

184-2016

## Inconstitucionalidad

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

El ciudadano Hermán Duarte Iraheta presentó escritos de demanda y ampliación de la misma, mientras que los ciudadanos Josué Samuel Ramos Zeledón, Frank Antonio Rodríguez, Ileana Esperanza Hernández Gálvez, Carlos Steve Renderos Alas, William Vladimir Hernández Valenzuela, Liliana Arely Hernández Gálvez, Carlos Wilfredo Meléndez Hernández, Carlos Armando Avelar Orellana, Mauricio Antonio Chávez Guerrero, Daniel José Cornejo Arévalo, Carlos Omar Urquilla Martínez, Nora Elizabeth Alfaro Zepeda, Marvin Alexander González García, Julio Eliseo Palacios Navarrete, Oscar Armando Huezo López, Ruandi Wisnman Hernández Portillo, Joaquín Antonio Cáceres Hernández, Jaqueline López Sánchez, Ibe Isael Mártir, Sigfrido Nelson Gómez Durán, Edwin Alexander Villalta Montano, Douglas Edgardo Araujo Jiménez, Camilo Edgardo Guzmán Guevara, Alicia del Carmen Peña Orellana y Pedro Joel Rodríguez Figueroa, presentaron escritos de adhesión a la demanda y su ampliación, mediante los cuales solicitan que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 11, 14 ordinal 6º, 90 causal 3ª y 118 del Código de Familia o 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, 7, 10, 32, 33 y 85 de la Constitución (Cn.); y la inconstitucionalidad, por vicios de forma y contenido, del Acuerdo Legislativo n° 2, de 16 de abril de 2015 (Acuerdo n° 2/2015), en el que se modifica el texto de los arts. 32, 33 y 34 Cn., porque, a su criterio, contraviene el contenido normativo de los arts. 248 inc. 4º, 1, 2, 3, 7, 10, 32 y 33 Cn.

### I. Objeto de control.

Las disposiciones legales impugnadas prescriben 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”.

##### “Nulidad absoluta.

Art. 90.- Son causas de nulidad absoluta del matrimonio:

3a) Cuando los contrayentes sean del mismo sexo”.

##### “Concepto y extensión

Art. 118 inc. 1º.- La unión no matrimonial que regula este Código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de uno o más años”.

El Acuerdo de Reforma Constitucional antes citado, en lo pertinente prescribe:

Art. 1.- Refórmase el Art. 32 de la siguiente manera:

“Art. 32.- Se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Serán hábiles para contraer matrimonio entre ellos el hombre y la mujer, así nacidos, que cumplan con las condiciones establecidas por la Ley. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las Leyes de otros países, y otras uniones que no cumplan con las condiciones establecidas por el orden jurídico salvadoreño, no surtirán efecto en El Salvador.

El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de este no afectará el goce de los derechos establecidos por la Ley”.

Art. 2.- Refórmase el Art. 33 de la siguiente manera:

“Art. 33.- La Ley regulará las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará, asimismo, las relaciones resultantes de la unión estable de un hombre y una mujer, así nacidos, y que no tengan impedimento para contraer matrimonio”.

Art 3.- Refórmase el Art. 34 de la siguiente manera:

“Art. 34.- Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

Se reconoce la adopción como una institución, cuyo principio rector será el interés superior del adoptado.

Estarán habilitadas para adoptar las personas que cumplan con las condiciones que la Ley establezca. Se prohíbe la adopción por parejas de un mismo sexo.

La Ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”.

## II. Adhesión a la demanda.

Como se reconoce en la doctrina procesal, para que una pretensión pueda ser estimada por el órgano jurisdiccional se requiere, no solo el cumplimiento por las partes de ciertos presupuestos procesales —como la capacidad para ser parte, la capacidad procesal—, sino que también se requiere que tengan una determinada relación jurídico material con el objeto del proceso.

En el presente caso, se advierte que los ciudadanos Ramos Zeledón, Rodríguez, Hernández Gálvez, Renderos Alas, Hernández Valenzuela, Hernández Gálvez, Meléndez Hernández, Avelar Orellana, Chávez Guerrero, Cornejo Arévalo, Urquilla Martínez, Alfaro Zepeda, González García, Palacios Navarrete, Huevo López, Hernández Portillo, Cáceres Hernández, López Sánchez, Mártir, Gómez Durán, Villalta Montano, Araujo Jiménez, Guzmán Guevara, Peña Orellana y Rodríguez Figueroa presentaron escritos mediante los cuales solicitan a este tribunal adherirse a las pretensiones planteadas en la demanda y escrito de ampliación formulada por el ciudadano Herman Duarte Iraheta, mediante los que solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 11, 14 ordinal 6º, 90 causal 3ª y 118 CF y del Acuerdo n° 2/2015 por transgredir los arts. 1, 2, 3, 7, 10, 33, 32, 85 y 248 Cn. Asimismo, los referidos ciudadanos manifestaron que ratificaban todo el contenido de la demanda y su ampliación —objeto, parámetro de control y motivos de inconstitucionalidad—, pero con respecto a la inconstitucionalidad del Acuerdo n° 2/2015 además alegan la existencia de vicios de forma. De lo manifestado por dichos ciudadanos se infiere que estos poseen un interés público en común y que pretenden integrar un litisconsorcio voluntario activo.

Ahora bien, por una parte, doctrinariamente el litisconsorcio es un instituto procesal que permite una acumulación subjetiva, es decir, la presencia en el proceso de dos o más personas. Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra. El art. 80 inc. 1º del Código Procesal Civil y Mercantil —de aplicación supletoria en los procesos constitucionales— establece que podrán comparecer en el proceso varias personas, como demandantes o como demandados cuando las pretensiones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir. Dicha regulación en nuestro ordenamiento jurídico permite la presencia de varias personas que, por sus intereses comunes, están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente unitaria.

Por otra parte, el objeto del proceso de inconstitucionalidad es la defensa del orden constitucional cuando se considera vulnerado por la emisión de una disposición, un cuerpo normativo, un específico acto de aplicación directa de la norma primera o una omisión de cumplimiento de un mandato constitucional. Su finalidad es la depuración del ordenamiento jurídico en el sentido de expulsar de este las disposiciones que sean incompatibles con la Constitución. La legitimación activa para iniciar el proceso de inconstitucionalidad es amplia y con ciertos matices pues, según el art. 183 Cn. y el art. 2 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC), *cualquier ciudadano* puede solicitar a la Sala de lo Constitucional la defensa del orden constitucional. Esta legitimación “popular”, como lo manifiesta la jurisprudencia de esta sala, puede llevarse a cabo por los ciudadanos de forma personal —comprobando la calidad de tal mediante la presentación de su Documento Único de Identidad— en cumplimiento del deber establecido en el art. 73 inc. 1º ord. 2º Cn. (resoluciones de 12 de julio de 1963 y de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidades 1-63 y 48-2010) y en razón de un interés propio y directo (sentencia de 13 de diciembre de 2005, inconstitucionalidad 58-2003).

Debido al carácter público del proceso de inconstitucionalidad y su finalidad de defensa objetiva de la Constitución, ajeno a la tutela de intereses privados o situaciones individuales, no existe impedimento jurídico alguno para que cualquier ciudadano pueda solicitar en la fase de inicio del proceso su intervención para constituir un litisconsorcio voluntario activo y que se acceda a tal petición. Por ello y por el control abstracto que ocurre en un proceso de inconstitucionalidad, el reconocimiento de legitimación a todo ciudadano para iniciar un proceso de inconstitucionalidad, la trascendencia e interés público de la pretensión, la manifestación de voluntad expresa de los peticionarios de adherirse a la pretensión constitucional planteada por el ciudadano Duarte Iraheta y, además, por encontrarse este proceso en la fase de inicio, este tribunal estima pertinente conceder la intervención de los referidos ciudadanos en carácter de demandantes en el presente proceso.

