

149-2016

## **Inconstitucionalidad**

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

Los ciudadanos José Gabriel Gasteazoro Franco, Gabriela María Molina Turcios, Elmer Leonel Menjívar Quintanilla, Erick Iván Ortiz Godoy, Miguel Francisco Escalante Portillo, Juan Carlos Valencia Hernández, Luis Eduardo Figueroa Flamenco, Gerardo Antonio Cortés Castillo, Claudia Marcela Canales Ramírez, José Roberto Castro Sánchez y Rafael Antonio Tobar Castañeda, presentaron demanda mediante la cual solicitan que: (i) se declare la inconstitucionalidad del art. 90 causal 3ª 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 y 144 inc. 2° de la Constitución (Cn.); (ii) se declare la inconstitucionalidad por omisión absoluta en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no haber emitido la legislación que regule el matrimonio, las uniones de hecho y las relaciones familiares entre personas del mismo sexo, mandato que, según ellos, estaría contenido en los arts. 32 y 33 Cn.; y (iii) se reinterpreten los arts. 11 CF 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.”

### **II. Argumentos de los demandantes.**

En lo medular, los demandantes exponen cinco contrastes normativos de la siguiente forma:

*I. A.* Primero, los peticionarios manifiestan que el art. 90 causal 3ª CF transgrede la visión personalista de la Constitución contenida en el art. 1, que concibe al Estado como medio para la protección de la persona humana y su realización, porque excluye de protección familiar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo con base a prejuicios y percepciones morales sobre la orientación sexual o identidad de género. Señalan que, según el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución y la sentencia de 19 de julio de 1996, inconstitucionalidad 1-92, “[...] el Estado [...] tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana [...], como un instrumento para la realización de los fines de

esta...” y que “[...] el Derecho está al servicio del hombre...”. “[L]os órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos ‘fines’ de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria...”. Los demandantes añaden que la actividad del Estado de proteger la libertad de contraer matrimonio y formar una familia no debe dirigirse únicamente al colectivo de personas heterosexuales puesto que cada individuo es distinto y debe contar con el margen de libertad para elegir con quien contraer matrimonio y formar una familia. El art. 1 Cn. se vulnera cuando el Estado excluye de protección familiar a las parejas conformadas por personas del mismo sexo únicamente por su peculiar forma de entender la moralidad o el concepto de familia.

B. Segundo, los demandantes exponen que el art. 90 causal 3ª CF contraviene el derecho a la libertad o autonomía personal (art. 2 inc. 1º Cn.) ya que al prohibir expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, se limita la libertad de elegir a la persona con la cual se quiere constituir un plan de vida familiar. Para fundamentar dicho punto de su pretensión, indican que, según la jurisprudencia de este tribunal, el derecho de libertad es comprendido como “[...] una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera, y a sus riesgos y peligros, en tanto no afecte el derecho legal de otro. Por consiguiente, asegurar este libre desenvolvimiento es justamente el fin de las diversas libertades que constituyen los derechos individuales...”. Los demandantes señalan que el ámbito de protección de dicho derecho se ve afectado cuando “[...] un acto o una omisión de particulares o de los poderes públicos de alguna manera afecte la libertad en su faceta interna de elección y de decisión...” (sentencia de 13 de junio de 1995, inconstitucionalidad 4-94 y sentencia de 25 de septiembre de 2013, amparo 545-2010).

Además, señalan que en ejercicio de esa libertad toda persona tiene derecho a elegir su plan de vida familiar, que conlleva aspectos de carácter sexual, económico y social. Ese plan se ve limitado al tener que elegir únicamente a la persona que el Estado quiere, puesto que este, bajo premisas conservadoras, ha determinado en la disposición jurídica controvertida el sexo de los contrayentes de matrimonio. Además, los demandantes aducen que tanto hombres como mujeres tienen el derecho de dirigir su vida familiar y personal como crean conveniente sin importar el sexo, orientación sexual o identidad de género de su pareja y sin tener injerencia estatal o de terceros. Manifiestan que el derecho de libertad le otorga a la persona humana la facultad de desarrollar su vida según sus propias convicciones sin afectar otros derechos. En este caso, el acto de matrimonio entre personas del mismo sexo no afecta derechos de terceros, por tanto el Estado está obligado a respetar y no interferir este tipo de relaciones familiares.

