de personas por el mundo, a lo largo de los siglos, han tenido que soportar conductas atroces, que les denegaron la posibilidad de vivir su sexualidad en libertad. Muchos y muchas se quedaron en los relatos tristes de condenaciones y muertes, en verdaderos atentados a la dignidad humana.

Cuando se aborda la orientación del deseo homosexual, las distintas sociedades y culturas han tenido, a lo largo de la historia, reacciones contradictorias no sólo en relación con las prácticas homosexuales sino también con las personas homosexuales. Se tienen referencias a prácticas homo-afectivas masculinas en Egipto y en la Mesopotamia del siglo XII antes de Cristo. Ya en la época clásica griega y romana existen relatos sobre los varones que tenían relaciones sexuales entre ellos como una práctica común y habitual (AYENSA, 2008, p. 128).

Actualmente, la persecución a la libre expresión de la orientación homosexual sigue sufriendo obstáculos de difícil transposición. Los castigos psicológicos y físicos continúan presentes asolando a muchos y muchas homosexuales en distintas partes del mundo; e incluso la pena de muerte para las personas con esa orientación sigue vigente en diferentes países, violando todos los estándares de derechos humanos establecidos por la comunidad internacional.

3 La homosexualidad: hacia una definición

Si fuésemos a explicar la etimología de la homosexualidad, diríamos que la palabra tiene origen griego. La homosexualidad representa una variante de la sexualidad humana. Esa denominación es usada para caracterizar la expresión de la sexualidad humana entre personas del mismo sexo-género, es decir, el modo de amar, desarrollando sus sentimientos y afectos a personas de su mismo sexo-género.

Para Sánchez (2006, p.15) “*los homosexuales son las personas que resuelven sus necesidades de intimidad sexual y afectiva con otras de su mismo sexo*”. Según el entendimiento de Ayensa (2008, p. 30), la homosexualidad sería una de las posibles formas que puede adoptar la orientación sexual de una persona, entre otras, como por ejemplo la bisexualidad o la heterosexualidad, que en conjunto integran la amplia idea de sexualidad. Sin embargo, la cuestión de la orientación sexual estuvo intrínsecamente relacionada con factores discriminatorios, que impedirían la integración del colectivo homosexual en muchas sociedades por el mundo. Y en esta consideración, América Latina no es una excepción.

La homosexualidad vivida y explicada como un tabú, impone la segregación de los y las transgresoras como constitucionalmente singulares y su agrupación como miembros/as de

una especie rígida dotada de principios distintos a los de una “persona normal”. De hecho, la heterosexualidad no aparece como definición sino hasta tanto se define la homosexualidad. Y es que la “normalidad” siempre requiere de una “anormalidad” que la delimite. Sin embargo, la primera vez que se utiliza la categoría “homosexualidad” fue en el año 1869, pero no remitiendo a una patología, sino al activismo: es Kertbeny quien pide que se despenalicen las prácticas homosexuales entre varones del código penal Prusiano. Este fue un intento que, a pesar de invisibilizar a la homosexualidad femenina, intentaba despatologizar el imaginario de que la homosexualidad se trataba de una especie que “obra contra la naturaleza” y que, por lo tanto, es detentora de otra naturaleza (CHAVES, 2009, p. 44). Sin embargo, desde 1887 y casi por el tiempo de un siglo, se ubica a la homosexualidad como una enfermedad.

Las ideas erróneas sobre esta orientación sexual justificaron por largos periodos la exclusión de los y las que no se adecuaban a la imposición de valores heterosexuales dominantes. De ese modo, los y las diferentes, señalados y señaladas como amenazas al orden heteronormativo patriarcal, se vieron restringidos/as en su forma de vivir, sufriendo un desprestigio de su propia dignidad. Dignidad comprendida para Bodin (2009, p. 108):

El substrato material de la dignidad así entendida puede ser desdoblado en cuatro postulados: a) el sujeto moral (ético) reconoce la existencia de los demás como sujetos iguales a ellos, b) merecedores del mismo respeto e integridad psicofísica de que es titular, c) es dotado de voluntad libre, de autodeterminación, d) es parte del grupo social, en relación al cual tiene la garantía de no ser a ser marginalizado. Son miembros de esa elaboración los principios jurídicos de la igualdad, la integralidad física y moral – psicofísica, la libertad y la solidaridad.

