

**18-2018**

**Inconstitucionalidad**

**Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del once de enero de dos mil diecinueve.

El ciudadano Rafael Alejandro Rodríguez Colacho solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 11 del Código de Familia (CF), contenido en el Decreto Legislativo n° 677, de 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial n° 231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993, por la supuesta contradicción con los arts. 1, 2, 3, 8, 32 y 144 inc. 2° de la Constitución (Cn.).

Analizada la demanda se realizan las siguientes consideraciones:

**I.** La disposición legal impugnada prescribe literalmente lo siguiente:

*Código de Familia*

“Concepto de matrimonio

Art. 11.- El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida”.

**II.** Argumentos contenidos en la demanda:

En síntesis, el actor solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 11 CF, por vicios de “omisión y contenido” por vulnerar los derechos a la libertad (art. 2 Cn.), igualdad (art. 3 Cn.) y seguridad jurídica (art. 2 Cn.), así como los principios de legalidad (art. 8 Cn.) y “prevalencia jurídica” (art. 144 Cn.), en razón de que su redacción es excluyente, desigual, discriminatoria, incompleta, incoherente e incongruente. Alega que dicha disposición es excluyente respecto a la comunidad de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB), un grupo minoritario que por su calidad de personas humanas tienen derecho a la libertad y seguridad jurídica. Además, dicho precepto es desigual y discriminatorio, debido a que otorga un trato diferenciado a la comunidad LGTB con respecto a la población heterosexual al restringir su participación en la institución jurídica del matrimonio por motivo de orientación sexual. Por otra parte, afirma que el precepto impugnado no regula la participación de las personas de orientación homosexual en la institución del matrimonio, aunque no prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, omite regularlo, lo cual genera inseguridad jurídica. A su criterio, esta omisión contraría el fomento del matrimonio (art. 32 Cn.) y la libertad de toda persona (art. 2 Cn.). Finalmente, aduce que el art. 11 CF es incongruente con el art. 144 Cn., puesto que “modifica” y contradice el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

**III.** El desarrollo de la presente resolución será el siguiente: (IV) primero, se indicará el fundamento jurídico de la decisión; y, posteriormente, (V) se realizará el análisis sobre la procedencia de la pretensión planteada por el actor.

#### IV. Fundamento jurídico:

En el proceso de inconstitucionalidad el fundamento jurídico de la pretensión se configura con el señalamiento preciso de las disposiciones legales impugnadas y de las disposiciones constitucionales que permitan establecer el contraste normativo correspondiente; mientras que el fundamento material de la pretensión lo constituye, por un lado, el contenido del objeto y del parámetro de control y, además, los argumentos tendentes a evidenciar la contradicción existente entre ambos (resolución de improcedencia de 11 de octubre de 2013, inconstitucionalidad 150-2012). En este sentido, el inicio y desarrollo de este proceso solo es procedente cuando dicha pretensión de inconstitucionalidad expresa claramente la confrontación normativa que demuestre la presunta inconstitucionalidad advertida y, además, cuando se funde en la exposición suficiente de argumentos sobre la probabilidad razonable de dicha confrontación, no solo entre dos disposiciones o textos. Debido a que las normas son productos interpretativos y su formulación no se logra con una simple lectura o un mero cotejo de enunciados lingüísticos, una pretensión de esta índole requiere un auténtico ejercicio argumentativo de interpretación de disposiciones, más allá de una ligera impresión subjetiva de inconsistencia, causada por una lectura superficial de los enunciados respectivos, por una simple contraposición textual o por una interpretación aislada o inconexa de las disposiciones en juego.