Finalmente, los demandantes alegan que desde la perspectiva constitucional “[...] el matrimonio —entre otros fundamentos— se basa en la libertad de dos personas que deciden voluntaria y expresamente unirse como pareja. Dentro de los caracteres que el ordenamiento jurídico postula para el matrimonio resaltan la legalidad, permanencia, unidad, singularidad, igualdad y libertad...”. Señalan que la libertad del individuo en el acto de constitución de matrimonio implica que “[...] cada individuo con capacidad jurídica debe estar en la posición de escoger libremente la persona con la cual se va a unir en matrimonio y, posteriormente, presupone que los cónyuges tienen la facultad de decidir libremente todo lo referente a su unión. Y es que —según los demandantes— la constitución de un matrimonio implica para sus contrayentes una comunidad de vida en ámbitos tan personalísimos como la intimidad y la sexualidad, por lo que “no puede dejar de exigirse la libre decisión de cada uno de los cónyuges al momento de perfeccionarse dicho acto...” (sentencia de 21 de septiembre de 2016, inconstitucionalidad 16-2005). En consecuencia, los demandantes consideran que el requisito fundamental para contraer matrimonio es la libertad de los contrayentes, no el sexo u orientación sexual de ellos.

C. Tercero, los actores exponen que el art. 90 causal 3ª CF viola el derecho a la intimidad familiar y personal (art. 2 inc. 2º) ya que predetermina la toma de decisiones de carácter personal y familiar al declarar nulo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Con relación a ello, los demandantes exponen que “[...] en el ámbito personal y familiar, la intimidad se manifiesta como la posibilidad para cada uno de tomar decisiones de esa índole sin que terceros —particulares o el mismo Estado— puedan intervenir, influir o estorbar esa autonomía de las personas para la toma de decisiones personales...”. “[...] En la evolución de la intimidad como derecho constitucional autónomo, se ha considerado generalmente que su ámbito se integra de las decisiones y conductas relativas a la sexualidad y las instituciones sociales que rodean las relaciones sexuales...” (sentencia de inconstitucionalidad 16-2005, ya citada). Los demandantes agregan que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en los alegatos formulados en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, dijo que “[...] el derecho a la vida privada abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares, en este sentido, la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo”. En ese sentido, los demandantes aducen que la intimidad personal, familiar y sexual de una persona no puede ser del interés del Estado porque la decisión de contraer matrimonio y formar una familia, sin importar el sexo u orientación sexual, es de carácter íntima y no involucra a terceros. Por tanto, los demandantes consideran que el Estado no puede limitar la elección libre de la persona con quien poder o no contraer matrimonio.

D. Cuarto, los actores señalan que el art. 90 causal 3ª CF contraviene el principio a la igualdad (art. 3 inc. 1º Cn.) debido a que anula las uniones matrimoniales entre personas del

mismo sexo y esto supone un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual. Según los demandantes, se excluye sin justificación razonable al grupo de personas no heterosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia que goce de protección estatal. Agregan que este tribunal ha interpretado que el art. 3 Cn. “[...] contiene aquellas causas de discriminación bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad: nacionalidad, raza, sexo y religión. Pero [...] dicha enumeración no es taxativa, cerrada, pues pueden existir otras posibles causas de discriminación, cuya determinación principalmente por la legislación y la jurisprudencia constitucional debe ser conectada con los parámetros que se derivan del juicio de razonabilidad...” (auto de sobreseimiento de 19 de octubre de 2000, amparo 82-99). Vinculado con ello, los demandantes manifiestan que esta sala ha determinado que “... una exclusión del goce de los derechos fundamentales basándose en motivos discriminatorios por razones de la preferencia u orientación sexual [...], resulta totalmente inadmisibles desde el punto de vista constitucional...” (sentencia de 9 de diciembre de 2009, amparo 18-2004). Además, añaden que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que, “[...] [s]i bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios...”, para lo cual citan la sentencia de 24 de febrero de 2012, del caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*.