Los valores comentados por Bodin pueden servir para encuadrar la realidad de la problemática vivida por las personas excluidas del medio social. En la situación de las personas homosexuales, muchas acaban siendo vulneradas en su dignidad, dado que no les reconoce la misma dignidad que a los y las demás (VERBICARO SOARES; UÑA, 2019, p. 27). Sufren constantes muestras de falta de respeto hacia su persona y, de modo más grave, muchos/as sufren acosos y violencias físico-mentales que garantizan la perpetuación de las desigualdades dentro de las sociedades latinoamericanas.

La discriminación basada en prejuicios acerca de la sexualidad es uno de los peores productos creados por la sociedad, pues ciega la consciencia e impide el desarrollo humano y las relaciones armoniosas entre las personas. Por ser un instrumento cerrado en sí, su existencia no permite la aceptación del diferente. Es decir: es un verdadero peligro que rodea la convivencia y que puede generar conductas de odio y comportamiento que afectan y violan los Derechos Humanos de las personas.

4 Regulación del matrimonio universal en el mundo: apertura y resistencias

El matrimonio entre personas del mismo sexo se ha convertido en un tema de agenda pública en nuestras sociedades. A pesar de que hay diversos detractores de dicha institución, podemos observar avances normativos en diversos países que avanzan en el reconocimiento de

las uniones homo-afectivas reconociéndoles el mismo estatus jurídico que a los matrimonios entre personas heterosexuales.

Ejemplos positivos de las uniones civiles homosexuales por el mundo se han desarrollado predominantemente en países europeos, como ha sido en Dinamarca a finales de la década de ochenta, seguida décadas más tarde por Holanda, Noruega, Bélgica, Portugal, Islandia, España, Irlanda entre otros. Siguieron esas prácticas en Latinoamérica podemos señalar a México, Uruguay y Argentina.

Así, la homosexualidad y las prácticas homosexuales comienzan poco a poco a naturalizarse, sobre todo en las generaciones más jóvenes, que están creciendo y siendo educadas en una sociedad más respetuosa con los derechos humanos en general y con las opciones sexuales en particular, transformando el abordaje de “tema tabú” a tema de tratamiento cotidiano, dado que tienen reflejo en la televisión, internet, el cine, la fotografía y demás manifestaciones sociales y culturales.

El reconocimiento social acerca de la posibilidad de sexualidades varias, diversas y disidentes, y la conciencia colectiva a favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo, se constituyen como un paso importante, pero que necesariamente requiere desarrollo en normas jurídicas positivas que lo permitan, regulen y salvaguarden. El matrimonio es una institución propia del derecho privado, configurada actualmente como un derecho de la ciudadanía. Así queda reflejado en diversos textos normativos como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16)¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23)² y el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 12)³. Como también se encuentran entre los Principios de Yogyakarta (Derecho a constituir una familia) (VERBICARO SOARES; CRUZ, 2018, p. 288).

En el año de 2008, la Corte Internacional de Derechos Humanos se abocó al tratamiento de uno de los primeros casos sobre violaciones a derechos por orientación sexual, en especial referencia a homosexualidad. En este sentido, el notorio caso de Jacqueline Karen Atala Riffo, a quien le fue denegada la tutela de sus hijas por lesbiana. Esta decisión de la Justicia Chilena, motivada por discriminación por su orientación sexual provocó que la Corte Interamericana se expida al respecto condenando a Chile, y señalando cuáles son los deberes de los Estados partes al respecto de los derechos humanos y el goce de la sexualidad.

Para denegarle la tenencia de sus hijas, la Suprema Corte chilena argumentó una supuesta incapacidad de la madre y su pareja de ejercer la crianza, sólo por razón de su homosexualidad. Este episodio histórico de discriminación fue evaluado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconociendo la razón a la pareja de lesbianas y condenando a Chile y

1 Artículo 16: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

2 Artículo 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.”

3 Artículo 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

su ordenamiento jurídico, por no respetar los derechos inherentes a la sexualidad, orientación sexual y los derechos de las niñas.

