

# CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

---

## Observaciones sobre consulta

Con motivo de la solicitud de opinión consultiva realizada por el Estado de Costa Rica el 18 de mayo del 2016

---



Honorables Jueces  
Corte Interamericana de Derechos Humanos

En atención con la convocatoria efectuada por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento con el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, presento el siguiente memorial para expresar mis observaciones sobre las consultas planteadas por el Estado de Costa Rica mediante escrito presentado el pasado 18 de mayo del 2016, en razón que dicha opinión tendrá relevancia en el proceso de inconstitucionalidad planteado en la República de El Salvador:

## I. DEFINICIÓN DE AGENTE Y DOMICILIO PROCESAL

HERMAN DUARTE IRAHETA, salvadoreño, [REDACTED]  
Suscribo el presente memorial en mi calidad personal, por cuanto la Organización no Gubernamental que represento, IGUALIT@S, se encuentra en proceso de formación.

## II. OBJETO DEL PRESENTE MEMORIAL

El pasado 18 de mayo de 2016 el Estado de Costa Rica presentó en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva (en adelante, la “Opinión Consultiva”) a fin de que el Tribunal interprete las obligaciones sobre:

- a) La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”;
- b) “la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención, y
- c) “la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

En este entender, en cumplimiento del llamado que hiciera esta Honorable Corte, presento mi opinión sobre el alcance de la protección contenida en los artículos 1, 11.2, 18, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en relación con la orientación



sexual e identidad de género.

El interés del suscrito surge a raíz que la respuesta que la CoIDH otorgue al Estado de Costa Rica tendrá un efecto directo en la acción de inconstitucionalidad que he planteado en el Estado de El Salvador. Ello por cuanto, la acción incoada ante el máximo órgano judicial salvadoreño, tiene como columna vertebral, el razonamiento utilizado en jurisprudencia de la CoIDH. De tal forma, que es importante que esta distinguida Corte, tenga a disposición los documentos que han dado inicio al proceso de inconstitucionalidad No.184-2016 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, a fin que pueda tomarlos en cuenta a la hora de dar su respuesta al Estado de Costa Rica.

### III. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO EN EL SALVADOR GUARDA RELACIÓN CON LAS CONSULTAS DE COSTA RICA.

PRIMERO: El 11 de noviembre del 2016 presenté una acción de inconstitucionalidad<sup>1</sup> en contra de los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia los cuales restringen, en forma discriminatoria y contraria a lo dispuesto por la CADH, el acceso a las instituciones civiles que ofrece el Estado de El Salvador (en adelante, “**Acción de Inconstitucionalidad**”).

Los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia, el cual fue dictado por medio del DECRETO No. 677 de LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR y publicado en el Diario Oficial No.231, Tomo No.321 del 11 de octubre de 1993 (en adelante “La Normativa Impugnada”). Dichos artículos establecen lo siguiente:

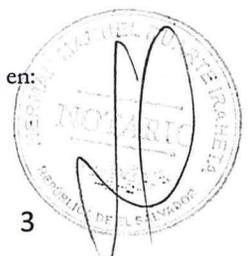
#### “TITULO I. EL MATRIMONIO CAPITULO I CONSTITUCION DEL MATRIMONIO CONCEPTO DE MATRIMONIO

*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.*

*Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio: 6) Entre personas del mismo sexo.*

*Art. 90.- Son causas de nulidad absoluta del matrimonio: (...) 3) Cuando los contrayentes sean del mismo sexo; (...)*

1 García, G (2016). Piden a Sala CSJ que autorice Matrimonio Homosexual. La Prensa Gráfica. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/11/12/piden-a-sala-csj-que-autorice-matrimonio-homosexual>



*TITULO IV. LA UNION NO MATRIMONIAL CAPITULO UNICO. CONCEPTO Y EXTENSION Art. 118.- 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 periodo de tres o más años."*

SEGUNDO: La Asamblea Legislativa conformada para el periodo legislativo 2012-2015 adoptó una reforma constitucional denominada: "Acuerdo de reforma Constitucional No. 2" el 16 de abril del 2015 y publicado en el Diario Oficial No.76, Tomo 407 del 29 de abril del 2015 (en adelante "**La reforma constitucional**"), por medio del cual modifica los artículos 32, 33 y 34 de la Constitución de la República de El Salvador. Este acuerdo, es un nuevo intento a restringir las libertades individuales de las personas que conforman la comunidad LGBT.<sup>2</sup>

El texto de dicho acuerdo indica lo siguiente:

*"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."*

<sup>2</sup> Los intentos de reformar la Constitución Salvadoreña se remontan al año 2009, donde se planteó por primera vez, la modificación de la Constitución. Méndez, R (2009). Matrimonios gays; entre lo religioso, lo legal y lo político (I entrega). Disponible en: [http://www.lapagina.com.sv/nacionales/17252/2009/09/14/Matrimonios-gays-entre-lo-religioso-lo-legal-y-lo-politico-\(I-entrega\)](http://www.lapagina.com.sv/nacionales/17252/2009/09/14/Matrimonios-gays-entre-lo-religioso-lo-legal-y-lo-politico-(I-entrega)).

Aguilar, J (2012). Derecha legislativa acuerda tratar de amoldar la Constitución a lo que dice la Biblia. El Faro. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201202/noticias/7755/Derecha-legislativa-acuerda-tratar-de-amoldar-la-Constitución-a-lo-que-dice-la-Biblia.htm>

Carías P. (Marzo, 2012). Prohibición de Matrimonios gay pierde batalla en El Salvador. El Faro. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201202/noticias/7771/>

Alvarado, I (2015). Logran nuevo acuerdo para reforma constitucional sobre matrimonio. La Prensa Gráfica. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2015/04/17/logran-nuevo-acuerdo-para-reforma-constitucional-sobre-matrimonio#sthash.xoV90KPq.dpuf>

Quehl, M (2016). ARENA pide ratificación de matrimonios hombre-mujer. La Prensa Gráfica. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/11/16/arena-pide-ratificacion-de-matrimonios-hombremujer>



*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.*

*Estará n 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"*

TERCERO: El día 15 de noviembre del 2016, el grupo parlamentario ARENA presentó una moción a fin que se ratifique **la reforma constitucional** . La cual requiere del voto afirmativo de 2/3 partes del período legislativo subsiguiente Asamblea Legislativa de la República de El Salvador<sup>3</sup> para que sea aprobada.

CUARTO: El día 16 de noviembre del 2016, presenté una **ampliación a la demanda** con una solicitud de medida cautelar, a fin de incluir y someter al control de constitucionalidad **la reforma constitucional** alegando vicios de forma y de fondo.