### III. Argumentos de los demandantes.

I. En lo medular, los demandantes manifiestan que los arts. 11, 14 ordinal 6º, 90 causal 3ª y 118 del CF violan la siguiente normativa constitucional:

A. Derecho de Igualdad (art. 3 Cn.) de las personas de orientación homosexual, en comparación con las personas que tienen una orientación sexual heterosexual.

B. Derecho a la intimidad y privacidad personal (art. 2 Cn.) en virtud de que la normativa cuestionada imposibilita el desarrollo del plan de vida de cada persona al restringir que personas del mismo sexo puedan erigir su intimidad mediante la figura del matrimonio.

C. Derecho a la libertad (art. 1 Cn.) porque la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo obstaculiza al individuo la búsqueda y realización de su desarrollo personal en la dimensión de vida en pareja.

D. Derecho de asociación (art. 7 Cn.) debido a que existe una restricción sin justificación para que una persona pueda celebrar una asociación libre y legalmente reconocida como es la unión matrimonial y la unión no matrimonial.

E. Derecho a la justicia social (art. 1 Cn.) porque la restricción para que un grupo determinado de ciudadanos puedan acceder al matrimonio o unión no matrimonial crea una división entre ciudadanos de primera categoría y ciudadanos de segunda categoría.

F. Derecho a la seguridad jurídica (art. 1 Cn.), derivado de la violación al derecho de igualdad, ya que no están claros los alcances que las normas tienen para los ciudadanos que forman parte del colectivo de Lesbianas, Gays, Trans —el término trans se refiere a travestís, transexuales y transgéneros— y Bisexuales (LGBTI). Por un lado, se les reconoce igualdad, pero, por otro, se les niegan derechos.

G. Derecho a la dignidad de la persona humana (preámbulo y art. 1 Cn.). La diferenciación, clasificación y segregación de la población LGBTI atenta contra la integridad personal y transmite un mensaje negativo al resto de la población —incluso a aquellos que se encuentran en conflictos internos para aceptarse como miembros de dicha comunidad— de que la vida de este grupo de personas no es tan digna como la de la población heterosexual.

II. Derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (art. 2 Cn.).

I. Derecho a la propiedad (arts. 2 y 33 Cn.) en razón de que las parejas del mismo sexo no tienen una regulación del patrimonio que cada uno y en conjunto consignan en el periodo que conforman una unión familiar.

J. Derecho a la protección de la familia (art. 32 Cn.). El Estado debe proteger los lazos familiares establecidos libremente por las personas LGBTI de igual manera que lo hace con las “familias tradicionales”.

K. Derecho a la tutela (art. 2 Cn.) por cuanto el Estado Constitucional y Democrático de Derecho de El Salvador debe velar porque todas las persona que conforman la sociedad, lo que

incluye a la población LGBTI, tengan la posibilidad de gozar de sus derechos y que cada persona decida ejercitarlos.

L. Carácter democrático del Estado Constitucional de Derecho (preámbulo y art. 85 Cn.) puesto que las disposiciones sometidas a control constitucional sobrepasa los derechos de las minorías LGBTI, parte esencial de una democracia.

2. Para fundamentar la transgresión al principio de dignidad humana los demandantes exponen que, según la sentencia de 6 de junio de 2008, hábeas corpus 31-2004, “[...] la dignidad de la persona comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, y en el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna. La existencia digna significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales”. A juicio de los peticionarios, de tal definición se deduce que para que una persona tenga una vida digna debe permitírsele acceder a cierto nivel de condiciones para el goce de sus derechos fundamentales, entre ellos el reconocimiento del Estado de la vida en pareja.

Con base en la sentencia de 4 de septiembre de 2007, hábeas corpus 165-2005, agregan que la dignidad humana “[...] es elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional, comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. Sostienen que la dignidad es inherente a toda persona humana y no está sujeta a las circunstancias particulares de cada cual —edad, sexo, condición económica o nivel de instrucción—; tampoco se desvanece en razón de la conducta mostrada, pues aun cuando el individuo incurra en actos reprobados socialmente o incluso perpetra hechos que el ordenamiento jurídico considera como delictivos, su dignidad —en tanto es consustancial a su calidad de ser humano— permanece”. En consecuencia, los demandantes manifiestan que la dignidad humana no puede ser disminuida por razones discriminatorias como la orientación sexual como ocurre con la normativa impugnada.

Los actores afirman que las disposiciones sometidas a control constitucional crean barreras para que las personas puedan aceptar y vivir con plenitud su orientación sexual. Las investigaciones científicas han demostrado que sentirse bien con respecto a la propia orientación sexual e integrarla en la vida personal fomenta el bienestar y la salud mental. Sostienen que a las personas LGBTI, al igual que las personas heterosexuales, les hace bien poder compartir su vida con familia, amigos y conocidos, pero una legislación discriminatoria y estigmatizante favorece que las personas LGBTI oculten su orientación sexual e incrementen el riesgo de padecer problemas de salud mental y física, situaciones que denigran su dignidad.

3. En otra línea argumentativa, los demandantes afirman que la jurisprudencia constitucional, particularmente en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, amparo 18-2004, ha

interpretado que el principio de igualdad “[...] no se agota en su vertiente de [...] comparación con el derecho de otros, sino que implica la consiguiente prohibición de discriminar por las razones señaladas en el art. 3 Cn. las cuales no son taxativas, es decir, las causas de discriminación señaladas en la disposición antes mencionada son ilustrativas, y no son las únicas por las cuales una persona puede ser discriminada. [...]. Y es que, los motivos de discriminación son numerosos y, además, tienden desafortunadamente a aumentar según las más variadas situaciones o circunstancias, de modo que sería no sólo impráctico sino [...] antijurídico, pretender realizar una enumeración, catálogo cerrado o lista tasada de causales. Es por ello que, tal cual el constituyente lo hizo en nuestra Ley Suprema, se utiliza la técnica de la enumeración ejemplificativa o ilustrativa, a fin de orientar acerca de los criterios que pueden tomarse como base para identificar motivos discriminatorios”.

Además, los demandantes señalan que la Sala de lo Constitucional ha reconocido en el citado amparo 18-2004 la proscripción de la discriminación a la persona humana en razón de su orientación sexual: “[...] [e]n cuanto a la orientación homosexual, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido ciertas personas en algunas sociedades. En aplicación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo contenida en tal artículo comprende también la discriminación basada en la orientación sexual. En vista de lo antes expuesto, debe concluirse que una exclusión del goce de los derechos fundamentales basándose en motivos discriminatorios por razones de la preferencia u orientación sexual de estos, resulta totalmente inadmisibles desde el punto de vista constitucional...”.

Vinculado con lo anterior, los peticionarios alegan que si bien la orientación sexual no se encuentra literalmente expresada en la Constitución o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como una categoría protegida contra la discriminación, es importante tomar en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha entendido en la sentencia de 24 de febrero de 2012, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, que “... los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Por tanto, debe entenderse a la orientación sexual como una de las categorías por las cuales está prescrito todo tipo de discriminación...”. En ese orden, los actores afirman que este tribunal en la sentencia de amparo 18-2004 hizo referencia al concepto de “orientación homosexual”, pero para el presente caso es importante aclarar que aquel no es más que una especie dentro del género de la orientación sexual. A su juicio, a efecto de una interpretación evolutiva de la Constitución, debe adoptarse la definición

establecida en los “Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación e Identidad de Género” (Principios de Yogyakarta), que dispone que la orientación sexual “se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género o de más de un género”.