En este sentido, el tema de protección de la homosexualidad pasó de un plan de protección a dar efectividad internacional a los derechos de la sexualidad y Derechos Humanos para las personas homosexuales. Este fallo de la Corte Interamericana sienta un precedente importantísimo para la interpretación del alcance del derecho a vivir la sexualidad de manera plena y libre.

5 Brasil y el matrimonio universal: una cuestión de derechos fundamentales

Según el ordenamiento jurídico brasileño, los temas involucrados con los Derechos Humanos y sexualidad humana tienen estricta relación con los principios constitucionales previstos en la Carta Magna, más específicamente con los derechos de igualdad, libertad, intimidad y respeto a la dignidad humana (VERBICARO SOARES, 2018, p. 248-9). Esos preceptos indican el norte a los caminos a seguir por los poderes públicos.

De acuerdo con la Constitución de Brasil de 1988, la búsqueda por una sociedad igualitaria y justa es mandato Constitucional, y se ve visibilizada en el preámbulo de la Constitución cuando dice: *“asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, de libertad, seguridad, de bienestar, de desarrollo, de igualdad y justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios”*. Éste es el destino fundamental del Estado democrático y de un ideal republicano. Cabe al Poder Judicial la misión de proteger los derechos individuales como derechos fundamentales de la ciudadanía.

A pesar de ello, lo que se observa en la sociedad brasileña ha sido la prevalencia de un rechazo a las personas homosexuales. En la sociedad puede observarse la existencia de un temor, una “fobia”⁴ a los temas de la homosexualidad basada en prejuicios y discriminación hacia los y las diferentes. Una de las preocupaciones del patriarcado heteronormativo es que ciertos colectivos ubicados en situación de vulnerabilidad, es decir, vulnerabilizados, logren tener voz en la sociedad, y así, logren empoderamiento para conquistar derechos.

Entendemos que los casos que tratan sobre sexualidad humana debe prevalecer el criterio de respeto a las personas y a su libertad para expresar sus modos de amar, sus emociones, sin sufrir restricciones en el acceso a los derechos. La misma libertad concebida a las personas heterosexuales deben ser extendidas a las demás personas sin importar cómo y con quién(es) viven su sexualidad. El derecho a la igualdad debe entenderse como el derecho a trato igual entre iguales, y trato desigual entre desiguales (entendido como medida de acción positiva) para lograr este objetivo. Como bien nos aclara Moraes (1999, p. 61):

Lo que se veda son las diferencias arbitrarias, las discriminaciones absurdas, una vez que el trato desigual de los casos desiguales. En la medida en que se desigualan, esa representa la exigencia tradicional del propio concepto de Justicia, pues lo que realmente protege son ciertas finalidades,

⁴ Utilizase las comillas porque las fobias son miedos incontrolables que operan a un nivel del inconsciente, pero en el caso de la homofobia no existe ese “miedo incontrolable” sino una discriminación y prejuicios que son resultados de una construcción cultural.

solamente teniendo como perjudicado el principio constitucional cuando el elemento discriminador no se encuentra a servicio de una finalidad acogida por el derecho. Sin olvidar que las libertades materiales tienen por objetivo la igualdad de condiciones sociales, meta a ser alcanzada, no sólo por medio de las leyes, pero también por aplicación de políticas o programas de acción estatal.

De acuerdo con Böckenförde (2000, p. 104), la existencia de un Estado de Derecho está íntimamente relacionada con la garantía de vigencia de los Derechos Humanos. La esencia del Estado en la promoción de la libertad e igualdad de cada ciudadano/a, derechos que deben ser protegidos a favor de una armonía social y del interés común. Por ello, considerase que para tornar efectivos los Derechos Humanos, es necesario un mayor compromiso del Estado de Derecho en permitir que los valores de igualdad, intimidad, libertad, solidaridad sean garantizados a su ciudadanía.

El Estado brasileño sigue trabajando en cuestiones en favor de lograr el respeto a los preceptos constitucionales, aunque se encuentra con prácticas que van en sentido contrario. Se puede decir por ello que los pasos son lentos por parte de las instituciones públicas, principalmente de los cuerpos de seguridad, de los agentes del Estado, tanto de las esferas del poder ejecutivo, judicial y legislativo (VERBICARO SOARES; CRUZ, 2018, p. 302-3). La responsabilidad es conjunta, dado que, tanto por acción como por omisión, se verifica un retraso en la garantía y la promoción de la integridad de las personas homosexuales en la sociedad brasileña.