#### IV. COMENTARIO GENERAL

Tal y como se ha indicado, la demanda y la ampliación, se encuentran fundamentadas en la CADH y la interpretación jurisprudencial emitida por la CoIDH. Debido a que las tres preguntas del Estado de Costa Rica guardan relación con la acción interpuesta, es también otra de las razones por la cual considero necesario informar a esta Honorable Corte del peligro –jurídico-

---

3 Rauda, N (2016). La enésima procesión en la Asamblea en contra del matrimonio igualitario. El Faro: [http://www.elfaro.net/es/201611/el\\_salvador/19570/La-enésima-procesión-en-la-Asamblea-en-contra-del-matrimonio-igualitario.htm](http://www.elfaro.net/es/201611/el_salvador/19570/La-enésima-procesión-en-la-Asamblea-en-contra-del-matrimonio-igualitario.htm)

García, G (2016). Sala estudia consulta popular para reformas a la constitución. La Prensa Gráfica. Disponible en: <http://www.laprensagrafica.com/2016/11/19/sala-estudia-consulta-popular-para-reformas-a-la-constitucion>



que las minorías de la diversidad sexual LGBT enfrentan en El Salvador, a raíz de la inminente reforma constitucional que agravaría aún más la inferioridad jurídica frente a las personas con una orientación sexual heterosexual, así como también una denigrante restricción al derecho de identidad de género de las personas; sin omitir que la reforma constitucional es abiertamente contraria a lo resuelto en el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Adicionalmente, la acción de inconstitucionalidad que las instituciones civiles que ofrece el Estado salvadoreño para regular las relaciones sentimentales de las personas, se restringe exclusivamente para personas con una orientación sexual de heterosexualidad, lo cual lacera la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente.

El planteamiento constitucional presentado el 11 de noviembre, puede resumirse en una acción para lograr darle tinta viva al precepto de igualdad de todas las personas que consta en la Carta Magna salvadoreña, y dejar claro que no existe una posibilidad que alguien pueda ser discriminado ni puede vetarse el acceso a instituciones civiles que ofrece el Estado en razón de la orientación sexual. El fundamento subyace en el principio humanista (*pro homine*)<sup>4</sup> con la que fue concebida la conformación del Estado Salvadoreño, el respeto a las minorías que es consecuencia de la forma y sistema de Gobierno democrático de El Salvador y al principio de *jus cogens*<sup>5</sup> que erradica la no discriminación, tal y como lo indicó la Corte Interamericana de

<sup>4</sup> “Una de las principales obligaciones que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales genera para los poderes públicos es la obligación de no regresividad. Este principio impone a los poderes públicos la prohibición de adoptar medidas políticas y, por consiguiente, de sancionar disposiciones jurídicas que desmejoren desproporcionadamente la situación actual de los derechos fundamentales.” Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>5</sup> La Corte Internacional de Justicia, sobre las normas de *jus cogens*, indicó lo siguiente: “Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado (...). Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, op. cit. (note 41), p. 32, para. 33. Sobre la concepción y conceptualización de *Jus Cogens*, recomiendo ver: A. Verdross, “Jus dispositivum and jus cogens in international law”, *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1966, pp. 55-63; M. Virally, “Reflexions sur le jus cogens”, *AFDI*, Vol. XII, 1966, pp. 5-29; E. Suy, “The concept of jus cogens in public international law”, in *Lagonissi Conference on International Law*, Geneva, 1967, pp. 17-77; K. Marek, “Contribution à l’étude du jus cogens en droit international”, in *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1968, pp. 426-459; A. Gomez Robledo, “Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, *RCADI*, 1981, III, pp. 9-217; L. Alexidze, “Legal nature of jus cogens in contemporary international law”, *ibid.*, pp. 223-268; G. Gaja “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, *ibid.*, pp. 271-316. See also: R. St. J. Macdonald, “Fundamental norms in contemporary international law”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1987, pp. 115-149; G.A. Christenson, “Jus cogens: Guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 28, 1988, pp. 585-628; G.M. Danilenko, “International jus cogens: Issues of law-making”, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991,



Derechos Humanos: “*El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.*”<sup>6</sup>.

Mientras que la ampliación de la demanda, la cual se adjunta como anexo 3 del presente documento, se dirige en contra de la peyorativa reforma constitucional discriminatoria en la cual se estaría

En este sentido, solicito con el mayor respeto que esta Honorable Corte tome en consideración los anexos de la demanda y ampliación que se adjunta al presente memorial para la elaboración de las respuestas que Costa Rica ha planteado.

## V. SOBRE LAS CONSULTAS ESPECIFICAS DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

La excelentísima vicepresidenta de la República de Costa Rica, Ana Helena Chacón Mora de la mano con el equipo jurídico dirigido por el distinguido señor Marvin Carvajal han planteado tres consultas, por lo que expongo lo siguiente:

El artículo 54 del Código Civil costarricense indica: “*Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal, lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.*”

En el caso de El Salvador, el cambio nombre se regula por medio de una ley especial los casos en los que se puede cambiar el nombre, dicho cuerpo normativo corresponde a la: LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL emitida por medio del Decreto Legislativo 450 de la Asamblea Legislativa y publicada en el Diario Oficial No.103 Tomo 307 del 4 de mayo de 1990 , en su artículo 23 lo siguiente:

### CAMBIO DE NOMBRE PROPIO Y DE APELLIDO

*Art. 23.- En los casos de homonimia, cualquiera de los interesados tendrá derecho a solicitar que se cambie su nombre propio.*

*También procederá el cambio del nombre propio o del apellido, por una sola vez, cuando fuere equívoco respecto*

---

pp. 42-65; C. Annacker, “The legal regime of erga omnes obligations in international law”, Austrian Journal of Public International Law, Vol. 46, 1994, pp. 131-166.

<sup>6</sup> Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269.



*del sexo, impropio de persona, lesivo a la dignidad humana, extranjero que se quisiera castellanizar o sustituir por uno de uso común.*

*En los casos de los incisos anteriores, para que la solicitud sea admitida, el interesado deberá acompañar constancias expedidas por las correspondientes autoridades de que no tienen antecedentes penales.*

*Al admitir la solicitud, el juez la hará saber mediante edictos que se publicarán una vez en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional. Cualquier persona a quien afectare el cambio o modificación podrá presentar oposición, dentro de los diez días siguientes a la última publicación del edicto.*

*Transcurrido el término de la publicación de los edictos, haya oposición o no, la solicitud se tramitará sumariamente, con noticia del opositor en su caso. El juez competente será el de primera instancia que conozca de la materia civil, del domicilio del solicitante.*

De igual manera, resulta relevante indicar que LEY DEL EJERCICIO NOTARIAL DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y DE OTRAS DILIGENCIAS emitida por medio del Decreto N.1073 de la Junta Revolucionaria de Gobierno de la República de El Salvador, establece lo siguiente sobre el cambio de identidad:

*“Art. 31.- Cuando una persona natural trate de establecer que es conocida con nombres o apellidos que no concuerdan con los asentados en su partida de nacimiento, dicha persona por sí, por apoderado o por medio de su representante legal, podrá comparecer ante notario, a quien presentará la certificación de su partida de nacimiento y cualquier otro documento relativo a la identidad que se trate de establecer, presentándole además, dos testigos idóneos que lo conozcan.*