En línea con lo anterior, los demandantes sostienen que la nulidad de contraer matrimonio recae en el sexo y orientación sexual de la persona, lo que produce una clara discriminación. Manifiestan que una mujer u hombre que desee formar una familia con otra persona del mismo sexo, bajo la institución del matrimonio o cualquier otra figura jurídica, es privado de protección estatal solo por la peculiar forma del Estado de concebir la moralidad y normalidad de las relaciones familiares. Sostienen que en una sociedad plural el Estado no puede desatender la protección de las diferentes concepciones y modos de vida. Sostienen que en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al indicar que “[...] el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia...” (sentencia de 26 de julio de 2011, C-577/11).

Aunado a lo anterior, los demandantes expusieron que la diferenciación que el legislador realiza entre las uniones familiares conformadas por parejas heterosexuales y las parejas homosexuales es irrazonable y no supera el test de proporcionalidad por las siguientes razones:

a. Idoneidad.

El subprincipio de idoneidad supone que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Ahora bien, los fines alegados por el Estado al prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo y no brindar la protección social de parejas del mismo sexo mediante distintas

instituciones como las uniones de hecho son: la protección de la familia tradicional, la moral y las buenas costumbres, la protección de las niñas y niños y adolescentes —interés superior del niño— y el fin reproductor del matrimonio.

(i) Respecto a la protección de la familia, los demandantes manifestaron que el Estado carece de argumentos objetivos que demuestren que el matrimonio homosexual atenta contra la institución de la familia, puesto que el concepto de ambas instituciones no es estático y ha evolucionado con los años por los cambios sociales, el conocimiento y peticiones de reconocimiento de derechos exigidos por grupos excluidos. Los demandantes expusieron que el concepto de familia con integración únicamente heterosexual y basada en concepciones sobre la moral, buenas costumbres y orden público ha sido superado por los avances sociales. Además, los tratados internacionales en materia de derechos humanos han aceptado un concepto abierto de familia.

(ii) Sobre la finalidad de protección de la niñez y adolescencia, los demandantes señalaron que no existe evidencia científica que demuestre que el matrimonio conformado por parejas homosexuales produzca daños emocionales y psicológicos en estos. Para apoyar este punto citaron nuevamente el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, en el cual la CorteIDH sostuvo que la sola referencia al interés superior del niño “[...] sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona...”. Asimismo, dicho tribunal considera que “[...] no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños...”. Agregan que en dicho caso los peritos Uprimny y Jernow aportaron una serie de informes científicos, representativos y autorizados en las ciencias sociales, en los cuales se concluía que: “[...] la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico. Dichos estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños”.

(iii) Con relación a la finalidad reproductiva de la institución de la familia, los demandantes dijeron que esta concepción es reduccionista porque no tiene un fin único y central, sino que cumple propósitos sociológicos, económicos, políticos, entre otros. Para apoyar este argumento los peticionarios apuntaron que la jurisprudencia de esta Sala de lo Constitucional ha sostenido que “... la función de reproducción de la especie humana es una entre varias de las que se reconocen a la familia, no la única: junto a ella, coexisten otras de diferente naturaleza —ejs., económica, afectiva— lo cual da lugar a diferentes modelos de familia cuya concreción corresponde en cada momento histórico al Órgano Legislativo...” (sentencia de amparo 18-2004, antes citada).

b. Necesidad.

El subprincipio de necesidad pretende que toda medida de intervención sea la más benigna con el derecho intervenido, entre todas las que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Sin embargo, a juicio de los demandantes, en el presente caso la prohibición de matrimonio, el no reconocimiento de uniones de hecho y la desprotección de las relaciones familiares entre personas del mismo sexo no constituyen las medidas menos lesivas para los derechos fundamentales de libertad e intimidad de las personas de la comunidad de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans —el término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros— e intersexuales (en lo que sigue, “LGBTI”). Los peticionarios señalan que se debe tomar en cuenta que no existen presupuestos legítimos para dicha prohibición, y las parejas homosexuales se encuentran en idénticas condiciones que las parejas heterosexuales para cumplir con todos los requisitos que exige el matrimonio y para que se aplique el mismo derecho, con las mismas instituciones y nombres.

c. Proporcionalidad en sentido estricto.