La omisión del Estado – que deja de cumplir, en la mayor parte o menor extensión, la imposición establecida por el texto constitucional – cualificase como comportamiento revestido de mayor gravedad político-jurídica, una vez que, mediante inercia, el Poder Público también no respeta la Constitución, también ofende derechos que en ella se fundan y también impide, por ausencia (u insuficiencia) de medidas concretas, hacia la propia aplicabilidad de los postulados y principios de la Ley Fundamental, así como viene advirtiendo el Supremo Tribunal Federal: NO RESPETO A LA CONSTITUCIÓN – MODALIDADES DE COMPORTAMIENTO INSTITUCIONALES DEL PODER PÚBLICO. ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (JUSBRASIL, 2013).

La realidad brasileña muestra una situación a destacar: siendo el país que lidera en Latinoamérica a nivel económico, es también una de las regiones más peligrosas para vivir para las personas homosexuales y transgéneros (VERBICARO SOARES; CRUZ, 2018, p. 284-5), quienes se ven expuestas a todo tipo de violencias, no sólo por parte de particulares, sino también institucionales, por el mero hecho de tener una orientación sexual disidente de la heterosexual dominante (GRUPO GAY DA BAHIA, 2019, p. 01).

6 Avances y resistencias en la regulación del matrimonio universal en Brasil

Dos son los posicionamientos cuanto la regulación de las formas de uniones entre parejas del mismo sexo-género en el país suramericano. Hay quienes abogan por la constitución de una unión convivencial denominada “unión civil entre personas”. La segunda corriente apunta al reconocimiento del casamiento homoafetivo, es decir aboga por un matrimonio universal que no distinga ni limite la orientación sexual de los y las contrayentes. Esta postura ha sido defendida, mientras se decidía el tema del reconocimiento de las uniones estables homosexuales,

con la misma equiparación que la de los y las heterosexuales, ocurrida en 2013 frente al Supremo Tribunal Federal.

Para los discursos que defienden que no es necesaria la existencia del casamiento para las personas del mismo sexo, lo hacen basándose en que los y las homosexuales deberían conformarse con la ya permitida celebración de la unión civil, sin extenderles la posibilidad de equidad (WYLLYS, 2017). Este discurso actualmente se encuentra vetusto.

El simple hecho de no ser permitido a una pareja de personas del mismo sexo contraer la celebración del matrimonio, implica la existencia de un trato discriminatorio hacia a esas personas, que acaban siendo expuestas a una situación de desprestigio social y jurídico. Tornándose, por lo tanto, injustificable según los preceptos democráticos y constitucionales seguidos pela República Federativa de Brasil.

Reiteramos que la imposibilidad de casamiento para estos ciudadanos y ciudadanas se relaciona con la presencia de factores discriminatorios que inviabilizan el trato igualitario para todos y todas. De acuerdo con Wyllys (2017):

No existe la igualdad a medias, mas solamente la igualdad y la desigualdad. La única forma de garantizar la igualdad en relación a casamiento es que todas las personas tengan acceso al mismo [...] cuando, por ejemplo, una persona negra se casa ¿su casamiento será llamado de unión de negros? La unión civil como institución alternativa al casamiento, destinada a las parejas del mismo sexo, sería un tipo de surto.

La postura acerca de la no necesidad del matrimonio universal es muy resistida por el colectivo homosexual, dado que evidencia y se traduce en una limitada protección de derechos a las personas del mismo sexo, una vez que ciertos derechos todavía les son inaccesibles, pues son viables sólo para las personas que celebran el casamiento heterosexual. Este “remedio” de la unión civil se considera como una forma de unión en situación de desigualdad, pues no permite el mismo trato cuanto acceso a derechos concedido en otras situaciones (como el matrimonio heterosexual).