Los demandantes argumentan que la normativa impugnada produce un trato discriminatorio injustificado en comparación con las personas de orientación sexual heterosexual. Exponen que, por un lado, las personas heterosexuales pueden contraer matrimonio y gozan de protección estatal de las uniones no matrimoniales y, por otro lado, se les restringe a las personas LGBTI. Sostienen que el grupo de personas LGBTI son iguales que las personas heterosexuales, con la misma capacidad de establecer vínculos de afecto, amor e intimidad con otra persona, al punto de adoptar la decisión de comprometerse para conformar una vida en pareja mediante las figuras de la unión matrimonial o unión no matrimonial. Sostienen que las diferencias entre el matrimonio y unión no matrimonial constituido por personas heterosexuales y las que se forman por personas LGBTI consisten en que en este último caso la pareja está formada por personas del mismo sexo y no pueden procrear sin asistencia especializada.

Los demandantes aducen que el Estado, al no reconocer el matrimonio ni la unión no matrimonial entre parejas del mismo sexo, impone a las personas LGBTI un estigma social de que su conducta es prohibida. Manifiestan que varios países han eliminado de sus legislaciones la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo debido a que denigra al ser humano. Para apoyar este punto citan extractos de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Obergefell vs. Hodges*, en la que la mayoría de magistrados opinaron: “se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja fuera de una institución central de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes del matrimonio y buscar su realización en su más alto significado. La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo puede haber parecido larga natural y justo [sic], pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio ahora es manifiesto. Con ese reconocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de parejas del mismo sexo del matrimonio en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental”.

Asimismo, los peticionarios sostienen que la normativa impugnada produce que a las personas LGBTI también se les prive de los siguientes derechos: derecho a casarse, derecho al divorcio, derecho a la manutención del cónyuge, derecho a las visitas hospitalarias, derecho a tomar la última decisión en aspectos relacionados a la salud del cónyuge, derecho a la adopción, derecho de paternidad, derecho de custodia de menores, derecho a la manutención del cónyuge y el hijo, derecho de pensión de vejez con los hijos, derecho a ser heredero, derecho a recibir protección ante un divorcio, derechos migratorios, derecho de seguro de enfermedad, derecho a

vacaciones por maternidad, enfermedad del cónyuge o luna de miel, derecho a recibir pensiones del cónyuge en determinados casos, derecho a recibir beneficios de seguro social, derecho a la libertad de expresión de género, derecho a presentar impuestos conjunto, derecho a la inmunidad de declarar contra el cónyuge en procesos penales, derecho a la continuidad de seguro de salud de cobertura, derecho a la protección legal contra la discriminación de vivienda, derecho a la libre expresión y la libre asociación, derecho al acceso de las pólizas de seguro de la familia, derecho contra la violencia doméstica y derecho a formar una familia.

Los actores agregan que el órgano legislativo tiene discrecionalidad para legislar, pero está no es absoluta cuando recae sobre derechos fundamentales. En este caso la normativa impugnada está ligada con la dignidad humana, efectúa una discriminación en razón de la orientación sexual y afecta otros derechos sin justificación constitucional. Exponen que los argumentos que tradicionalmente son utilizados para intentar fundamentar la prohibición del matrimonio y uniones no matrimoniales entre personas del mismo sexo son los siguientes:

A. La mayoría está en contra.

Exponen que, para intentar justificar la discriminación en razón a la orientación sexual de las disposiciones impugnadas, el Estado suele aducir que la mayoría de la población salvadoreña está en contra del matrimonio igualitario. Sin embargo, esta idea soslaya el principio democrático del Estado salvadoreño (art. 85 Cn.) porque en una democracia las decisiones las adopta la mayoría, pero con respeto a las minorías. Señalan que tal y como lo ha indicado la Sala de lo Constitucional en la sentencia de 29 de julio de 2010, inconstitucionalidad 61-2009, “un Estado donde no existe respeto a las minorías, dejando a un lado sus derechos y llegando al punto de que se les prohíban ejercer algunos otros, que resultan ser esenciales para alcanzar la realización personal, da como resultado vivir en un Estado antidemocrático...”. En similar línea de ideas –manifiestan–, que la CorteIDH ha sido enfática en señalar, en el *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.

Los demandantes aseveran que hoy en día la población LGBTI no cuenta en la Asamblea Legislativa con un solo diputado que represente sus intereses, por tal razón el órgano judicial constituye la instancia de protección para este grupo vulnerable. Añaden que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en la sentencia de 9 de octubre de 1998, caso de *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, caso CCT11/98, ha dicho que “en el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Es la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es,

lo que vulnera la dignidad y la autoestima de un grupo. Esta especial vulnerabilidad de los gays y lesbianas como grupo minoritario cuyo comportamiento se desvía de la norma oficial se deriva del hecho de que [...] los gays constituyen una parte distinta aunque invisible de la comunidad, que ha sido tratada no solamente con falta de respeto o condescendencia sino también con desaprobación y repulsa; son en general un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible, la característica que los identifica combina todas las ansiedades que produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia; y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión”. Es dicha situación de desventaja de la comunidad LGBTI la que el Estado debe buscar remediar en razón de que la democracia constitucional se funda en la protección de los ciudadanos mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales. Sostienen que debe rechazarse la existencia de normas discriminatorias de minorías en aras de satisfacer el *statu quo* de las mayorías.

*B. La homosexualidad puede enfermar a la familia.*

Los demandantes apuntan que la idea de que el matrimonio homosexual constituye un golpe a la familia no tiene fundamento porque las personas heterosexuales podrán seguir casándose y teniendo hijos. Por el contrario, se inyectaría a la institución de una nueva vitalidad porque, mientras en la actualidad la familia sufre una profunda crisis con el alto índice de divorcios y la multiplicación de parejas de hecho que rehúsan a pasar por el registro civil, paradójicamente los homosexuales desean salir del gueto en que la sociedad los ha confinado y tienen la ilusión de constituir una familia. Además, ser miembro de la población LGBTI no les quita la calidad de persona dentro de una familia puesto que estos también son hijos, nietos, primos, hermanos y en algunos casos padres. Aclaran que la finalidad de la presente acción de inconstitucionalidad no es afectar a la familia, sino poder equiparar a la población homosexual con la población heterosexual en el goce de la protección estatal para constituir matrimonio o uniones no matrimoniales.

Por otra parte, respecto al prejuicio de que la homosexualidad es una enfermedad contagiosa, los demandantes precisan que la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud que tuvo lugar el 17 de mayo de 1990 eliminó la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales. La Asociación Americana de Psicología ha concluido que “[l]a homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente las visiones tradicionales de la homosexualidad como una enfermedad o una anormalidad que debe ser curada medicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas”. De tal forma que la ciencia ha

afirmado que no se trata de una enfermedad y debe rechazarse argumento para justificar las normas impugnadas.