Este subprincipio se basa en que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que implica para sus titulares para la sociedad en general. Al respecto, los demandantes argumentaron que la medida legislativa de prohibir el matrimonio y las relaciones familiares entre personas del mismo sexo resulta inocua porque esta no persigue una finalidad jurídica y constitucional sino que únicamente restringe derechos fundamentales de la población LGBTI con base en estigmas sociales, pensamientos de una cultura o sociedad alejada de la realidad actual, especialmente ligada a conceptos religiosos o moralistas propios de cada persona y que no deben imponerse como obligatorios para la sociedad en su conjunto. Los peticionarios reiteraron que el fin de la familia no es eminentemente reproductivo, el matrimonio entre personas del mismo sexo no afecta el desarrollo emocional y psicológico de los niños y no existen pruebas que la orientación sexual de niñas, niños y adolescentes pueda cambiarse de heterosexual a homosexual por el hecho de ver matrimonios conformados por parejas del mismo sexo. En consecuencia, no existe una ventaja obtenida con dicha prohibición debido a que todo aquello que se pretende proteger se

basa en concepciones moralistas y discriminatorios, sin que exista un fundamento legal o científico.

Vinculado con lo anterior, los actores argumentaron que la prohibición de matrimonio y la desprotección de las uniones familiares de hecho entre homosexuales producen de manera refleja una legislación diferenciada e interpretada con un patrón discriminatorio. Para apoyar este alegato hicieron referencia a las siguientes disposiciones legales:

(i) Materia de familia.

El art. 248 ord. 1º CF establece que se deben recíprocamente alimentos los cónyuges, es decir, dos personas que han contraído matrimonio, aunque se ha interpretado que esta disposición también aplica a las parejas de hecho. El derecho de alimentos constituye una forma de proteger al cónyuge o conviviente que se encuentra en estado de necesidad y que no pueda subsistir sin la ayuda económica del otro. Acotaron que este derecho se basa en el principio de solidaridad, necesidad del peticionario, capacidad del obligado a proporcionar los alimentos y la relación de unión familiar entre estas dos personas, no tiene un principio rector de heterosexualidad. Pero, el Estado salvadoreño al no reconocer ni regular las uniones familiares entre personas del mismo sexo excluye a este grupo de dicha protección jurídica.

(ii) Materia civil.

El art. 988 del Código Civil regula quienes son los sujetos llamados a la sucesión intestada. El ordinal 1º llama primero al padre, a la madre, a los hijos, a los cónyuges y convivientes como personas entre las que debe partirse la herencia. En virtud de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra prohibido y no existe regulación sobre las uniones de hecho homosexuales, dicha disposición ha sido interpretada en términos heterosexuales y se ha excluido de este beneficio a las personas que poseen una plena y permanente comunidad de vida con otra persona del mismo sexo. Las personas homosexuales no pueden ser herederos de sus parejas en la medida que no son reconocidos por la ley como familia.

(iii) Materia de seguridad social.

El art. 106 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece que el derecho de pensión de sobrevivencia de los miembros del grupo familiar del afiliado y específica que se entiende por miembros del grupo familiar el o la cónyuge, el o la conviviente de unión no matrimonial de conformidad con el art. 118 CF, los hijos fuera o dentro del matrimonio, los hijos adoptivos y los padres, legítimos o adoptivos, que dependan económicamente del causante. Según dicha regulación, en el supuesto de que una persona esté afiliada al sistema de pensiones y posea una pareja de su mismo sexo, no podrá registrarla como beneficiaria debido al sexo y a que la legislación no reconoce ningún medio para otorgarle este derecho social. La seguridad social de la persona se ve limitada por el requisito de la heterosexualidad, presupuesto que no debería condicionar la protección de ninguna institución de protección social.