Para la hipótesis del casamiento homoafetivo, no hay previsión en el Ordenamiento Jurídico de Brasil. La Carta Magna, así como en el Código Civil de 2002, no tratan de la posibilidad de casamiento homosexual. Es importante resaltar que la fuerte imposición de reglamentos heterosexuales realizados a lo largo de la historia de la humanidad, hizo que los patrones culturales, sociales, políticos concediesen solamente a una partea de la población, el acceso a ciertos derechos. Las personas homosexuales han sido perseguidas y excluidas del ejercicio de derechos definidos como fundamentales.

La realidad brasileña enseña que solamente en el siglo XXI, en especial en 2013, que el entorno jurídico en Brasil, cuanto a la protección y respeto a derechos, implementa una nueva regulación, que ha sido fruto de distintos cuestionamientos jurisprudenciales años antes y que, por fin, por medio de un momento histórico relevante, decide regular e extender los mismos derechos antes concedidos a solamente las parejas heterosexuales.

En ese sentido, las parejas homosexuales pasarían a tener la misma equiparación. La resolución, conocida como 175/2013 do Consejo Nacional Justicia, innovó en ese aspecto,

representando una mejora para la sociedad brasileña y, consecuentemente, para conceder real protección al colectivo homosexual en el ámbito de Latinoamérica. Según Dias (2016, p. 117):

El reconocimiento jurídico y constitucional de la posibilidad del casamiento homoafetivo, implica en considerar, tanto a heterosexuales cuanto a los homosexuales, como portadores de los mismos e iguales derechos. El principio de la igualdad está entrelazado a los principios de antidiscriminación y de la anti subyugación, que se relacionan con los principios de la dignidad humana, debiendo ser conferidos iguales derechos, iguales valores a las personas, independientemente de su condición u orientación sexual.

En la misma línea argumental se encuentra el voto de Celso de Mello, del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en relación al reconocimiento de la unión estable a las parejas homosexuales con los mismos derechos a los heterosexuales. Según Mello:

Los homosexuales tienen el derecho de recibir igual protección de las leyes y del sistema político-jurídico instituido por la Constitución de la República, mostrándose arbitrario e inaceptable cualquier estatuto que penalice, que excluya, que discrimine, que fomente la intolerancia, que estimule el no respeto y que desigale las personas en razón de su orientación sexual. Esa afirmación, más que una simple proclamación retórica, traduce el reconocimiento, que emerge del cuadro de las libertades públicas, de que el Estado no puede adoptar medidas ni formular prescripciones normativas que provoquen, por su efecto de su contenido discriminatorio, la exclusión jurídica de grupos, minorías u no, que integren la comunión nacional. [...] que al proferir esa decisión el Supremo Tribunal Federal estará visibilizando la plenitud de los valores de libertad, de igualdad y de no discriminación, que representan los fundamentos esenciales a la configuración de una sociedad verdaderamente democrática” (JUSBRASIL, 2013).

De acuerdo con esa vertiente, Dias (2016, p. 120) complementa que la Carta Magna brasileña, en su artículo 226 §§ 3º e 4º, hace referencia a la terminología *entidades familiares*, que nada más son estructuras sociales que necesitan de la protección del Estado, cuanto al casamiento, las uniones estables entre varones y mujeres y la familia monoparental.

El hecho de no contener mención expresa de las hipótesis para las personas homosexuales puede generar una interpretación equivocada acerca de que no habría posibilidad de extender esa protección a las personas que tienen una orientación sexual diversa y disidente de la heterosexual. Nuestro entendimiento indica que los preceptos constitucionales deben entenderse de manera amplia cuando se trata de garantizar el ejercicio de derechos humanos. La Constitución Nacional de 1988 prevé ciertos principios que pueden aplicarse al caso, como lo de la dignidad humana, libertad, intimidad y el derecho de tener una vida privada.

Dias añade que, en la propia consagración del pluralismo social, es posible el respeto a los numerosos hechos que demuestran que los y las homosexuales deberían tener acceso a los mismos derechos que a los heterosexuales:

Presentes los requisitos legales, no habrá como dejar de fuera del concepto de familia las uniones homoafetivas. Es necesario que si conciba los mismos derechos y se impongan iguales obligaciones a todos los vínculos de afecto que tengan idénticas características: ostensividad, publicidad, continuidad y el deseo de constituyeren familia (DIAS, 2016, p. 121).

