

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