*El notario procederá a asentar en su protocolo la escritura correspondiente, en la que relacionará los documentos presentados y asentará las disposiciones de los testigos y con base en dichas probanzas, dará fe de que la persona a que se refiere la certificación de la partida de nacimiento, es conocida con los nombres mencionados por los testigos o por los otros documentos.*

*El testimonio que el notario extienda deberá presentarse al Registro Civil para que, con vista del mismo, se margine la correspondiente partida de nacimiento, anotándose la fecha de la escritura, el nombre y apellidos del notario ante quien se otorgó y los nombres y apellidos con que el otorgante será identificado. La certificación de la partida de nacimiento, debidamente marginada, servirá al interesado para obtener nuevos documentos relacionados con su identificación.”*

En este sentido, pese a no existir una redacción idéntica entre las disposiciones transcritas, se desprende que la falta de regulación expresa para facilitar el cambio de identidad, para aquellas personas que llevan una lucha de identidad de género, resulta una actuación contraria a las obligaciones internacionales contraídas por los Estados contratantes del Pacto de San José, ya



que se desconoce la realidad de miles de personas que experimentan un problema con su identidad de género. Lo cual, es contrario al contenido finalista y literal de las sentencias referenciadas en la opinión consultiva de la República de Costa Rica.

Con relación al proceso de inconstitucionalidad 184-2016 planteado en la República de El Salvador, la acción además de dirigirse en contra de las restricciones que impiden el acceso a las instituciones civiles que ofrece el Estado Salvadoreño en el Código de Familia (pregunta C de la República de Costa Rica) también lo hace en contra de una reforma constitucional (Preguntas A y B de la República de Costa Rica).

Con relación a las preguntas A y B, remito a esta honorable Corte a la sección: **“6.C LA REFORMA CONSTITUCIONAL ES INCONSTITUCIONAL”** del memorial de ampliación a la demanda (Anexo número 3 de este memorial) en donde se desarrollan las razones de inconstitucionalidad que la reforma discriminadora contiene. La reforma constitucional pretende constitucionalizar la discriminación contra personas por razones de orientación sexual e identidad de género.

#### VI. NOTIFICACIONES

Constituyo como domicilio procesal la oficina de abogados Batalla Salto Luna, ubicada en el piso 12 del Sabana Business Center, Cantón Central, provincia San José. [REDACTED]

#### VII. ANEXOS

1. Copia de Pasaporte y Cédula de Residencia.
2. Carátula de presentación de la demanda. Texto de la demanda.
3. Carátula de presentación de la ampliación de la demanda. Texto de la ampliación.

#### VIII. SOLICITUD

Con el debido respeto solicito que el presente memorial y sus anexos sean tomados en cuenta al momento de emitir las respuestas a la opinión consultiva objeto de este memorial.

Herman Duarte Iraheta

HERMAN MANUEL DUARTE IRAHETA  
NOTARIO  
REPUBLICA DE EL SALVADOR

HERMAN MANUEL DUARTE IRAHETA  
ABOGADO

# SALA DE LO CONSTITUCIONAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

---

## ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En contra de los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia los cuales restringen en forma discriminatoria las uniones matrimoniales y no matrimoniales de personas del mismo género.

---

La regulación igualitaria de la institución civil del matrimonio y de la unión no matrimonial, es una deuda pendiente que por medio de esta acción, se solicita al titular del banco de justicia salvadoreño-La Sala de lo Constitucional- el retiro de esos fondos que provienen de valores universales que se nutren de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Constitución Política que nos indican que toda persona es igual ante la ley y que se proscribe todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual. De esta manera, al tocar la puerta de los magistrados de Sala Constitucional, se busca saldar los números rojos, que el Estado Salvadoreño tiene hacia la población de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (en adelante "LGBT"). Números rojos por la sangre derramada por cientos de salvadoreños que han sido brutalmente asesinados como consecuencia de la pasividad del Estado al no bloquear la entrada del vapor proveniente del calor producido por el odio irracional de la homofobia que hace hervir la temperatura de la injusticia social y que desborda en El Salvador. En este penoso y triste acto de discriminación perpetúa de las mayorías, la ignorancia también forma parte de la fiesta, quien se acompaña del oscurantismo, que se rehúsan a abrir su mente a los avances de la ciencia y modernizar la sociedad salvadoreña en aras a establecer condiciones para que todos los habitantes de El Salvador puedan cumplir con sus proyectos de vida.

HERMAN DUARTE IRAHETA



---

1 Master en derecho (LLM) en arbitraje internacional comercial por la Universidad de Estocolmo, Suecia. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios, El Salvador. Autorizado para ejercer la abogacía en las Repúblicas de El Salvador y Costa Rica. Asociado en el departamento de resolución de disputas de Batalla Salto Luna y columnista de La Prensa Gráfica.

Honorables Magistrados  
SALA CONSTITUCIONAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Distinguidos Magistrados:

Yo, HERMAN DUARTE IRAHETA, salvadoreño, mayor de edad, [REDACTED]  
[REDACTED], abogado en El Salvador y en  
Costa Rica, con el debido respeto, interpongo la presente acción de inconstitucionalidad en  
contra los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia, la cual cuenta con la siguiente  
estructura:

I.	<u>NORMATIVA IMPUGNADA</u> .....	3
II.	<u>DERECHOS VIOLADOS POR LA NORMATIVA IMPUGNADA</u> .....	3
III.	<u>FUNDAMENTO JURÍDICO</u> .....	5
IV.	<u>ARGUMENTOS JURÍDICOS</u> .....	5
1.	<u>LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO PARTE ESENCIAL DE LA DIGNIDAD HUMANA</u> .....	5
2.	<u>LA RESTRICCIÓN CONTENIDA EN LA NORMAS IMPUGNADAS ES DISCRIMINATORIA</u> .....	10
3.	<u>POSIBLES ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD</u> .....	20
	a. <i>La mayoría está en contra</i> .....	20
	b. <i>Los homosexuales tienen otros mecanismos para regular sus relaciones</i> .....	23
	c. <i>El supuesto riesgo que la homosexualidad puede enfermar a la familia</i> .....	24
	d. <i>Supuesta a una modificación a una milenaria institución</i> .....	27
	e. <i>Supuesta violación al fin último del matrimonio: la procreación</i> .....	28
	f. <i>Supuesta violación a los derechos de los menores a tener un papá y una mamá</i> .....	29
	g. <i>Supuesto riesgo que los hijos de una familia homoparental serán abusados sexualmente</i> .....	30
	h. <i>Supuesto que la población LGBTI no tiene interés en casar</i> .....	33
	i. <i>Supuesta violación a la libertad religiosa</i> .....	34
	j. <i>La supuesta prohibición del artículo 33 de la Constitución Política</i> .....	35
4.	<u>LA CRISIS DE VIOLENCIA EN CONTRA LA POBLACIÓN LGBTI OBLIGA TOMAR ACCIONES INMEDIATAS</u> .....	37
5.	<u>EFFECTOS DE LA DECLARATORIA</u> .....	38
V.	<u>PRETENSIONES</u> .....	39
VI.	<u>NOTIFICACIONES</u> .....	40



## I. NORMATIVA IMPUGNADA

Los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia, el cual fue dictado por medio del DECRETO No. 677 de LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR y publicado en el Diario Oficial No.231, Tomo No.321 del 11 de octubre de 1993 (en adelante “La Normativa Impugnada”).