Recuérdese que las personas homosexuales buscan tener el mismo trato que tienen los y las heterosexuales. Ese planteamiento no parece ser abusivo, pues no reivindica eliminación de derechos. Este colectivo no pretende reducir derechos, sí ampliarlos: el derecho a la búsqueda

de la felicidad y de expresar la sexualidad, sin sufrir restricciones en el modo de amar, pudiendo hacerlo sin miedos a la discriminación y la violencia.

Fue en el siglo XXI, como bien explicita Dias (2016, p. 178), que se nota una ruptura con las ideas conservadoras, sometida a patrones culturales, políticos, religiosos y económicos que obstaculizaban la vida de un colectivo social vulnerable, por motivo de una orientación sexual diversa de la mayoría, la heterosexual. Por esas razones se permitió la exclusión social de los homosexuales (VERBICARO SOARES, 2015, p. 327).

En la última década, por medio de la Manifestación del Supremo Tribunal Federal, se ha dado a confirmar la equiparación de ese derecho a las parejas homosexuales. Hecho que posibilitó un proceso mayor para la inclusión de personas pertenecientes a grupos en situación de exclusión sexual. Para los temas de exclusión, de acuerdo a Celso de Mello, es necesario recordar que:

Es necesario el discurso de cambio de paradigma, lucha contra al trato excluyente de grupos victimados socialmente, en ese caso lo de los homosexuales y tomada de una nueva concepción de derecho basada en una nueva interpretación del mundo a superar los desafío que exigen esos cambios exigidos por preceptos democráticos, visibilizados por medio de políticas del Estado una orden jurídica con características inclusivas, en condición de respeto a valores esenciales del derecho como la dignidad humana, la libertad, la autodeterminación, igualdad, del pluralismo, la intimidad, de no discriminación y principalmente la búsqueda por la felicidad (JUSBRASIL, 2013).

De este modo son necesarios esfuerzos que permitan combatir las injusticias y desigualdades de trato entre todos los ciudadanos, sin prejuicios y discriminaciones por cuestiones de orientación sexual.

7 Argentina: avances legislativos y resistencias

En la República Argentina se garantizó el matrimonio universal en el año 2010, como resultado del activismo incansable de los colectivos de la disidencia sexual, y en el marco de un Estado receptivo y comprometido con la ampliación de derechos para personas vulnerables: en el mismo periodo se reconoció a nivel legislativo el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias⁵ y el derecho a vivir la identidad de género⁶ en libertad, entre otras conquistas.

Entendemos a los derechos humanos como conquistas, porque se reconocen luego de un intenso activismo por parte de los colectivos comprometidos con la ampliación de derechos. En Argentina, a partir de la sanción de la ley n.º. 26.618 fue conocida como de “matrimonio igualitario” porque cristalizaba la idea de que el derecho a casarse y formar una familia es un derecho humano que no distingue orientaciones sexuales de los y las contrayentes.

En Argentina, como en Brasil, también se dio el debate acerca del nombre de la institución y de instituciones alternativas, sin embargo, primó la universalización del derecho versus consagrar derechos diferentes con alcances diferentes para las distintas “categorías” de personas.

5 Por medio de la Ley nacional nro. 26.485 para Prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales.

6 Por medio de la ley nacional nro. 26.743 de identidad de género.

La ley 26.618 que modificó el código civil introdujo un brevísimo cambio en la redacción de los artículos relativos al matrimonio, que produjo importantes consecuencias en las vidas de las personas del colectivo de la disidencia sexual. Esta ley introdujo una modificación al artículo que definía el matrimonio como una institución que se celebraba entre “hombre y mujer” sustituyendo esa denominación por “contrayentes”. El artículo 172 del antiguo Código Civil luego de la modificación terminaba con el epígrafe: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*.

Uno de los debates al interior del movimiento se planteaba la pertinencia de reclamar por una institución que resulta básica para la opresión patriarcal, como lo fue históricamente el matrimonio. Lo cierto, es que no es lo mismo no acceder a un derecho porque no me apetece, que no acceder al mismo porque se me lo restringe en virtud de discriminación. Esta modificación, que al cambiar unas palabras –hombre y mujer por “contrayentes”- abre un nuevo abanico de posibilidades a las relaciones homoafectivas: no sólo en lo relacionado a los derechos de herencia, sino también a la posibilidad de adopción.