(iv) Materia penal.

El Código Penal establece en los arts. 129, 162 y 168 agravantes para delitos en los que se ven involucrados cónyuges, convivientes o compañeros de vida, es decir, engloba todas las uniones familiares resultantes de parejas heterosexuales. Cuando el delito es causado por una persona que integra una unión familiar homosexual, la legislación penal no prevé una agravante pues la legislación de familia no las reconoce como “unión familiar”. Esto pasa por alto que las situaciones son similares y que la única diferencia es la orientación sexual de la pareja, pero que el factor relevante es la existencia de una relación plena y permanente.

(v) Materia procesal penal.

El art. 204 del Código Procesal Penal dispone que el cónyuge, compañera de vida o conviviente, entre otros familiares, del imputado están facultados para no testificar en un proceso penal. El art. 265 inc. 2º de dicho cuerpo normativo excluye de la obligación de denunciar o avisar la comisión de un delito a aquellas personas que puedan arriesgar la persecución penal del cónyuge, compañero de vida o conviviente, entre otros. Tales exclusiones operan únicamente para las parejas heterosexuales que constituyen una familia, pero no para las parejas homosexuales con una unión plena y estable. Al respecto, indican que la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que “[...] el objetivo de protección a la familia, tiene un carácter consecuencial o derivado, puesto que las reglas allí establecidas tienen su fundamento principal en la consideración del especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre determinadas personas, que surge de la decisión de adelantar un proyecto de vida en común y frente al cual las obligaciones de declarar, denunciar o formular queja, contempladas de manera general por el ordenamiento jurídico, serían demasiado gravosas y darían lugar a conflictos que atentan contra la autonomía, la dignidad y la intimidad personales...” (sentencia de 28 de enero de 2009, C-029-2009).

(vi) Materia penitenciaria.

El art. 13 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria regula los requisitos para que pueda efectuarse la visita íntima en un centro penitenciario. Según la letra b) de dicho artículo, para que el interno pueda ejercer el derecho de visita íntima, debe existir un vínculo legal o de hecho del que determine una relación afectiva comprobable entre el interno y su visitante. Al respecto, aducen que debido a que el matrimonio entre las personas del mismo sexo está prohibido y, además, no existe regulación sobre este tipo de uniones familiares de hecho, a las personas homosexuales se les prohíbe el ejercicio del derecho a la visita íntima en los centros penitenciarios.

(vii) Materia administrativa.

El art. 6 letra h de la Ley de Ética Gubernamental prescribe la prohibición de la persona sujeta a dicha ley de nombrar, contratar, promover o ascender a un pariente o familiar. De esta manera las personas no pueden favorecer a su cónyuge o conviviente de hecho, caso contrario



podiera conocer de dicha causa el Tribunal de Ética Gubernamental o el tribunal correspondiente. Dado que la legislación salvadoreña únicamente confiere la calidad de cónyuge o conviviente a las parejas conformadas por personas heterosexuales, se deja impune el supuesto de infracciones realizadas por una persona homosexual en beneficio de su pareja, situación que puede producir una afectación al buen funcionamiento de la administración pública.

E. Quinto, los demandantes manifiestan que el art. 90 causal 3ª CF es inconstitucional porque viola por vía refleja el art. 144 inc. 2º Cn., por inobservancia a los arts. 1, 2, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), arts. 3, 23 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y arts. 1, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Para fundamentar la procedencia de su argumento los peticionarios citan jurisprudencia constitucional en el tema de violación refleja y, además, dijeron que la DUDH es una norma de *ius cogens*, la cual establece en el art. 1 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, el art. 2 consagra el principio de no discriminación, el art. 7 el principio de igualdad ante la ley y el art. 16 reconoce el derecho de hombres y mujeres a formar una familia. Dichas disposiciones impondrían al Estado salvadoreño el deber de erradicar prácticas de discriminación y hacer lo posible para evitar vacíos legales que se traduzcan en una falta de protección de ciertos grupos minoritario en la sociedad, entre ellos el grupo de personas homosexuales.