Dichos artículos establecen lo siguiente:

*“TITULO I. EL MATRIMONIO CAPITULO I CONSTITUCION DEL MATRIMONIO 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.*

*Artículo 14.-Es legalmente imposible el matrimonio: 6) Entre personas del mismo sexo.*

*Art. 90.- Son causas de nulidad absoluta del matrimonio: (...) 3) Cuando los contrayentes sean del mismo sexo; (...)*

*TITULO IV. LA UNION NO MATRIMONIAL CAPITULO UNICO. CONCEPTO Y EXTENSION Art. 118.- 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, hicieron vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un periodo de tres o más años.”*

Se reprocha la violación de derechos fundamentales – sección II de este memorial- por la restricción injustificada y discriminadora que la normativa impugnada contiene. Al definir al matrimonio como la unión establece entre hombre y mujer, y además prohibir las uniones entre personas del mismo sexo; el legislador salvadoreño cometió un acto de discriminación injustificada en contra de las parejas del mismo sexo que buscan un reconocimiento constitucional de su unión de pareja.

## II. DERECHOS VIOLADOS POR LA NORMATIVA IMPUGNADA

1. Derecho de igualdad en comparación con las personas que tiene una orientación sexual heterosexual. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.3 de la Constitución de la República y en lo artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada por El Salvador el 23 de junio de 1978.
2. Derecho a la intimidad y privacidad personal por cuanto impide el desarrollo del plan de vida de cada persona al restringir que personas del mismo sexo puedan elevar su intimidad a un nivel superior y consagrarlo por medio de la figura del matrimonio. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República y el artículo 11 de la Convención Americana.
3. Derecho a libertad que se ve coartado en su manifestación de impedir al individuo la búsqueda y realización de su desarrollo personal en la dimensión de vida en pareja por



la restricción injustificada que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Asimismo, se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República.

4. Derecho a la asociación, en el sentido que existe un impedimento sin justificación para que una persona pueda celebrar una asociación libre y legalmente reconocida como es la unión matrimonial, así como es la unión no matrimonial. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.7 de la Constitución de la República
5. Derecho a la justicia social la cual se ve lacerada por la división entre ciudadanos de primera categoría y ciudadanos de segunda categoría, las cuales se ven creadas por medio de la injustificada restricción para que un grupo determinado de ciudadanos puedan acceder a determinados actos (matrimonio y unión no matrimonial) para cumplir con sus planes de vida. Este derecho se encuentra reconocido en el en el Art.1 de la Constitución de la República.
6. Derecho a la seguridad jurídica, el cual deviene como una consecuencia de la violación del derecho de igualdad, ya que no se tienen claros los alcances que la norma tiene, dotando a los ciudadanos que forman parte de las minorías LGBT de una inseguridad jurídica ya que por un lado se les reconoce igualdad pero por el otro, se les niegan derechos. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República.
7. Derecho a la dignidad de la persona humana, ya que por medio de la diferenciación, clasificación y segregación de un sector de la población (LGBTI) se atenta contra la integridad personal y se envía un mensaje negativo al resto de la población –incluido aquellos que se encuentran en la lucha interna para aceptar su destino como miembros de la comunidad LGBTI- que la vida de los miembros de la comunidad LGBTI no es tan digna, como sí lo es la vida de la población heterosexual. Este derecho se encuentra reconocido en el preámbulo y el Art.10 de la Constitución de la República.
8. Derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos, reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República.
9. Derecho a la propiedad, en el sentido que las parejas del mismo sexo no tienen una regulación del patrimonio que cada uno y en conjunto consigan en el período que sean pareja, el matrimonio y unión no matrimonial, da acceso a esa regulación y protección que injusta y discriminatoriamente no tienen acceso las parejas del mismo sexo. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 y 33 de la Constitución de la República.
10. Violación al derecho a la protección a la familia, 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”. Es opinión de la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos que existe igual protección. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 y 32 de la Constitución de la República.
11. Derecho a la tutela por parte del Estado, por cuanto el Estado Constitucional y Democrático de Derecho de El Salvador está constituido por todos y se encuentra al



servicio para todos, incluyendo la población LGBTI. De tal manera que el Estado debe velar para que el conjunto que forma a la sociedad -de forma íntegra y no fraccionada, tenga la posibilidad de gozar los derechos, siendo cada persona en particular (y no el Estado, u otra persona) la que debe decidir ejercitar sus derechos o no. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República.

12. Por ir en contra del carácter democrático del Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la normativa impugnada pasa por encima de los derechos de las minorías LGBTI, parte esencial de una democracia. Éste derecho se encuentra reconocido en el Preámbulo y en el Art.85 de la Constitución de la República.

### III. FUNDAMENTO JURÍDICO

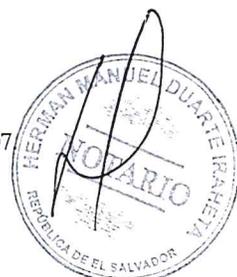
Art.1, 3, 144, 174, 183 de la Constitución de la República;  
 Art.1, 2 de la Ley de Procedimientos Constitucionales;  
 Artículos 1 (3) y 55 de la Carta de las Naciones Unidas;  
 Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;  
 Artículos 2, 4 (1) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP);  
 Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;  
 Artículo 2 del Convenio de Derechos del Niño;  
 Artículo II,V,VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;  
 Artículos 1.1, 2, 11, 17, 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

### IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

1. La orientación sexual como parte esencial de la dignidad humana.

La importancia de tener la claridad del concepto de dignidad, es inmensurable, por cuanto es la dignidad humana un componente central en el que descansa todo el ordenamiento jurídico salvadoreño: *“La dignidad de la persona humana, -cuyo respeto 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. 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 incurre 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.”*<sup>2</sup> Siendo claro que la dignidad, al ser inherente a todo ser humano, y al no estar sujeta o condicionada a ninguna circunstancia, no puede ser sujeta de discriminaciones por causa alguna.

<sup>2</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.165-2005 dictada el día cuatro de setiembre del 2007



Es decir, que a criterio del intérprete de la Constitución-la Sala de lo Constitucional-, la dignidad es parte esencial de la persona humana y que no puede menoscabarse por ningún motivo, de tal forma que la enumeración de las circunstancias indicadas en el artículo – y en el texto jurisprudencial transcrito- son meramente ejemplificativas y no taxativas. Esto último, la no taxatividad<sup>3</sup> de las razones para no discriminar-edad, sexo, condición económica o nivel de instrucción- fue lo que resolvió esta Sala por medio de la sentencia No.18-2004<sup>4</sup>: “Según nuestra norma primaria, el derecho a la igualdad no se agota en su vertiente de igualdad como 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.” Continúa la Sala indicando que: “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 solo 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.”