#### C. Modificación a una institución milenaria.

Los demandantes señalan que es falsa la tesis de que el matrimonio ha sido una institución pétrea, inmodificable e inmutable desde su instauración ya que la historia demuestra que se trata de una institución social que se ha ido adaptando a las necesidades de tiempo, lugar y circunstancias. Afirman que en el caso *Obergerfell vs Hodges* la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América dijo que “[e]l derecho a casarse es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas por sí solos. Se levantan, también, de una comprensión mejor informada sobre la imperativos [sic] constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideran el matrimonio del mismo sexo sea malo llega[n] a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas dignas y honorables, y ni ellos ni sus creencias están aquí menospreciado. Pero cuando esa, oposición [sic] personal se convierte en una ley promulgada y en política pública, la consecuencia necesaria es auditar el visto bueno del propio Estado para evitar una exclusión que pueda degradar o estigmatizar a aquellos cuya libertad se limita. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo en el matrimonio buscan el mismo tratamiento legal que las parejas de distinto sexo, y sería menospreciar a sus opciones y disminuir su personalidad negarles este derecho”. Finalmente, en este punto aducen que las verdaderas amenazas a la institución del matrimonio no se encuentran en el reconocimiento de derechos a grupos minoritarios ni en permitir a otro ser humano que cuente con una ceremonia matrimonial y reconocimiento legal de una unión. Las amenazas –sostienen los demandantes– se encuentran en la falta de honestidad, infidelidad, doble moral, falta de compromiso de los cónyuges, situaciones que no tienen relación con la orientación sexual de la persona.

#### D. Violación al fin de procreación de la familia.

Los demandantes explican que no es válido sostener que el fin de la familia es la procreación porque para poder contraer matrimonio la legislación de familia no establece como requisito que una pareja sea fértil. Y la esterilidad de la pareja no es una causa de divorcio. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha señalado, en el caso de *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others*, que “[s]igue existiendo un acervo de pensamiento teológico que sostiene que el propósito básico de la relación sexual es la procreación, y por esta razón, también proscribire la contracepción. Existe asimismo un acervo igualmente importante de pensamiento teológico que ya no comparte esta opinión. Las actitudes de la sociedad hacia la contracepción y los matrimonios que eligen no tener hijos están cambiando. Es inevitable que esta actitudes cambiantes produzcan un cambio en las actitudes hacia la homosexualidad”.

#### E. Vulneración a los derechos de los menores a tener un papá y una mamá.

Los actores aseguran que existe la idea de que los niños adoptados por parejas homosexuales sufrirán y tendrán una formación deficiente y anómala porque el niño para ser “normal” necesita un padre y una madre, no dos padres o dos madres, pero no existe sustento científico-psicológico que lo demuestre. La Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, ya citado, ha indicado que “el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos...”. Además, afirman que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Obergerfell vs Hodges*, señaló que “sin el reconocimiento, la estabilidad y la previsibilidad ofertada de matrimonio [sic], sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera menor. También sufren los costos de las materias significativas de que son criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su propia para una vida familiar más difícil e incierto [sic]. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo”.

*F. Riesgo de que los hijos de una familia homosexual serán abusados sexualmente.*

Los peticionarios exponen que, según la Asociación Americana de Psicología, no hay evidencia científica que respalde el temor de que los niños sean abusados por sus padres gays o madres lesbianas, o por las amistades o personas conocidas de sus padres o madres que sean gays, lesbianas o bisexuales. Apuntan que numerosos estudios realizados en las últimas décadas han demostrado que los niños criados por padres gays o lesbianas demuestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. El desarrollo óptimo de los niños no se basa en la orientación sexual de los padres, sino en vínculos estables de compromiso y crianza por parte de los adultos. Las investigaciones –sostienen– también demuestran que los niños que tienen dos padres, independientemente de su orientación sexual, se desarrollan mejor que los niños que tienen solo un padre.

*G. Los homosexuales tienen otro mecanismo para regular sus relaciones.*

Afirman que un clásico argumento para rechazar el matrimonio igualitario es el de optar por otros instrumentos jurídicos para reconocer alguna protección legal a las relaciones entre personas del mismo sexo. Esta posición, a criterio de los demandantes, es parte del principio de “separados pero iguales”, que busca superar una desigualdad, pero lo único que logra es agravarla, tal y como sucedió en el caso de la segregación racial en Estados Unidos de América hasta que la Corte Suprema decidió en el caso *Brown vs. Board of Education* que: “[l]a segregación de los niños blancos y de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color. El impacto es mayor cuando se tiene la sanción de la ley, por la política de separación de las razas se interpreta generalmente como denotando la inferioridad del grupo...”. Manifiestan que aplicar a la población LGBTI una regulación diferenciada implicaría

una práctica de “separados pero iguales” que contribuiría a profundizar la estigmatización y división social.

*H. La población LGBTI no tiene interés en casarse.*

Anotan que el art. 1 Cn. reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado y que es obligación de este asegurar a todos sus habitantes el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. El Estado es para todos y no para sectores específicos, por lo que –sostienen– debe velar por los derechos de los grupos minoritarios que componen la sociedad. Cualquier especulación sobre los intereses de un grupo sobre la decisión de casarse o no casarse son solamente eso: especulaciones. El Estado tiene la obligación de permitir el acceso a las instituciones jurídicas reguladoras de la familia a todos sus habitantes, sin discriminación por razón de su orientación sexual, que es lo contrario a lo que establece la normativa impugnada.

*I. Violación a la libertad religiosa.*

Alegan que la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas objeto de control constitucional no afectará la religión. Su objetivo es que la institución del matrimonio y la unión no matrimonial sean aplicables a todas las personas desde una perspectiva laica, sin injerencia de la iglesia. Agregan que, según la sentencia de 22 de mayo de 2013, inconstitucionalidad 3-2008, “el Estado tiene prohibido por mandato de la Constitución tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa”.

*J. Supuesta prohibición consagrada en el art. 33 Cn.*

Los demandantes argumentan que existe un sector de la sociedad que se aferra a realizar una interpretación textual del art. 33 Cn. A su criterio, aunque el texto de dicha disposición hace referencia a una unión estable de un “varón y una mujer” esto no impide que se apruebe el matrimonio o las uniones no matrimoniales entre personas del mismo sexo. En primer lugar, el uso del nexos coordinante “y” tiene un significado completamente diferente a “entre”. A su criterio, es válido interpretar que el Constituyente no adoptó una postura cerrada en lo que respecta a las relaciones familiares porque no condicionó la existencia de la institución de la unión no matrimonial únicamente a la unión estable “entre un varón y mujer”, sino que dejó la opción abierta. En segundo lugar, consideran que la disposición constitucional es meramente enunciativa. Si el Constituyente hubiese querido cerrar la posibilidad de que las personas LGTBI optaran al matrimonio o unión no matrimonial hubiese utilizado un texto prohibitivo y no uno amplio que permita efectuar una interpretación evolutiva. En tercer lugar, dado que cuando una disposición admite dos posibles interpretaciones debe preferirse la menos restrictiva de derechos constitucionales, debería primar la interpretación tendiente al matrimonio igualitario.

Para reforzar este punto, los peticionarios citan extractos de la sentencia SU214/2016, de fecha 28 de abril de 2016, en la que la Corte Constitucional de Colombia concluyó que “[a]unque el [a]rtículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio

surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando *per se* la regla de interpretación *‘innclusiónunius est exclusio alternius’*, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Penal encuentra que la Constitución 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”. Además, dicen que, dado que la Constitución de El Salvador no prohíbe de forma expresa incluir otras situaciones jurídicas que se acoplen al binomio que surge de la unión estable de “dos personas”, nada impide que este tribunal efectúe una interpretación sistemática evolutiva del texto constitucional en aras de restablecer la igualdad.