Asimismo, los demandantes mencionan que el art. 3 PIDCP establece la obligación de los Estados de garantizar a sus habitantes la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos y el art. 26 la obligación de no negarlos por motivos de sexo o cualquier índole. El Pacto fue el primer instrumento convencional de Derecho Internacional que reconoció la discriminación por razón del sexo como una conducta contraria a los derechos humanos, pero estas disposiciones no se interpretaban vinculadas a la opción sexual. Fue hasta el 31 de marzo de 1994 que el Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas —órgano que supervisa la aplicación del Pacto— en el caso *Toonen vs. Australia* afirmó que la orientación sexual constituye *per se* un estatus protegido contra la discriminación.

En el 2003, en el caso *Young vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas afirmó que si bien no toda discriminación puede ser calificada como contraria al art. 26 PIDCP, sí es discriminatoria una medida que trata de forma desigual a los homosexuales frente a los heterosexuales, a menos que pueda ser justificada por criterios objetivos y razonables. El Comité determinó que no otorgar beneficios pensionales al compañero sobreviviente de una pareja homosexual constituía un caso de discriminación, violatorio del art. 26. De esta manera, los arts. 26 y 23 PIDCP prohíben discriminación con base en la orientación social y establece medidas de protección a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Los demandantes agregan que el art. 1 CADH consagra el principio de no discriminación e igualdad, en el art. 11.2 la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de las personas, entendiéndose esta tanto en la vida sexual como familiar, y en el art. 17.2 se reconoce el derecho a la familia. Indicaron que la CorteIDH en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, ya citado, afirmó que, “[...] al interpretar la expresión ‘cualquier otra condición social’ del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano...”. Asimismo, los demandantes expresaron que la CorteIDH constata que “[...] en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma...”. “Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar...”. En el caso concreto, los peticionarios dicen que la CorteIDH reconoce una unión familiar conformada por una pareja del mismo sexo al mencionar que “[...] se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva...”.

Los demandantes afirman que así como la CorteIDH, máximo intérprete de la CADH, ha adoptado una postura de reconocer las uniones familiares entre personas del mismo sexo con base en los arts. 1 y 17 CADH, los órganos judicial y legislativo del Estado salvadoreño deben adoptar decisiones orientadas a declarar inconstitucional la prohibición del matrimonio y uniones familiares entre parejas del mismo sexo y a colmar el vacío legislativo existente en dicho supuesto ya que hasta el momento se ha incurrido en infracciones a dichas disposiciones de la CADH.

2. En otra línea argumentativa, los actores solicitan que se declare la inconstitucionalidad por omisión absoluta en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no haber emitido la legislación que regule el matrimonio y las uniones familiares de hecho entre personas del mismo sexo, mandato que, según ellos, está contenido en los arts. 32 y 33 Cn., que transcriben. Los peticionarios sostienen que para que una vulneración constitucional por omisión legislativa se configure deben concurrir dos factores: la falta de desarrollo y la ineficacia de las disposiciones. En el presente caso, consideran que la legislación salvadoreña no existe ninguna norma que proteja a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. El sistema de fuentes –según los demandantes– solo protege a las parejas heterosexuales. Pero, dicen que la Constitución no prohíbe las relaciones homosexuales porque hacerlo conllevaría una vulneración a todo sentido democrático y de libertad que ella concede. Manifiestan que lo que ella hace es dar un margen amplio de libertad a la persona con el fin de respetar su dignidad humana. De esta manera, –sostienen– el art. 32 inc. 1º Cn. expresa que la familia 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. Y el art. 33 –argumentan– determina que la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí. Es así como se establece el mandato constitucional al órgano legislativo de regular las uniones familiares y es que este no debe distinguir o guiarse mediante preceptos moralistas o discriminatorios, sino que debe tener su margen de actuación el mayor índice democrático y de respeto a la diversidad cultural, religiosa y sexual, siendo mayorías o minorías.