En este contexto, la dignidad humana no puede ser disminuida<sup>5</sup> por razones discriminatorias por la orientación sexual de una persona, tal y como ocurre con la normativa impugnada en el presente proceso. Esta proscripción a la discriminación a la persona humana por razón a su orientación sexual, ha sido expresamente reconocida por la Sala Constitucional “En 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

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido que la Sala de lo Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Clift Vs. Reino Unido, (No. 7205/07) párrafo 57 de la sentencia indicó que: “la Corte ha considerado que constituyen «cualquier otra condición» características que, al igual que algunos de los ejemplos específicos enumerados en el artículo, se puede decir que ser personal en el sentido de que son innatos o inherentes. Así, en Salgueiro da Silva Mouta, [...] se encontró que la orientación sexual fue, sin duda, comprendido en el artículo 14”

<sup>4</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.18-2004 dictada el nueve de diciembre de dos mil nueve.

<sup>5</sup> A pesar de la falta de consenso de los científicos de la causa o razones exactas que determinan una orientación sexual de una persona, esto no debe ser un impedimento o una razón para justificar la discriminación por razones de orientación sexual: “No hay un consenso entre los científicos sobre las razones exactas por las que las personas desarrollan una orientación heterosexual, bisexual, gay o lesbiana. Aunque se ha investigado mucho con respecto a las posibles influencias genéticas, hormonales, de desarrollo, sociales y culturales sobre la orientación sexual, no han surgido descubrimientos que permitan a los científicos concluir que un factor o una combinación particular de factores determina la orientación sexual. Muchas personas creen que tanto la naturaleza como la crianza cumplen roles complejos; la mayoría de las personas sienten muy poca o ninguna sensación de opción con respecto a su orientación sexual.” “American Psychological Association (2012), *idem*.



*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 todo lo anteriormente 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.”<sup>6</sup> (resaltado y subrayado es propio)*

Si bien la orientación sexual no se encuentra expresamente reconocida en la constitución o la Convención Americana como una categoría protegida contra la discriminación, la Corte Interamericana ha entendido al igual que “*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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*”<sup>7</sup>.

No está demás señalar que el principio de igualdad de la persona humana, se encuentra estrechamente relacionado con el de seguridad jurídica<sup>8</sup>, por cuanto toda persona que ponga pie dentro del territorio salvadoreño cuenta con la certeza que le otorga la garantía de la seguridad jurídica que no podrá ser discriminada por ninguna razón, por el simple hecho que el texto constitucional y su jurisprudencia relacionada, así lo han indicado.

La sentencia No.18-2004 única<sup>9</sup> entre las sentencias de Sala Constitucional- que es vanguardista que ha entrado en el polémico tema de la sexualidad humana hace referencia al concepto de

---

<sup>6</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador No.18-2004 dictada el nueve de diciembre de dos mil nueve.

<sup>7</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 83.

<sup>8</sup> “*La seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Manifestaciones de la seguridad jurídica: como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta y programar expectativas para su actuación jurídica bajo pautas razonables de previsibilidad.*” Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.83-2006 dictada el día veinticinco de junio de dos mil nueve.

<sup>9</sup> Habrán otros que considerarán que la sentencia de amparo No.166-2009 también guarda relación con la temática de orientación sexual, dado que se trata de un proceso de amparo interpuesto por una particular en contra del Instituto Salvadoreño del Seguro Social que buscaba obtener su tratamiento de antiretrovirales por ser portador de VIH-SIDA. Pese a que en ningún apartado de la sentencia se hace mención a la orientación sexual del hombre que eventualmente fue amparado, algunos lo clasifican como una sentencia relacionada con la temática LGBT, sin



Orientación Homosexual<sup>10</sup>, pero debe aclararse que dicho concepto no es más que una especie dentro del género<sup>11</sup> de la orientación sexual, por lo cual debe ampliarse a dicho termino en aplicación del concepto de una interpretación evolutiva de la Constitución. Una aproximación objetiva del concepto de orientación sexual se encuentra en la definición recogida en los “Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” (Principios de Yogyakarta<sup>12</sup>) definen en su preámbulo a 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*”.

En el mismo sentido, la American Psychological Association (“APA”), “*La orientación sexual se refiere a un patrón perdurable de atracciones emocionales, románticas y/o sexuales hacia hombres, mujeres o ambos sexos. La orientación sexual también se refiere al sentido de identidad de cada persona basada en dichas atracciones, las conductas relacionadas y la pertenencia a una comunidad de otros que comparten esas atracciones. Investigaciones realizadas durante varias décadas han demostrado que la orientación sexual varía desde una atracción exclusiva hacia el sexo opuesto hasta una orientación exclusiva hacia el mismo sexo.*”<sup>13</sup> Esta misma entidad, explica cómo la orientación sexual es diferente de otros componentes: “*diferencia de los demás componentes del sexo y del género, incluidos el sexo biológico (las características anatómicas, psicológicas y genéticas asociadas con ser de sexo masculino o femenino), la identidad de género (la*

---

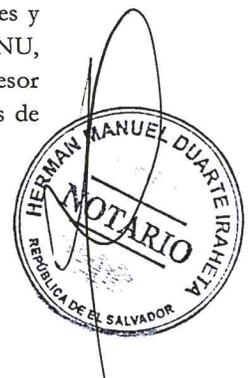
embargo esto no es más que una manifestación del sesgo negativo que se tiene en contra de la población minoritaria de este sector. En todo caso, el derecho que fue violado en este caso fue el de la salud.

<sup>10</sup> “*La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otra persona no comparta su específico estilo de vida.*” Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No.T-101-1998.

<sup>11</sup> La clasificación de la orientación sexual, según la APA, es la siguiente: “*La orientación sexual generalmente se clasifica en tres categorías: heterosexual (tener atracciones emocionales, románticas o sexuales hacia miembros del sexo opuesto), gay/lesbiana (tener atracciones emocionales, románticas o sexuales hacia miembros del mismo sexo) y bisexual (tener atracciones emocionales, románticas o sexuales tanto hacia hombres como mujeres). Este margen de conductas y atracciones se ha descrito en diversas culturas y naciones de todo el mundo.*” American Psychological Association (2012), *idem*.

<sup>12</sup> Los principios pese a no ser vinculantes para El Salvador, resultan ilustrativos ya que fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados, ONGs y otros. El profesor Michael O’Flaherty, Relator del proceso, hizo importantes contribuciones al redactar y revisar los Principios de Yogyakarta.

<sup>13</sup> American Psychological Association (2012), *idem*.



*sensación psicológica de ser de sexo femenino masculino el rol social de género (las normas culturales que de den la conducta femenina y masculina).”<sup>14</sup>*

Esta interpretación del artículo 3 de la Constitución de El Salvador, es consecuente con lo dispuesto por el artículo 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana de Derechos Humanos que: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley; así como las interpretaciones que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos- en un caso de discriminación por orientación sexual- al respecto: “79...*la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.*”<sup>15</sup> De la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desprende del carácter indisoluble entre la sexualidad humana, en todas sus manifestaciones, y no únicamente la orientación sexual heterosexual, y la dignidad de la persona humana<sup>16</sup>.