4. A. En otro orden de ideas, con relación al Acuerdo n° 2/2015, los demandantes manifiestan que este tribunal tiene competencia para controlar su constitucionalidad, porque es parte integrante del proceso de reforma constitucional y constituye un acto de aplicación directa de la Constitución que puede afectar su contenido. Para realizar el examen sobre dicho decreto no es condición necesaria su vigencia dentro del ordenamiento jurídico dada la naturaleza particular del decreto legislativo de aprobación, cuya eficacia y efectos dependen de su ratificación por la siguiente legislatura. Los reclamos contra una reforma constitucional deben enmarcarse en una falta de apego al procedimiento formal regulado en el art. 248 Cn. —reclamo formal— o por una violación en aspectos de fondo, como por ejemplo, reformar aspectos que se han indicado prohibidos —reclamo material—.

B. Sostienen que en el presente caso el acto normativo impugnado viola, por vicios de forma, el art. 248 Cn. porque las reformas constitucionales “[...] fueron adoptadas el 28 [de abril de] 2015, es decir, casi dos meses después de las elecciones del 1 [de marzo de] 2015...”. Es decir, que el proceso de reforma transgredió los parámetros establecidos en la sentencia de 16 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 7-2012. Y, por vicios de contenido, atenta contra las normas pétreas de la Constitución, específicamente el art. 248 inc. 4º, forma y sistema de gobierno.

En cuanto a la infracción por vicios de contenido, dicen que la jurisprudencia de esta sala, en la sentencia de 26 de julio de 2000, inconstitucionalidad 16-99, ha interpretado que el

enunciado “forma y sistema de gobierno” debe tener presente la distinción entre “forma de gobierno” y “sistema político”. “La ‘forma de gobierno’ alude al modo en que los poderes constituidos están organizados y se relacionan, específicamente a la determinación del órgano a cuyo cargo está la dirección política general, es decir, la orientación específica que se imprime a las principales decisiones políticas y jurídicas de un Estado. El vocablo ‘gobierno’ está utilizado en sentido amplio, como el apartado orgánico de gestión del Estado que se atribuyen las decisiones de la política interior y exterior, la dirección del proceso económico y del equilibrio social, la tarea legislativa y la potestad de juzgar: todo como parte de la función estabilizadora de las instituciones del Estado”. Por otra parte, según la sentencia de inconstitucionalidad 7-2012, antes referida, el sistema político corresponde al “conjunto de las interacciones de la sociedad, los actores políticos y las instituciones del gobierno en la definición de las acciones de dirección, ordenación e integración de la vida social. Es decir, es la gama total de actividades y comportamientos políticos de una sociedad y del Estado por la cual la política es concebida como un sistema que recoge y transmite información, genera actividades y controla resultados. El sistema político recibe informaciones sobre las cuales necesariamente debe actuar tomando decisiones políticas que afectan al conjunto de la sociedad”.

En ese sentido, será inconstitucional toda acción del legislador por medio de leyes o reformas constitucionales que pretenda suprimir o desmejorar un derecho, en lugar de potenciar su progresividad ya que “... cuando un derecho fundamental es explicitado por la jurisprudencia, el legislador no puede suprimirlo, por muy abrumadora que sea la mayoría de diputados que así lo acuerde; más bien, existe una obligación de su parte de potenciar su progresividad, es decir, de ir creando mayores garantías normativas para su optimización. En consecuencia, si la Asamblea Legislativa suprime un derecho fundamental establecido en la jurisprudencia constitucional se estaría transgrediendo el sistema político y, por tanto, modificando una cláusula pétrea, lo que conllevaría la violación del art. 248 inc. 4º Cn”.

A partir de lo anterior, los demandantes arguyen que las reformas constitucionales impugnadas, al incorporar el vocablo “así nacidos”, transgreden los siguientes principios y derechos constitucionales: el principio de dignidad humana (art. 1 Cn.) porque la incursión del vocablo “así nacidos” hace un prejuicio de las personas que cambian de sexo; el principio de igualdad (art. 3 Cn.) puesto que al establecer que solo las personas de género opuesto pueden optar a la protección que ofrecen las instituciones jurídicas del matrimonio y la unión no matrimonial se produce un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual; derecho a la intimidad y privacidad personal (art. 2 Cn.) debido a que solo pueden contraer matrimonio el hombre y mujer “así nacidos”, lo que excluye casos de personas que se someten a cambio de sexo; derecho de libertad (art. 2 Cn.); derecho de asociación (art. 7 Cn.) ya que se excluye a la minoría LGBTI del goce de protección estatal por medio de la institución del matrimonio; derecho a la justicia social (art. 1 Cn.) puesto que la reforma implica la segmentación

institucionalizada de personas; derecho a la seguridad jurídica (art. 2 Cn.); derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (art. 2 Cn.) ya que desde la Constitución se estaría desprotegiendo a un sector de la población al impedir que accedan a las instituciones del matrimonio o unión no matrimonial; derecho a la propiedad (arts. 2 y 33 Cn.) en razón de que las parejas del mismo sexo no tiene una regulación del patrimonio que cada uno y en conjunto obtengan en el periodo que sean pareja de matrimonio o unión no matrimonial; y derecho a la protección de la familia (art. 32 Cn.) en el entendido que el Estado debe proteger los lazos familiares establecidos libremente por las personas de igual manera que lo hace con las llamadas “familias tradicionales”.

Además, –sostienen– el referido acto normativo produce que las parejas conformadas por personas del mismo sexo se vean privadas del derecho a casarse, derecho al divorcio, derecho a la manutención del cónyuge, derecho a las visitas hospitalarias, derecho a tomar la última decisión en aspectos relacionados a la salud del cónyuge, derecho a la adopción, derecho de paternidad, derecho de custodia de menores, derecho a la manutención del cónyuge y el hijo, derecho a pensión de vejez, derecho a ser heredero, derecho a recibir protección ante un divorcio, derechos migratorios, derecho de seguro de enfermedad, derecho a vacaciones por maternidad, enfermedad del cónyuge o luna de miel, derecho a recibir pensiones del cónyuge en determinados casos, derecho a recibir beneficios de seguro social, derecho a la libertad de expresión de género, derecho a presentar impuestos conjuntos, derecho a la inmunidad de declarar contra el cónyuge en procesos penales, derecho a la continuidad de seguro de salud de cobertura, derecho a la protección legal contra la discriminación de vivienda, derecho a la libre expresión y la libre asociación, derecho al acceso de las pólizas de seguro de la familia, derecho contra la violencia doméstica; y derecho a formar una familia.

Aunado a lo anterior, aseguran que las reformas constitucionales pretenden prohibir el reconocimiento de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, limita de forma expresa el derecho a formar una familia por medio de la institución de la adopción y bloquea que las personas que cambian de género puedan llegar a contraer matrimonio. Lo anterior, a su criterio, constituye una medida regresiva de derechos fundamentales que va en contra de la minoría LGBTI, contraviene el principio *pro homine*, interfiere la laicidad del sistema democrático y viola los arts.1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Finalmente, los demandantes requieren la adopción de una medida cautelar, consistente en la suspensión de los efectos del acto legislativo impugnado, en el sentido de que la Asamblea Legislativa quede inhibida de ratificar la reforma a los arts. 32, 33 y 34 Cn. contenida en el acto normativo sometido a control constitucional por cumplirse, según su criterio, los presupuestos necesarios para ello. Sobre la apariencia de buen derecho, adujeron que se han aportado elementos para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad “por igualdad” y acreditar la existencia de la violación constitucional alegada. En cuanto al peligro en la demora, dijeron que

el 15 de noviembre de 2016 se presentaron a la Asamblea Legislativa grupos de presión para exigir la ratificación del Acuerdo n° 2/2015, por tanto podría pasar a votación del pleno y consolidarse la reforma constitucional.

