

## PAREJAS DEL MISMO SEXO: HACIA UN TRATO DIGNO E IGUALITARIO

La Revista Jurídica Piélagus tiene como tema central en la presente edición, el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, temática que es abordada en los artículos de Hubert Alcaraz, Thomas Hochmann, Amparo de Jesús Zárate Cuello y Luis Gustavo Celis Regalado. Los articulistas abordaron este tópico con una perspectiva crítica, analítica y objetiva, cada uno desde su panorama nacional: España, Alemania y Colombia.

Así como ha ocurrido en muchos países con el reconocimiento de los derechos de estas minorías, en el caso colombiano se han realizado importantes avances para la protección de los derechos de los homosexuales, amparo que ha ido desde lo económico (derechos prestacionales) hasta lo familiar (matrimonio y adopción de menores), pese a la oposición de amplios sectores conservadores que no ven con buenos ojos el reconocimiento de estos derechos.

El camino recorrido ha sido largo y difícil pues la Corte desde un comienzo negó la protección igualitaria de estas minorías, amparada en lo expresado por la Constitución Política colombiana que solo reconoce los derechos de las parejas heterosexuales. Un caso paradigmático y que reflejaba el rigor con el que se excluía de protección a los homosexuales, fue lo decidido en la sentencia SU-623 de 2001 que revisó el caso de un hombre que solicitó a una Empresa Prestadora de Salud (E.P.S.), su afiliación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta que su compañero permanente era el cotizante del sistema.

En esta sentencia unificada (Sala Plena) la Corte negó la protección, amparada en las disposiciones legales vigentes que determinaban quienes eran los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud y que hacen referencia continua al concepto de familia. Es decir, hizo una interpretación literal de la norma expresando que ellas solo prevén la pareja heterosexual. A renglón seguido acudió a la definición del concepto de familia contenido en el artículo 42 de la Constitución Política que dice: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Es decir, aquí no caben los homosexuales.

En los años siguientes la posición excluyente de la Corte se ratificó en algunas sentencias como la C-814 de 2001 (imposibilidad de adopción para homosexuales) y la sentencia T-725 de 2004 (derecho de residencia en San Andrés de los cónyuges o compañeros permanentes, no son aplicables a las parejas homosexuales).

Tuvieron que pasar 6 años más para que la Corte diera un primer gran paso con la sentencia C-075 de 2007 con la cual el alto tribunal reconoció algunos efectos patrimoniales a las parejas del mismo sexo.

Después de este primer histórico fallo vinieron otros más en los que los derechos de las parejas homosexuales se fueron poco a poco equiparando a los de las parejas heterosexuales: extensión de protección patrimonial a parejas del mismo sexo mediante la afectación a vivienda familiar (sentencia C-029/09), reconocimiento de la unión entre parejas homosexuales (sentencia C-577 de 2011), adopción entre parejas del mismo sexo cuando el menor es hijo de uno de los dos cónyuges (SU-617 de 2014) y finalmente la adopción plena.

Este último paso que muchos sectores esperaban y otros temían, fue dado mediante la sentencia C-683 del 28 de octubre de 2015 que declaró que es inconstitucional el tratamiento desigual que da el Código de la Infancia y la Adolescencia a las parejas del mismo sexo que quieran adoptar un menor, con lo cual los puso en el mismo nivel de igualdad a las parejas heterosexuales.

Esta nueva realidad que se veía venir, tiene unos argumentos constitucionales muy fuertes como el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales y los derechos fundamentales del menor a tener una familia. Del lado de quienes no están de acuerdo con esta medida, está el fundamento de que los menores tienen el derecho a tener un padre y una madre como todos los niños, frente a lo cual los estarían discriminando al no darles el mismo tratamiento que a los niños que son adoptados por parejas homosexuales.

Dentro de esta discusión no se debe perder de vista el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos. En este punto surgen algunos interrogantes: ¿es preferible que un menor sea adoptado por parejas del mismo sexo, a que crezca en el ICBF y nunca logre tener una pareja heterosexual que la adopte? Al no existir evidencias científicas sobre las consecuencias en los menores por tener padres homosexuales, ¿estaremos experimentando con nuestros niños? En esta discusión ¿se estarán priorizando los derechos de las parejas homosexuales dejando de lado lo más importante, el interés del menor?

Más recientemente en la sentencia SU-214 de 2016, la Corte hizo una importante interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, pues aunque esta norma establece de manera expresa que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, el Alto Tribunal reinterpreto la norma aplicando la regla "inclusio unius est exclusio alterius". De esta forma estableció que es posible casarse entre hombres o entre mujeres pues en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

Desde septiembre de 2016, cinco meses después de que la Corte Constitucional dio vía libre para que las parejas del mismo sexo formalizaran su matrimonio, decenas de parejas han acudido a las notarías del país para casarse, según datos consolidados en la Oficina Asesora de Planeación de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Dentro de este panorama de igualdad, son muchos los interrogantes los que aún no han sido resueltos por la ciencia del derecho ni mucho menos han encontrado respuesta por la medicina o la psicología. A pesar de ello, en muchos países las parejas del mismo sexo por fin encuentran un reconocimiento legal y lentamente empiezan a ganar espacio en las sociedades, que ya no ven a esta población como enfermos mentales o depravados sino simplemente como seres humanos con una forma diferente de ver y asumir la vida.

**GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA**  
Editor