En resumidas cuentas, la Sala ha indicado que toda persona tiene dignidad y que no existe razón alguna para negar dicha dignidad a una persona, ni siquiera en razón de su orientación sexual. ¿Pero cuales son los componentes de la dignidad de la persona humana? La Sala ha dado respuesta a esa interrogante al que: “*La dignidad de la persona humana 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.*”<sup>17</sup> De tal definición, es rescatable indicar que para que una persona tenga una vida digna en terminología constitucional, debe permitírsele acceder a cierto nivel de condiciones para el goce de sus derechos fundamentales, dentro del cual se encuentra el concepto de existencia digna, el cual tiene como factor implícito la consecución de la vida en pareja, que

<sup>14</sup> American Psychological Association (2012), *ídem*.

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, dictada el 24 de febrero del 2012.

<sup>16</sup>Una de las entidades no gubernamentales más influyentes del mundo, Amnistía Internacional ha indicado algo similar al señalar que la sexualidad humana “*relacionada con las emociones más profundas, los deseos más personales y las expresiones más íntimas del cuerpo, la orientación sexual afecta a la esencia de lo que significa ser humano*” AMNISTÍA INTERNACIONAL (1999). El derecho a la propia identidad. La acción en favor de los derechos humanos de gays y lesbianas. Madrid, p. 14.

<sup>17</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.31-2004AC dictada el día seis de junio del dos mil ocho.



cuenta con el reconocimiento del Estado y que se reconozca dicha unión como piedra angular de la sociedad democrática salvadoreña.

En conclusión, la orientación sexual<sup>18</sup> es una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana que forma parte de la dignidad<sup>19</sup> que predica la Constitución de la República y por ende merece protección.

2. La restricción contenida en la normas impugnadas es discriminatoria.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “*principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*” el cual es una declaración que El Salvador debe estar consciente a raíz de su participación en las Naciones Unidas, y más que estar consciente, merece la reflexión y una pronta actuación para cumplir con lo indicado.

Por su parte, el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) del cual El Salvador es parte, ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios<sup>20</sup>. Sin embargo, la única reacción del Estado Salvadoreño ha sido promulgar

<sup>18</sup> Los países Europeos, por medio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido la protección a las personas con una orientación sexual diversa por medio de jurisprudencia: T.E.D.H., Caso Salgueiro da Silva Mouta, supra nota 99, párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [*is*] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [...] [*any ground such as*]). Ver también T.E.D.H., Caso Fretté Vs. Francia, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., Caso Kozak Vs. Polonia, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; Caso J.M. Vs. Reino Unido, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y Caso Alekseyev Vs. Russia, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108 (“The Court reiterates that sexual orientation is a concept covered by Article 14”). Por su parte el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

<sup>19</sup> “*La sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad. La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (Constitución Colombiana, Artículos 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo*” Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. C-098/96 de 7 de marzo de 1996, párrafo 4.

<sup>20</sup> AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la



un decreto en el año 2009 para evitar la discriminación en la Administración Pública, lo cual si bien es un avance, no es suficiente para terminar la carrera que ha dejado en desventaja a la población LGBTI en contraste con el resto de la sociedad.

¿Pero qué es exactamente la discriminación? El concepto de discriminación es un concepto complejo que ha adquirido diferentes matices y que cubre diferentes ámbitos. Pese a ello, es un concepto que, bien entendido, no tiene mayor problema en cuanto a su ámbito de aplicación. Puede ser definida como el rechazo, estigmatización y, en algunos casos, la cultivación de odio a determinados colectivos o a individuos por cualidades inherentes a su calidad de persona. Dichas cualidades, que no pueden cambiarse, pueden ser tan variados como: el género, la raza u orientación sexual.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) respalda lo expresado en el párrafo anterior, al definir la discriminación como: *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*<sup>21</sup>

---

cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”)

<sup>21</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No. Discriminación, párra.6.



Actualmente, existen grandes intereses en la desnaturalización del concepto, así vemos comitivas creadas con la bandera de bioética para disfrazar los argumentos de tinte religioso con una capa científica, elaborando sus posiciones con sofismas y falacias argumentativas que se escudan con ejemplos que intencionalmente rayan con el sentido común y pretenden equiparar cualquier regulación de conductas con la discriminación, para lograr que los verdaderos casos discriminatorios – como la restricción al matrimonio que tienen las personas del mismo sexo- caigan en un absurdo sin sentido por conectividad. Un ejemplo de estos absurdos ejemplos es la ‘discriminación’ que se hace a los ebrios en poder manejar; o la ‘discriminación’ a los menores de edad que buscan casarse sin permiso.

Para saber distinguir qué es y qué no resulta ser discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que *“es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”*<sup>22</sup> En el presente caso, tal y como se desarrolla a lo largo de este memorial se deja claro que no existe una justificación razonable ni objetiva que justifiquen que una persona del mismo sexo no pueda contraer matrimonio o vivir en una unión de hecho, con otra persona del mismo sexo.

La Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) de Derechos Humanos dispone en el artículo 1.1 lo siguiente: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* Esta obligación que tiene el Estado ha sido reconocida por Sala de lo Constitucional por medio del voto 18-2004 del nueve de diciembre del dos mil nueve.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado lo siguiente sobre dicha norma: *“78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”*<sup>23</sup>

Las dos normas contrastadas internacionales, que son parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, al contrastarlas con la realidad de la comunidad LGBTI en el país dejan como resultado una violación de tal compromiso adquirido por la República de El Salvador y pone en una situación de morosidad del Estado frente a este sector de la población, tal y como

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de junio de 2005, Caso Yatama c. Nicaragua, Serie C No 127, párrafos 185.

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, dictada el 24 de febrero del 2012.



indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”<sup>24</sup>. Es decir que el Estado, entre sus diferentes y muy variadas atribuciones, tiene la obligación de establecer parámetros necesarios para la convivencia pacífica entre la diversidad que habita en una sociedad.

En este sentido, que a diferencia de la facultad discriminatoria que sí posee el individuo<sup>25</sup>, bajo los límites que la misma lógica y proporcionalidad delimitan; el Estado no tiene derecho a discriminar, y tiene la obligación de velar y garantizar los derechos de todos sus componentes, y que en este momento histórico, ha dejado en estado de desamparo a un sector tradicionalmente marginado. La importancia de este principio de no discriminación ha llegado a tal punto que ha subido al olimpo de los principios y valores jurídicos, al punto que se reconoce que forma parte de las normas de *jus cogens*<sup>26</sup>, tal y como “El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A No 18, párrafo 85

<sup>25</sup> “La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin ingerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad está en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre sí, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad” Sentencia del Tribunal Constitucional Sudáfricano del 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