#### IV. Análisis liminar de la pretensión.

Expuestos los argumentos comprendidos en la demanda, corresponde verificar si la pretensión cumple con las condiciones que justifican el inicio de este proceso.

1. En primer lugar, respecto a la infracción constitucional del principio de dignidad humana expuesta por los demandantes en el apartado II 2, se considera que la pretensión de inconstitucionalidad está adecuadamente configurada en su fundamento jurídico y material, porque hay una identificación de las disposiciones constitucionales que constituyen los parámetros de control y su contenido, específicamente el principios de dignidad humana (preámbulo y art. 1 Cn.); una determinación del objeto de control respectivo, que en este caso está constituido por los arts. 11, 90 causal 3ª y 118 inc. 1º CF; y hay argumentos que evidencian la aparente contradicción entre ambos y el vicio concreto en que presuntamente incurrió el Órgano Legislativo al normar en los arts. 11, 90 causal 3ª y 118 CF una definición de matrimonio limitada a “un hombre y una mujer”, determinar que el matrimonio entre personas del mismo es sexo es nulo y definir la unión no matrimonial únicamente a la constituida por “un hombre y una mujer”, lo que limitaría la posibilidad de que las personas de la comunidad LGBTI puedan optar al matrimonio o gozar de la protección estatal de la unión no matrimonial.

2. En segundo lugar, sobre la vulneración al principio de igualdad (art. 3 inc. 1º Cn.) alegada en el considerando II 3, esta sala estima que los demandantes han logrado establecer los elementos necesarios para analizar la constitucionalidad del supuesto trato diferenciado que la disposición impugnada conlleva por los siguientes motivos: (i) alegaron que las disposiciones impugnadas al anular las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo y definir el matrimonio y las uniones no matrimoniales desde una concepción heterosexual producen un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual porque se excluye sin justificación razonable al grupo de personas no heterosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y de protección estatal a las uniones no matrimoniales conformadas por personas del mismo sexo; (ii) asimismo, se ha identificado un término de comparación válido e idóneo en cuanto a los sujetos entre los cuales ocurre la diferenciación aludida: el grupo de las personas heterosexuales que optan por constituir un matrimonio o unión no matrimonial y el grupo de personas LGBTI que desean optar por constituir un matrimonio o unión no matrimonial entre personas del mismo sexo; y, además, (iii) se han aducido los argumentos suficientes para sustentar la tesis del presunto trato diferenciado e injustificado que fundamente la realización del juicio de igualdad en las disposiciones impugnadas.

3. En tercer lugar, se advierte que los demandantes proponen como objeto de control, entre otras disposiciones, el art. 14 ordinal 6º CF. Al respecto, es pertinente señalar de manera

previa que, de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, 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). De esto deriva que en este tipo de procesos la pretensión es improcedente en varios supuestos. El primero es cuando el fundamento jurídico de la pretensión es deficiente, esto es, que en la demanda se omite mencionar las disposiciones constitucionales supuestamente infringidas o se han invocado las disposiciones constitucionales incorrectas para justificar el contraste normativo o no se expresa cuál es la normativa impugnada. Un segundo supuesto está representado por un fundamento material de la pretensión deficiente, es decir, cuando la argumentación del actor no evidencia la contradicción normativa o invoca una disposición constitucional como parámetro de control al que se atribuye un contenido inadecuado o equívoco —ej., argumentación incoherente—. Y, tercero, la pretensión de inconstitucionalidad carece totalmente de fundamento material.

En el presente caso, el contenido del artículo que los actores impugnan no está inscrito en el ordenamiento jurídico salvadoreño. Ellos aseveran que dicho artículo literalmente dice: “Es legalmente imposible el matrimonio: 6. Entre personas de un mismo sexo”. Sin embargo, dicho contenido corresponde al Código de Familia de Costa Rica y no de El Salvador. El art. 14 CF de El Salvador textualmente dice: “Impedimentos absoluto. [...] No podrán contraer matrimonio: 1o) Los menores de dieciocho años de edad; 2o) Los ligados por vínculo matrimonial; y, 3o) Los que no se hallaren en el pleno uso de su razón y los que no puedan expresar su consentimiento de manera inequívoca. No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de este artículo, los menores de dieciocho años podrán casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada”. Y en razón de que el contenido del art. 14 ordinal 6º CF propuesto como objeto de control no es parte del ordenamiento jurídico, es imposible efectuar la confrontación normativa que señala el art. 6 n° 2 y 3 LPC, requisito esencial en una pretensión de inconstitucionalidad. Por tanto, la pretensión se declarará improcedente en este punto.

4. En cuarto lugar, con relación a la presunta transgresión que los arts. 11, 90 causal 3ª y 118 inc. 1º CF producen en el derecho a la intimidad y privacidad personal (art. 2 Cn.), derecho a la libertad (art. 1 Cn.), derecho de asociación (art. 7 Cn.), derecho a la justicia social (art.1 Cn.), derecho a la seguridad jurídica (art. 1 Cn.), derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (art. 2 Cn.), derecho a la propiedad (arts. 2 y 33 Cn.), derecho a la protección de la familia (art. 32 Cn.), derecho a la tutela (art. 2 Cn.), carácter democrático del Estado Constitucional de Derecho (preámbulo y art. 85 Cn.) alegadas en el considerando II 1, este

tribunal advierte que el fundamento material de la pretensión de inconstitucionalidad es deficiente, porque los actores no han logrado expresar los argumentos para aclarar en qué sentido las disposiciones impugnadas producen las violaciones alegadas.

Como se indicó anteriormente, una pretensión de inconstitucionalidad requiere de la exposición suficiente de argumentos sobre la probabilidad razonable de la confrontación normativa que se plantee. El que la pretensión de inconstitucionalidad deba plantear un contraste entre normas indica que el fundamento de esa pretensión exige una labor hermenéutica o interpretativa, o sea, una argumentación sobre la inconsistencia entre dos normas, no solo entre dos disposiciones o textos. Las normas son productos interpretativos y su formulación no se logra con una simple lectura o un mero cotejo de enunciados lingüísticos. Por ello, el fundamento de la pretensión de inconstitucionalidad debe ser reconocible como un auténtico ejercicio argumentativo de interpretación de normas y no como una ligera impresión subjetiva de inconsistencia, causada por una lectura defectuosa o superficial de los enunciados respectivos, por el uso de criterios de contraposición textual o por una interpretación aislada, inconexa o fragmentaria de las disposiciones en juego.

Para no volver insustancial el control de constitucionalidad, la tesis o idea de que existe una incompatibilidad o contradicción entre el objeto y el parámetro de control debe ser plausible, es decir, aceptable en principio, 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; o cuando en lugar de contenidos normativos se contraponen especulaciones subjetivas sobre las posibles desviaciones de la aplicación del objeto de control. Una pretensión en esas condiciones es insustancial o improcedente, incapaz de justificar el desenvolvimiento de una amplia actividad jurisdiccional sobre la existencia de la inconstitucionalidad alegada.

En el presente caso los demandantes se han limitado a señalar las disposiciones constitucionales que estiman vulneradas sin desarrollar argumentativamente su contenido ni cómo estas son infringidas por las disposiciones objeto de control. Aunado a ello, en algunos puntos se le ha atribuido un contenido inadecuado o equívoco al parámetro de control —derecho de libertad, derecho a la justicia social, derecho de asociación, derecho a la seguridad jurídica, derecho a la propiedad, derecho a la tutela y al carácter democrático del Estado—. En este sentido, al ser deficiente en su fundamentación material este punto de la pretensión será declarado improcedente.