Para no volver insustancial el control de constitucionalidad, la tesis o idea de que existe una incompatibilidad entre objetos y parámetros de control debe ser plausible, es decir, aceptable en principio, mínima o tentativamente, o por lo menos no rechazable de modo manifiesto o inmediato. El fundamento de la pretensión no puede ser solo aparente, como sería el construido con base en una patente deficiencia interpretativa, cuyo resultado sea ajeno al sentido racional ordinario de los contenidos lingüísticos analizados, según su contexto, finalidad y alcance jurisprudencial. De lo anterior deriva que en los procesos de inconstitucionalidad existe un defecto de la pretensión que habilita su rechazo mediante una decisión de improcedencia, por ejemplo: (i) cuando el fundamento jurídico de la pretensión es deficiente —ejemplo, cuando en la demanda se omite mencionar las disposiciones constitucionales supuestamente violadas o bien, en un caso extremo, cuando no se expresa cuál es la normativa impugnada—; (ii) cuando el fundamento material de la pretensión de inconstitucionalidad es deficiente, es decir, cuando la argumentación expuesta por el demandante no logra evidenciar la contradicción entre el objeto de control y las disposiciones constitucionales supuestamente violadas o bien, cuando, habiendo invocado como parámetro de control una disposición constitucional, se le atribuye un contenido inadecuado o equívoco —argumentación incoherente—; y (iii) cuando la pretensión de inconstitucionalidad carece totalmente de fundamento.

## V. Análisis sobre la procedencia de la pretensión:

1. En primer lugar, el actor ha alegado la existencia de vicios de “omisión” legislativa en el art. 11 CF. Sin embargo, el referido ciudadano no ha tenido presente que la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta de cumplimiento, por parte de los órganos con potestades normativas, de los mandatos constitucionales para el desarrollo obligatorio de ciertos temas o asuntos, en la medida en que ese incumplimiento exceda un plazo razonable y obstaculice con ello la aplicación eficaz de la Constitución (sentencia de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidad 37-2004). Este tipo de inconstitucionalidad exige demostrar, de forma argumentada, la existencia de una orden concreta, específica e ineludible de producción normativa infraconstitucional de desarrollo que, como consecuencia de la estructura abierta de la Constitución, es necesaria para la aplicación efectiva de ciertas normas constitucionales (entre otras, sentencia de 15 de febrero 2012, inconstitucionalidad 66-2005).

Esta modalidad de vulneración constitucional se puede llevar a cabo de dos formas: como omisión absoluta, que consiste en la total ausencia de cualquier normativa que dote de eficacia a las normas constitucionales que lo requieren; y como omisión parcial, en la cual la normativa de desarrollo existe, pero es insuficiente o incompleta. En específico, las omisiones parciales pueden darse tanto por la violación al principio de igualdad, cuando el legislador establece una exclusión arbitraria de beneficios en cuanto a ciertos destinatarios de un derecho fundamental, como por la incompleta o deficiente regulación de un aspecto que provocaría la ineficacia de un mandato constitucional.

En este caso, el pretensor no ha aportado argumentos que permitan evidenciar un mandato constitucional impuesto al legislador en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo. De sus afirmaciones únicamente se deduce una insatisfacción sobre la definición legal de matrimonio contenida en el art. 11 CF, aspecto que no puede considerarse como una omisión legislativa, por lo que este punto de su pretensión deberá declararse improcedente.

2. En segundo lugar, este tribunal advierte que el pretensor no ha formulado una argumentación suficiente de contraste entre la disposición impugnada (art. 11 CF) y los artículos de la Constitución invocados como parámetros de control (arts. 1, 2, 3, 8, 32 y 144 inc. 2º Cn.). Él se ha limitado a decir que el contenido del art. 11 CF es excluyente, desigual, discriminatorio, incompleto, incoherente e incongruente, pero no ha justificado la supuesta infracción al contenido normativo de dichos preceptos constitucionales. Únicamente ha transcrito la disposición impugnada y ha citado los artículos de la Constitución.

Como se ha señalado en el considerando IV, en el proceso de inconstitucionalidad el fundamento jurídico de la pretensión lo configura el señalamiento preciso de las disposiciones secundarias impugnadas y las constitucionales que se argumentan vulneradas