<sup>26</sup> La Corte Internacional de Justicia, sobre las normas de *jus cogens*, indicó lo siguiente: “Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado (...). Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), op. cit. (note 41), p. 32, para. 33. Sobre la concepción y conceptualización de *Jus Cogens*, recomiendo ver: A. Verdross, “*Jus dispositivum and jus cogens in international law*”, *American Journal of International Law*, Vol. 60, 1966, pp. 55-63; M. Virally, “*Réflexions sur le jus cogens*”, *AFDI*, Vol. XII, 1966, pp. 5-29; E. Suy, “*The concept of jus cogens in public international law*”, in *Lagonissi Conference on International Law*, Geneva, 1967, pp. 17-77; K. Marek, “*Contribution à l’étude du jus cogens en droit international*”, in *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenbeim*, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1968, pp. 426-459; A. Gomez Robledo, “*Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions*”, *RCADI*, 1981, III, pp. 9-217; L. Alexidze, “*Legal nature of jus cogens in contemporary international law*”, *ibid.*, pp. 223-268; G. Gaja “*Jus cogens beyond the Vienna Convention*”, *ibid.*, pp. 271-316. See also: R. St. J. Macdonald, “*Fundamental norms in contemporary international law*”, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXV, 1987, pp. 115-149; G.A. Christenson, “*Jus cogens: Guarding interests fundamental to international society*”, *Virginia*



Lo realmente curioso de esta acción de inconstitucionalidad, es que esté siendo planteada hasta este año. Por cuanto desde el 2004, Sala Constitucional ha tenido claro el panorama internacional, aterrizado en nuestra tropical realidad, en cuanto a que está proscrito del ordenamiento jurídico acciones tendientes a la discriminación en razón a la orientación sexual: “En 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 todo lo anteriormente 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.”<sup>28</sup> Esta es una jurisprudencia que se encuentra en sintonía con las corrientes dominantes.

Es decir, si Sala Constitucional ha tenido claro que no existe una razón por la cual se pueda discriminar a una persona, ¿por qué razón la población LGBTI es discriminada al ser categorizada como ciudadanos de segunda clase? Esta pregunta, para responderse conforme a la Constitución, debe someterse a juicio de igualdad, término acuñado por la jurisprudencia de Sala de lo Constitucional: “Por otro lado, la igualdad es un concepto relacional, es decir, no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual respecto a otra persona o cosa y con respecto a cierta o ciertas características. Para formular un juicio de igualdad, pues, debe contarse por lo menos con dos personas, cosas o situaciones (las que se comparan) y una o varias características comunes (el término de comparación). Además, es importante subrayar que los juicios de igualdad no describen la naturaleza ni la realidad de las personas o cosas comparadas. Más bien, descansan en la elección de una o más propiedades comunes –decisión libre de quien formula el juicio– respecto de las cuales se afirma o niega la igualdad.”<sup>29</sup> (el resaltado y subrayado es propio)

---

*Journal of International Law*, Vol. 28, 1988, pp. 585-628; G.M. Danilenko, “International *jus cogens*: Issues of law-making”, *European Journal of International Law*, Vol. 2, 1991, pp. 42-65; C. Annacker, “The legal régime of *erga omnes* obligations in international law”, *Austrian Journal of Public International Law*, Vol. 46, 1994, pp. 131-166.

<sup>27</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 269.

<sup>28</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador No.18-2004 dictada el nueve de diciembre de dos mil nueve.

<sup>29</sup> Sentencia de Sala Constitucional de El Salvador No.18-2010 del día cuatro de mayo del 2011.



De la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se desprende que el primer paso, previo a gritar la existencia de una discriminación, es efectuar un contraste de similitudes y diferencias. Por lo que se plantea el siguiente examen para el análisis de esta Honorable Sala:

El parámetro de comparación son las opciones que tienen hombres y mujeres para obtener un reconocimiento del Estado de su unión estable, en atención a su orientación sexual, así tenemos: (i) personas con orientación sexual heterosexual, y (ii) personas con orientación sexual dentro de la población LGBT. Mientras que lo que se compara será el contraste con las: (a) formas de unión para personas heterosexuales; y, (b) formas de unión para personas con orientación sexual diferente a la heterosexual.

En primer punto, al hablar de orientación sexual me refiero a una característica innata de la persona humana, por lo cual se abarca todas las orientaciones sexuales: *“Al hablar de orientación sexual—heterosexual o no -, es común referirse a ella como si solamente fuera una característica de un individuo, como el sexo biológico, la identidad de género o la edad. Esta perspectiva es incompleta porque la orientación sexual se define en términos de las relaciones con los demás. Las personas expresan su orientación sexual mediante conductas con otros, incluidas acciones tan sencillas como tomarse de la mano o besarse. Por lo tanto, la orientación sexual está estrechamente ligada a las relaciones personales íntimas que satisfacen nuestra profunda necesidad de amor, apego e intimidad. Además de las conductas sexuales, estos vínculos incluyen la atracción física no sexual entre compañeros, metas y valores compartidos, apoyo mutuo y compromiso continuo. Por lo tanto, la orientación sexual no es solamente una característica personal de un individuo. Más bien, la orientación sexual ... grupo en el que una persona probablemente pueda establecer las relaciones románticas satisfactorias y plenas que son un componente esencial de la identidad personal para muchas personas.”*<sup>30</sup>

Esta aclaración transcrita, aplicable a heterosexuales y no heterosexuales, es muestra de la similitud<sup>31</sup> que existe entre estos dos grupos de personas. No es posible poner en tela de juicio la capacidad<sup>32</sup> de establecer vínculo afectuoso de amor, intimidad y complemento de dos

<sup>30</sup> American Psychological Association (2012), *idem*.

<sup>31</sup> *“Sr. Presidente, y distinguida Corte: Las relaciones íntimas y comprometidos de parejas del mismo sexo, al igual que los de las parejas heterosexuales, se dan apoyo mutuo y son el fundamento de la vida familiar en nuestra sociedad. Sin el compromiso legal, de responsabilidad y protección que es el matrimonio esta fuera del alcance de las personas homosexuales como si se tratase de una clase aparte, la mancha de indignidad que sigue en los individuos y familias contraviene el compromiso constitucional fundamental a la igualdad de dignidad. De hecho, el propósito permanente de la Decimocuarta Enmienda es impedir relegando clases de personas a la condición de segundo nivel.”* Con tales palabras inició la intervención oral la abogada Mary L. Bonauto, el pasado 28 de Abril del 2015 en el caso Obergefell v. Hodges, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sentenció a favor al matrimonio igualitario.

<sup>32</sup> De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar lo que el matrimonio ayuda a las personas a alcanzar: *“En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio. su motivo es que la respetan, la*



personas – sin importar su género- al punto que tengan poder suficiente en decidir comprometerse para hacer vida en pareja. La única diferencia entre la unión matrimonial/unión no matrimonial entre personas heterosexuales y personas del mismo sexo, son:

1. La pareja está conformada por personas del mismo sexo.
2. No pueden procrear sin asistencia especializada.

Siendo que la segunda de las diferencias, merece ser descartada por cuanto recae en situación idéntica al que enfrentan parejas heterosexuales, en la que uno o ambos de los contrayentes es estéril, lo cual les imposibilita tener hijos. Sin embargo, esa situación no se regula como un impedimento para que dos personas heterosexuales puedan casarse o bien reconocer su unión no matrimonial, ya que el matrimonio no tiene como fin último la procreación, sino la formación de la base familiar que viene a ser los cimientos de la sociedad (Art. 32 de la Constitución Política y 2 del Código de Familia).