5. A. En quinto lugar, en cuanto a la presunta inconstitucional por vicios de forma y de contenido del Acuerdo n° 2/2015, es necesario apuntar que la jurisprudencia de esta sala ha determinado que hay dos casos en que la vigencia de una fuente del Derecho es solo una condición suficiente, más no necesaria, para poder ejercer sobre ella un control de constitucionalidad. El primer caso está representado por el control previo sobre los proyectos de

ley en las controversias que se producen entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo, en el proceso de formación de la ley (arts. 138, 174 y 183 Cn.). Y el segundo es el del decreto legislativo que acuerda la reforma del texto constitucional, que también es un control a priori. En este último caso, la decisión de la Asamblea Legislativa tiene un rasgo específico: la decisión legislativa de modificar el texto de la Constitución no adquiere una vigencia automática o inmediata con la sola aprobación —con mayoría simple— del acuerdo de reforma. En realidad, la vigencia del acuerdo de reforma constitucional depende del acuerdo de ratificación de la siguiente legislatura, con una mayoría calificada (auto de improcedencia de 1 de junio de 2015, inconstitucionalidad 112-2014).

Según el art. 248 incs. 1º, 2º y 3º Cn., la reforma de la Constitución puede acordarse por la Asamblea Legislativa con el voto de la mitad más uno de los diputados electos; pero, para que tal reforma pueda decretarse (es decir, para que entre en vigencia), deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos. Así ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial. En consecuencia, el sistema adoptado para reformar el texto constitucional es el de la deliberación y aprobación de dos legislaturas sucesivas.

En relación con el sistema de dos legislaturas sucesivas, en la sentencia de 16 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 7-2012, se sostuvo que una de las fases que integra el proceso de reforma constitucional es la relativa a la aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional. Sobre ello se aclaró que “... la legislatura a la cual se atribuye la competencia de emitir el acuerdo de ratificación de la reforma constitucional es la ‘... siguiente Asamblea Legislativa...’, o sea, la inmediata posterior a la de aquella que la acordó; así lo establece el art. 248 inc. 2º Cn. En consecuencia, ninguna otra legislatura puede emitir el acuerdo de ratificación si no es la ‘inmediata posterior’...”. Y se siguió señalando que, “... [s]i la segunda asamblea no lo ratifica, el decreto acordado por la anterior queda sin efecto...” (las cursivas son del tribunal).

B. Ahora bien, el texto contenido en el Acuerdo n° 2/2015 fue adoptado por la legislatura 2013-2015 y debió ser ratificado por los diputados que integraron la Asamblea Legislativa en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2015 y el 30 de abril de 2018, sin embargo, dicho acuerdo no fue ratificado y, por tanto, quedó sin efecto. Dado que la tramitación y normal conclusión del proceso de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia del objeto de control y en este caso la normativa propuesta para realizar el examen de constitucionalidad ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico, es imposible realizar el control de constitucionalidad y deberá declararse improcedente este punto de la pretensión por falta de un sustrato material respecto al cual pronunciarse.

6. Los demandantes solicitaron la adopción de una medida cautelar, consistente en la suspensión de los efectos del Acuerdo n° 2/2015, en el sentido que la Asamblea Legislativa

quede inhibida de ratificar la reforma a los arts. 32, 33 y 34 Cn. contenida en el acto normativo sometido a control constitucional por cumplirse, según su criterio, los presupuestos necesarios para ello. Al respecto, es pertinente señalar que la jurisprudencia de esta sala ha determinado que procede la adopción de una medida cautelar cuando el demandante plantea motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para que el tribunal considere la probable vulneración de una disposición constitucional o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y que tal apreciación se vea acompañada de la posibilidad de que la sentencia, en el eventual caso de ser estimatoria, viera frustrada su incidencia en la realidad (*periculum in mora*), como por ejemplo cuando el objeto de control del proceso lo constituyen normas de carácter transitorio o de vigencia temporal limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, haciendo nugatorio lo dispuesto en la sentencia definitiva o que no obstante tratarse de disposiciones con vigencia indefinida, puedan causar daños irreparables por una eventual sentencia (sentencia de 7 de febrero de 2014, inconstitucionalidad 63-2013). En el presente caso, en razón de que la pretensión referida a los presuntos vicios de forma y de contenido del Acuerdo n° 2/2015 es improcedente, se declarará no ha lugar a la medida cautelar solicitada.

7. Cabe señalar que la admisión a trámite del presente proceso de inconstitucionalidad se fundamenta en el cumplimiento, por parte de los demandantes, de los requisitos formales plasmados en el art. 6 LPC para dar inicio al proceso; en dicho trámite se analizarán los argumentos de los distintos intervinientes para determinar si existe o no la presunta contradicción internormativa entre la ley y la Constitución, en los términos planteados por los demandantes. Además, dicha admisión no se constituye en óbice para que, de advertirse la existencia de una circunstancia que inhiba a este Tribunal del conocimiento de fondo de la presente petición, sea declarado en el transcurso de trámite del proceso de inconstitucionalidad.

#### V. Acumulación de procesos.

Debido a la similitud de confrontación normativa y fundamento jurídico planteada en esta demanda y en la demanda presentada en el proceso con número de referencia 149-2016, esta sala estima pertinente explicitar algunas consideraciones sobre la acumulación de procesos.

La Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) carece de un régimen relativo a la acumulación de pretensiones y de procesos. Para evitar vacíos normativos, es necesario aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), según lo indica su art. 20.

La acumulación tiene entre sus finalidades la de evitar la existencia de fallos contradictorios entre procesos que presentan afinidades fácticas y jurídicas entre sí y lograr la economía procesal subyacente a la unificación de trámites y resoluciones. Esta finalidad se reafirma en el art. 106 CPCM, al establecer que la acumulación puede llevarse a cabo cuando se tramiten separadamente diversos procesos entre cuyos objetos procesales exista una conexión

fáctica o jurídica, o de ambas naturalezas a la vez. De tal manera que, si dichos trámites no se acumularan, podría emitirse sentencias con fundamento o pronunciamientos contradictorios o mutuamente excluyentes. Cuando la acumulación ocurre a instancia de parte (art. 105 inc. 1° CPCM) con respecto a procesos que se tramitan ante un mismo tribunal, el art. 114 CPCM establece que, al advertir conexión entre los objetos procesales, dará audiencia a las partes y demás intervinientes en el proceso, para que en el plazo común de tres días formulen alegaciones sobre la acumulación —mediante la oposición o resistencia a la misma o mediante su aprobación—, transcurrido el cual se resolverá sobre tal petición. Por otro lado, según el art. 105 inc. 2° CPCM, cuando los procesos estén pendientes ante el mismo tribunal, la acumulación será decretada por este de oficio.

En el presente caso, la vinculación material se da entre el objeto de control (arts. 11 y 90 causal 3ª CF), el parámetro de control (art. 3 inc. 1° Cn.) y los motivos de inconstitucionalidad planteados en el proceso 149-2016, que ingresó con anterioridad a este proceso y se encuentran en la misma etapa de inicio, razón por la cual es procedente ordenar de oficio su acumulación a aquel proceso y omitir la audiencia a que se refiere el referido art. 114 CPCM, con base en el principio de economía procesal y las peculiaridades propias del proceso de inconstitucionalidad. Las pretensiones se resolverán en una sola sentencia para evitar pronunciamientos que sean contradictorios entre sí (véase como precedentes los autos de 24 de noviembre de 2014, 22 de abril de 2015, 2 de febrero de 2018 y 4 de julio de 2018; inconstitucionalidades 42-2012, 3-2015, 28-2015 y 50-2018).