Actualmente, con la modificación y creación del Código Civil y Comercial unificados, las prescripciones relativas al matrimonio están reguladas a partir del artículo 401 y siguientes. Establece en su artículo 402:

Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

El reconocimiento normativo a nivel federal vino luego de que algunas jurisdicciones previamente habilitaran una especie de “uniones civiles” que conferirían, sobre todo, derechos de la seguridad social, es decir: derecho a poder incluir o ser incluido/a en la obra social médica, y derecho a recibir pensión. La ampliación de derechos que ocurre con la celebración del matrimonio universal es inconmensurable.

Sin embargo, se dice que, a pesar de que el reconocimiento del derecho humano al matrimonio universal, sin verse limitado por las orientaciones sexuales-afectivas de los/as contrayentes es un derecho adquirido, lo cierto es que siempre se ensayan formas de intentar restringir el acceso a los derechos por parte de los colectivos vulnerabilizados. En estos momentos en la legislatura argentina hay un proyecto de ley de “libertad religiosa”⁷ que pretende ampliar y garantizar una especie de “libertad de conciencia” para incumplir con ciertas obligaciones jurídicas.

Este proyecto de ley no sólo plantea que, por ejemplo, un/a médico/a pueda negarse a realizar un aborto no punible, sino que también avalaría al funcionario o funcionaria pública que, en virtud de sus creencias religiosas, se negare a celebrar el matrimonio entre personas del mismo sexo-género. No sólo eso, que no es poco, sino que además inventa una especie de “objeción de conciencia institucional” (como si las instituciones pudieran tener conciencia)

7 Proyecto de “Ley sobre libertad religiosa” presentado por el Poder Ejecutivo Nacional el pasado 12 de junio bajo el número 0010/PE/2017, y remitido a las comisiones parlamentarias de Relaciones Exteriores y Culto; Legislación Penal y Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación.

cuya única finalidad es restringir los derechos de los colectivos que obtuvieron hace poco un reconocimiento luego de una lucha de décadas.

8 Consideraciones finales

Tenemos que tener presente el rol del Derecho para legitimar o deslegitimar prácticas sociales, por más antiguas o recientes que éstas sean. Una sociedad puede utilizar el Derecho para negarle derechos (valga la redundancia) a su ciudadanía –o a parte de ella-, para legitimar la discriminación hacia las personas que se apartan de la norma y para castigar conductas consideradas disidentes, pero también puede utilizar el potencial simbólico del Derecho para asegurar, al decir de Marcela Lagarde, la “equivalencia humana”, es decir, que las personas, por el sólo hecho de serlo, tienen el mismo valor, sin importar sexo-género, clase social, color de piel nacionalidad u orientación sexual.

Estamos en un momento histórico en donde es necesario neutralizar las conductas discriminatorias en base a la orientación sexual. Es imperativo el desarrollo de políticas públicas que posibiliten la vigencia de los Derechos Humanos en relación con la sexualidad, la diversidad sexual y los géneros.

Es obligación estatal reducir los obstáculos que dificultan la integración del colectivo homosexual en Brasil, desarmando y deslegitimando los factores culturales, sociales y religiosos basados en un ideal heteronormativo que producen la discriminación y la negación de derechos a las personas. De la misma manera, es imperativo que el Estado argentino defienda las conquistas de derechos, y no avale que reformas legales que intentan pasar desapercibidas, en realidad pretendan volver a un *statu quo* heteronormativo y patriarcal.

Debemos reconocer que la sociedad camina a pasos lentos en el sentido de dar efectividad a los derechos de los y las homosexuales. En la última década, el país brasileño vislumbró importantes consideraciones sobre los temas de igualdad, sin embargo, no podemos olvidar que los desafíos son mucho más amplios.

Las dificultades enfrentadas por las personas con esa orientación sexual deben ser amenizadas con la retirada de los impedimentos que inviabilizan el acceso a los mismos derechos que a los que ya cuentan con la debida protección. Esta misma situación se replica en diversos países de América Latina: algunos dando pasos para dar respuesta a la demanda social de igualdad, otros negándose abiertamente a trabajar sobre estos temas.