Los actores exponen que dichas disposiciones imponen al órgano legislativo el mandato de regular todo tipo de uniones familiares existentes, pero hasta el momento solo ha normado las uniones estables resultantes entre un varón con una mujer, no así las relaciones entre un hombre con un hombre o bien entre una mujer con una mujer. Afirman que la falta de regulación de este tipo de uniones se traduce en vulneración en derechos sociales, económicos, políticos, etc. Si bien el legislador posee libertad de configuración legislativa, tiene como limitante la no afectación de normas o principios constitucionales. En el presente caso, al no regular el matrimonio ni las uniones familiares de hecho conformadas por personas homosexuales, el legislador produce una desprotección de las relaciones familiares, afectación a los derechos de igualdad, intimidad familiar y personal y al fin personalista de la Constitución.

3. En otro orden de ideas, los peticionarios estiman que el art. 11 CF no transgrede la Constitución porque admite una interpretación conforme a esta. Sin embargo, piden que este tribunal efectúe una reinterpretación de los arts. 11 CF y 33 inc. final Cn. de acuerdo con los métodos histórico, sociológico, sistemático y evolutivo del Derecho Constitucional con el objetivo de evitar afectación de derechos fundamentales de las personas de la comunidad LGBTI.

Sobre este punto de su pretensión, los demandantes arguyen que el art. 33 Cn., cuando señala que el Estado tendrá que regular las relaciones estables entre “un hombre y una mujer”, debe ser interpretado de forma extensiva, en el sentido que incluye tanto las relaciones conformados por “un hombre y una mujer”, “hombre y hombre” o “mujer y mujer”, de manera que no se prive a las personas de la comunidad de personas LGBTI del derecho de conformar una “unión familiar”. Asimismo, la referida disposición debe interpretarse sistemáticamente con el art. 32 Cn., el cual establece el derecho a formar una familia y reconoce que el matrimonio es el fundamento legal de ella. A su juicio, esta última norma pretende que se llegue al estado familiar de matrimonio, por lo que el Estado implícitamente concede el derecho a contraer matrimonio y por ello debe asegurar a sus habitantes una cuota de libertad que les permita ejercerlo. No obstante, la actual interpretación que las autoridades estatales realizan de los arts. 11 CF y 33 Cn. limita que parejas conformadas por personas del mismo sexo contraigan matrimonio u obtengan reconocimiento de las uniones familiares de hecho.

Asimismo, los demandantes acotan que la Constitución no es un texto muerto que no se ajusta a la realidad de cada país o sociedad y menos cuando las necesidades de protección de

derechos fundamentales son similares y requieren soluciones idénticas. Agregan que el Tribunal Constitucional de España ha señalado que “[p]ara avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea [...] de que la Constitución es un ‘árbol vivo’ [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta...” (STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012).

Los demandantes subrayan que la Constitución no debe permanecer estática, sino que su interpretación debe evolucionar y resolver los nuevos problemas sociales de acuerdo con los cambios sociales, culturales e institucionales de la sociedad. De esa forma con respecto al tema de las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, señalan que en la jurisprudencia y en el Derecho Comparado se ha consolidado una línea de pensamiento jurídico que equipara el matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo. Y citan los siguientes ejemplos “... en España, la Ley 13/2005, los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), el Estado de Massachusset en EEUU (sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department o Public Health*, de 2004), [...] Canadá ( Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de los Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador, Connecticut 2008, Iowa 2009, Vermont 2009, New Hampshire 2010, Distrito de Columbia 2010 y New York 2011 , [...]. En Eslovenia el Tribunal Constitucional declaró en sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto. [...] [D]istintos Estados han reconocido efectos a la unión civil entre personas del mismo sexos, equiparando esos efectos con mayor o menor nivel de intensidad, a los asociados al matrimonio [...] en el ámbito europeo, en Francia, Alemania, Finlandia Luxemburgo, Reino Unido, Andorra, República Checa, Suiza, Austria, Liechtenstein. En el mismo sentido varios países de la comunidad iberoamericana de naciones también ha regulado o aceptado por la vía de la interpretación jurisprudencial la unión civil de personas del mismo sexo, siendo éste [sic] el caso de Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009) y Brasil (2011)...”.