#### **VI. Trámite del proceso.**

En otro orden de ideas, en cuanto al trámite que se le dará a esta demanda, es necesario recordar que, según el principio de economía procesal, los juzgados y tribunales deben buscar aquellas alternativas de tramitación que reduzcan las dilaciones innecesarias en el impulso de los procesos que conozcan; sin que ello implique la alteración de la estructura del contradictorio o la supresión de las etapas procesales que corresponden según la ley. Desde tal perspectiva, resulta oportuno que en el proceso de inconstitucionalidad se ordene la concentración de actos procesales que no sean incompatibles entre sí o que no altere su estructura contradictoria, de manera que se agrupen en una sola resolución los autos que tendrían que emitirse sucesivamente en la tramitación del proceso. Por tal razón, además de solicitar informe a la autoridad demandada como lo indica el art. 7 LPC, en esta resolución también se ordenará conceder el traslado al Fiscal General de la República a que se refiere el art. 8 de la citada ley. Esta decisión no implica la supresión de las etapas del proceso de inconstitucionalidad, las que siempre se cumplirán llegado el momento respectivo. En consecuencia, la secretaría de este tribunal deberá notificar dicho traslado inmediatamente después de que se haya recibido el informe de la Asamblea Legislativa o de que haya transcurrido el plazo sin que esta lo rindiere.

Por tanto, con base en lo expuesto y en lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales esta sala **RESUELVE**:

1. *Admítase* la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Herman Duarte Iraheta, Josué Samuel Ramos Zeledón, Frank Antonio Rodríguez, Ileana Esperanza Hernández Gálvez, Carlos Steve Renderos Alas, William Vladimir Hernández Valenzuela, Liliana Arely Hernández Gálvez, Carlos Wilfredo Meléndez Hernández, Carlos Armando Avelar Orellana, Mauricio Antonio Chávez Guerrero, Daniel José Cornejo Arévalo, Carlos Omar Urquilla Martínez, Nora Elizabeth Alfaro Zepeda, Marvin Alexander González García, Julio Eliseo Palacios Navarrete, Oscar Armando Huezo López, Ruandi Wisnman Hernández Portillo, Joaquín Antonio Cáceres Hernández, Jaqueline López Sánchez, Ibe Isael Mártir, Sigfrido Nelson Gómez Durán, Edwin Alexander Villalta Montano, Douglas Edgardo Araujo Jiménez, Camilo Edgardo Guzmán Guevara, Alicia del Carmen Peña Orellana y Pedro Joel Rodríguez Figueroa, mediante la cual solicitan se declare la inconstitucionalidad de los artículos 11, 90 causal 3ª y 118 del Código de Familia, 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 vulneración al principio de dignidad humana (preámbulo y artículo 1 de la Constitución) y al principio de igualdad (artículo 3 inciso 1º de la Constitución).

2. *Declárase improcedente* la pretensión contenida en la demanda que han presentado los referidos ciudadanos, relativa a declarar la inconstitucionalidad del art. 14 ordinal 6º del Código de Familia por la presunta infracción al principio de dignidad humana (preámbulo y artículo 1 de la Constitución), principio de igualdad (artículo 3 inciso 1º de la Constitución.), derecho a la intimidad y privacidad personal (artículo 2 de la Constitución), derecho de libertad (artículo 1 de la Constitución), derecho de asociación (artículo 7 de la Constitución), derecho a la justicia social (artículo 1 de la Constitución), derecho a la seguridad jurídica (artículo 2 de la Constitución), derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (artículo 2 de la Constitución), derecho a la tutela (artículo 2 de la Constitución), derecho a la propiedad (artículos 2 y 33 de la Constitución), derecho a la protección de la familia (artículo 32 de la Constitución) y al carácter democrático del Estado (artículo 85 de la Constitución), en virtud de carecer de fundamento material.

3. *Declárase improcedente* la pretensión contenida en la demanda presentada por los ciudadanos antes mencionados, referente a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 11, 90 causal 3ª y 118 del Código de Familia, por la presunta transgresión al derecho a la intimidad y privacidad personal (artículo 2 de la Constitución), derecho de libertad (artículo 1 de la Constitución), derecho de asociación (artículo 7 de la Constitución), derecho a la justicia social (art. 1 de la Constitución), derecho a la seguridad jurídica (artículo 2 de la Constitución), derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (artículo 2 de la Constitución), derecho a la tutela (artículo 2 de la Constitución), derecho a la propiedad (artículos 2 y 33 de la

Constitución), derecho a la protección de la familia (artículo 32 de la Constitución) y al carácter democrático del Estado (artículo 85 de la Constitución), por carecer de fundamento material.

4. *Declárase improcedente* la pretensión contenida en la demanda incoada por los ciudadanos mencionados, a través de la cual piden que se declare, por vicios de forma y de contenido, la inconstitucionalidad del Acuerdo de Reforma Constitucional N° 2/2015 debido a que, según ellos, contraviene el artículo 248 inciso 4° de la Constitución, en la dimensión de sistema político, por afectar el principio de dignidad de la persona humana (preámbulo y artículo 1 de la Constitución), principio de igualdad (artículo 3 de la Constitución), derecho a la intimidad y privacidad personal (artículo 2 de la Constitución), derecho de libertad (artículo 1 de la Constitución), derecho de asociación (artículo 7 de la Constitución), derecho a la justicia social (artículo 1 de la Constitución), derecho a la seguridad jurídica (artículo 2 de la Constitución) derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos (artículo 2 de la Constitución), derecho a la tutela (artículo 2 de la Constitución), derecho a la propiedad (artículos 2 y 33 de la Constitución), derecho a la protección de la familia (artículo 32 de la Constitución) y carácter democrático del Estado Constitucional de Derecho ( artículo 85 de la Constitución), por falta de un sustrato material respecto al cual pronunciarse.

5. *Sin lugar* la medida cautelar solicitada por los demandantes, en virtud de que la pretensión relacionada con la presunta inconstitucionalidad del Acuerdo de Reforma Constitucional N° 2/2015 se declaró improcedente.

6. *Acumílese* el presente proceso al registrado con el número 149-2016, por existir vinculación jurídica entre las disposiciones impugnadas (artículo 90 causal 3ª del Código de Familia) y los preceptos propuestos como parámetros de control (artículos 1 y 3 de la Constitución); y las razones de inconstitucionalidad alegadas por todos los demandantes.

7. *Rinda* informe la Asamblea Legislativa en el plazo de diez días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación de la presente resolución, en el cual justifique la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, para lo cual deberá tomar en consideración los argumentos explicitados por los demandantes y las acotaciones plasmadas en esta resolución.

8. *Ordénese* a la secretaría de este tribunal que, habiéndose recibido el informe de la Asamblea Legislativa o transcurrido el plazo sin que esta lo rindiere, notifique el presente auto al Fiscal General de la República, por el plazo de diez días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación de la misma, para que se pronuncie (de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales) sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por los actores.

9. *Tome nota* la secretaría del medio técnico señalado por los demandantes para recibir notificaciones y otros actos de comunicación procesal.

*10. Notifíquese.*

-----  
-----A. PINEDA-----A. E. CÁDER CAMILOT-----C. S. AVILÉS-----C. SÁNCHEZ ESCOBAR-----M. DE J. M. DE T.-----  
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----  
-----E. SOCORRO C.-----RUBRICADAS-----  
-----