—objeto y parámetro de control—. Pero, adicionalmente, se requiere como un aspecto material el desarrollo de argumentos tendentes a configurar la contradicción existente entre el contenido de uno y del otro. Por ende, existe un defecto absoluto de la pretensión, cuando en lo relativo a ese fundamento material la argumentación expuesta por el demandante no logra plasmar la contradicción por él advertida entre la normativa impugnada y las disposiciones constitucionales supuestamente violadas. Y se trata de un requisito que no puede ser subsanado de forma oficiosa, ya que se ingresaría en el campo de la confrontación normativa sometida a estudio, lo que implica la configuración de la pretensión constitucional a instancia de esta sala, cuestión que no pertenece a su órbita de competencia. Tampoco puede ser prevenida por el tribunal, ya que una prevención debe dirigirse a corregir errores de forma que impidan el correcto entendimiento de la pretensión formulada por el demandante y no a configurar elementos esenciales de esta. En el proceso de inconstitucionalidad la pretensión presenta la característica especial de que el reclamo no se fundamenta en unos hechos específicos o acontecimientos de realización fáctica, sino que hace referencia a la contradicción normativa de disposiciones infraconstitucionales o actos de aplicación directa de la Constitución con la Constitución que debe decidirse en el fondo, por tanto la argumentación es un elemento esencial que debe ser aportado por la parte actora.

3. Finalmente, respecto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, se observa que los alegatos del demandante son contradictorios. Por una parte, sostiene que la disposición impugnada excluye a los miembros de la comunidad LGBTI de la institución del matrimonio; y, por otra, afirma que esta no prohíbe expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, el actor ha omitido exponer con claridad los elementos indispensables para llevar a cabo el test de igualdad que verifique, dentro de la proporcionalidad, la razonabilidad de la situación contemplada en el art. 11 CF.

Para plantear adecuadamente la infracción al principio de igualdad, se debe demostrar, de forma argumental, los siguientes aspectos: (i) si la disposición cuestionada contiene una desigualdad por equiparación o una desigualdad por diferenciación; (ii) el criterio de la realidad con arreglo al cual se hace la comparación, que permite concluir que existe una diferenciación o equiparación, debiéndose precisar cuáles son sujetos o situaciones que soportan la desigualdad —es decir, el término de comparación—; (iii) la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados, en virtud de la igualdad o desigualdad advertida; y, por último, (iv) la existencia de una desigualdad carente de justificación o, en otros términos, la irrazonabilidad en la discriminación. Para determinar esto último, la jurisprudencia constitucional exige el desarrollo del test de proporcionalidad.

No basta con dictaminar que la existencia de un trato desigual (ya sea por acción u omisión) sea razonable, pues, aun así, pudiera ocurrir que ese trato conlleve una limitación desproporcionada a un derecho fundamental. Por ello, el análisis debe continuar para

determinar si los beneficios que reporta la diferenciación normativa o exclusión compensan el sacrificio que esta supone para un derecho fundamental (proporcionalidad en sentido amplio). De acuerdo con ello, para llegar a esta conclusión, o a la contraria, es indispensable verificar que el trato desigual cuestionado es idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto, o que no lo es, (sentencia del 7 de noviembre de 2011, inconstitucionalidad 57-2011). Por tanto, no todo trato diferente o equiparado es inconstitucional en sí mismo, pues su incompatibilidad constitucional se determina por la desproporcionalidad de la intervención legislativa (auto del 29 de enero de 2018, inconstitucionalidad 158-2017). La razón que justifica tal afirmación se funda en que el principio de igualdad no siempre ordena un idéntico trato legal, al margen de elementos diferenciadores de relevancia jurídica. En algunos casos, ellos pueden estar fundado en una justificación objetiva y razonable para ello.

Así, la razón de la supuesta desigualdad de trato entre personas homosexuales y personas heterosexuales para contraer matrimonio se basa en un examen superficial, sin explicitar con claridad en la pretensión los elementos para efectuar el referido test de igualdad, por lo que se concluye que este aspecto de dicha pretensión de inconstitucionalidad carece de fundamento y por ello es improcedente.

Con base en lo expuesto, conforme al artículo 6 números 2 y 3 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta sala **RESUELVE**:

1. *Declárase improcedente* por vicios en la pretensión la demanda presentada por el ciudadano Rafael Alejandro Rodríguez Colocho, mediante la cual solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 11 del Código de Familia, por la supuesta vulneración de los artículos 1, 2, 3, 8, 32 y 144 inciso 2° de la Constitución.

2. *Tome nota* la secretaría de este tribunal del lugar y medio técnico señalado por el demandante para recibir actos de comunicación.

3. *Notifíquese.*