En este momento, en la región deviene imprescindible el desarrollo de nuevos esfuerzos en la promoción de la diversidad sexual humana, en la valoración de los derechos sexuales y el respeto por los derechos humanos. La extensión de las prerrogativas de los mismos derechos con los mismos nombres permite la inclusión de un colectivo excluido socialmente, que, durante siglos, ha sido desprestigiado y condenado a propia suerte, sin contar con el mínimo exigido para el respeto a dignidad humana.

Llegó el momento en que las estructuras de poder deben unir proyectos, con la sociedad organizada, para lograr verdaderos cambios sobre los temas que versan sobre la aceptación de

la diversidad humana, en los más distintos aspectos y su integración en el país. Brasil, sigue en el camino por la creación de alternativas que combatan las injusticias, de la misma manera en que otros países acabaron sirviendo de inspiración para reales avances cuanto al tema de los mismos derechos, también reconocidos a personas homosexuales, como es el caso de Argentina en Suramérica.

Referencias

- AYENSA, J. I. B. *Estudiando la Homosexualidad*. Teoría e investigación. Madrid, España: Ediciones Pirámide, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2000.
- BODIN, M. C. M. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar, 2003.
- CANO, J. YACOVINO, M. L. 2014. "Identidad de género. Comparación crítica entre la ley española y la ley argentina" *I Jornadas de Género y Diversidad Sexual. Políticas públicas e inclusión en las democracias contemporáneas*. Facultad de Trabajo Social, UNLP, 24 y 25/10/2014. ISBN: 978-950-34-1154-4. Disponible en: <http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/articulo/2014/10/15/mesa_5__la_normativa_del_genero_>, acceso en 02 nov. 2019.
- CHAVES, N. *La homosexualidad imaginada. Vigencias y ocaso de un tabú*. Madrid, España: Maia Ediciones, 2009.
- DIAS, M. B. *Homoafetividade e direitos LGBTI*. 7. ed. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais, 2016.
- GRUPO GAY DA BAHIA - GGB. *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil. Relatório 2018*. Salvador, Brasil, 2019.
- JUSBRASIL. 2013. *Min. Celso de Mello - Excepcional voto na ADI 4277*. Disponible en: <<https://iab.jusbrasil.com.br/noticias/100329388/min-celso-de-mello-excepcional-voto-na-adi-4277>>, acceso en 01 oct. 2019.
- KOTLINSKI, K.; CEZÁRIO, J.; NAVARRO, M. 2007. *Legislação e Jurisprudência LGBTTT*. Brasília, Brasil: Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus, 2007.
- MARÍ, H. E. *El Banquete de Platón. El eros, el vino, los discursos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, 2001.
- MORAES, A. 1999. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.
- SÁNCHEZ, F. *Homosexualidad y familia. Lo que los padres, madres, homosexuales y profesionales deben saber y hacer*. 1ª Edición. Barcelona, España: Editorial Graó, 2006.

VERBICARO SOARES, D.; CRUZ, R. Históricas influências artísticas na formação de ideários sobre a orientação homossexual na sociedade brasileira. *Revista Pensamento Jurídico – FADISP*. São Paulo, Brasil, v.12, nº 2, jul. /dez., pp.284-5, 2018.

VERBICARO SOARES, D. *La libertad sexual en la sociedad: Especial referencia a la homosexualidad en las Fuerzas Armadas Brasileñas*. Salamanca, España. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca – USAL, 2015.

VERBICARO SOARES, D.; UÑA, M. Las 13 obras empleadas como mecanismos de sensibilización social sobre género y la diversidad sexual. In.: *Revista Di@logus*. Cruz Alta, Brasil, v. 8, n. 3, p. 25-41, 2019.

VERBICARO SOARES, D. Transgêneros e o direito ao voto cidadão de 2018. In.: *Revista Bagoas*. Natal, Brasil, nº 19, pp. 240-270, 2018.

WYLLYS, J. 2017. *Casamento civil igualitário. Os mesmos direitos com os mesmos nomes*. Disponible en: <<http://jeanwyllys.com.br/wp/casamento-civil-igualitario>>, acceso en: 12 oct. 2019.