A lo que nos lleva a que solamente existe, tras el juicio de igualdad, una única diferencia: el género de los contrayentes.

La exigencia que el género de los contrayentes sea opuesto, resulta en una regulación que es denigrante a la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente, por cuanto ello deviene, en una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, al grado que al menos 26 derechos le son privados a este conjunto de la población:

1. DERECHO A CASARSE.
2. DERECHO AL DIVORCIO.
3. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE.
4. DERECHO A LAS VISITAS HOSPITALARIAS.
5. DERECHO A TOMAR LA ÚLTIMA DECISIÓN EN ASPECTOS RELACIONADOS A LA SALUD DEL CÓNYUGE.
6. DERECHOS DE ADOPCIÓN.
7. DERECHOS DE PATERNIDAD.
8. DERECHOS DE CUSTODIA DE MENORES.
9. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE Y EL HIJO.
10. DERECHOS DE PENSIÓN DE VEJEZ CON LOS HIJOS.
11. DERECHO A SER HEREDERO.
12. DERECHO A RECIBIR PROTECCIONES ANTE UN DIVORCIO.
13. DERECHOS MIGRATORIOS.
14. DERECHO DE SEGURO DE ENFERMEDAD.
15. DERECHOS A VACACIONES POR MATERNIDAD, ENFERMEDAD DEL CÓNYUGE O POR LUNA DE MIEL
16. DERECHO A RECIBIR PENSIONES DEL CÓNYUGE EN DETERMINADOS CASOS.
17. DERECHO A RECIBIR BENEFICIOS DE SEGURO SOCIAL.

---

*respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho."*Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges



18. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE GÉNERO.
19. DERECHO A PRESENTAR IMPUESTOS CONJUNTOS.
20. DERECHO A LA INMUNIDAD DE DECLARAR CONTRA EL CÓNYUGE EN PROCESOS PENALES.
21. DERECHO A LA CONTINUACIÓN DE SEGURO DE SALUD DE COBERTURA.
22. LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE VIVIENDA.
23. DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN Y LA LIBRE ASOCIACIÓN.
24. DERECHO AL ACCESO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE LA FAMILIA.
25. DERECHO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
26. DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA.

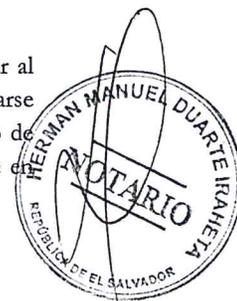
¿Existe una justificante para permitir que esta injusta discriminación continúe vigente en El Salvador? **NO.**

La Sala Constitucional de El Salvador, ha sido clara que la discrecionalidad del legislador para regular materias es mayor cuando recae en aspectos del orden económico que cuando recae sobre derechos fundamentales<sup>33</sup>, en este caso, al recaer directamente sobre un aspecto ligado con la dignidad del ser humano, como es la orientación sexual, la discriminación del legislador no se justifica por cuanto excluye a un sector de la sociedad. Esta discriminación, impide el ejercicio de por lo menos 26 derechos y termina enviando un mensaje denigrante ya que de forma indirecta termina posicionando a uniones de personas del mismo sexo en una categoría inferior o de segundo nivel, por cuanto no le reconocen consecuencias jurídicas<sup>34</sup> a esas uniones. Sin dejar a un lado que la falta de reconocimiento legal a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, es lesivo a la dignidad del ser humano por cuanto no se considera como uniones familiares, en terminología de los artículos 2 del Código de Familia y 32 de la Constitución. Esa segunda categoría de ciudadanos, en la que se ha colocado a la población LGBT, es comparable<sup>35</sup> al trato de hijos ilegítimos que anteriormente se le daba a los hijos

<sup>33</sup>“...hacer un juicio estricto cuando la diferenciación se basa en criterios potencialmente discriminatorios (por ejemplo, la nacionalidad, raza, sexo, religión, u otra categoría sospechosa a los que alude el art. 3 inc. 1º Cn.) o aparezca restricción de derechos fundamentales.” Sentencia de Sala Constitucional de El Salvador No.104-2007 del día veintiséis de junio del 2009.

<sup>34</sup> “Ahora bien, para la doctrina que analiza dicho sector del ordenamiento jurídico, existen diversos tipos de relaciones entre una pareja; la forma tradicional de establecer vínculos entre un hombre y una mujer es el matrimonio. Sin embargo, la doctrina también considera la existencia de otro tipo de relaciones, las cuales clasifica en lícitas, ilícitas y ajurídicas; el matrimonio y la unión de hecho o concubinato son –para la doctrina y el Derecho–, las únicas formas de entablar relaciones lícitas; las relaciones ilícitas, por su parte, presentan una gama variada y en algunas legislaciones se les ha considerado incluso como delitos –v.gr. el adulterio, el incesto, el rapto, el estupro y la bigamia–; finalmente, las relaciones llamadas ajurídicas se caracterizan porque los sujetos entablan relaciones sexuales fuera de matrimonio, pero en el ejercicio de su libertad, pues no están violando normas prohibitivas; esta clase de relaciones pueden ser selectivas o promiscuas, ocasionales, temporales o permanentes, dar lugar o no a la procreación, pero en la mayor parte de los casos no producen consecuencias jurídicas.” Sentencia de Sala Constitucional de El Salvador del veintiocho de abril del año dos mil.

<sup>35</sup> Otra comparación es la que plantea el profesor de la Universidad de Harvard, Cass Sunstein, al equiparar al derecho a casarse como el derecho a votar: “He sugerido que al igual que el derecho a votar, el derecho a casarse debería tener acceso igualitario al ser una institución ofrecida por la Administración Pública. Es el derecho de acceso a los beneficios de expresión y materiales que un matrimonio oficial provee.” Sunstein C. Marriage and Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas. Kindle edition, p.113.



nacidos fuera de matrimonio y que esta Sala ha aclarado, que dichos tratos no tienen cabida en la República de El Salvador: “De conformidad con lo anterior, se advierte que la Constitución no manda al legislador que se establezca un régimen jurídico especial para los hijos extramatrimoniales; lejos de ello, prescribe una igualdad jurídica de éstos frente a los hijos matrimoniales o de uniones de hecho lícitas. En consecuencia, puede concluirse que al establecer la igualdad jurídica entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, debe entenderse que la regulación aplicable a la filiación matrimonial se extiende a la filiación extramatrimonial, ya sea que se trate de hijos resultantes de uniones no matrimoniales lícitas como de uniones no matrimoniales ilícitas.” Siendo esta, otra razón de peso por la cual se debe pronunciar la Sala de lo Constitucional a favor de una definición de las bases de la familia que incluya y no que excluya; resulta **irónico** que la institución angular de la sociedad salvadoreña, el matrimonio y la unión no matrimonial (Art. 2 Código de Familia), este basada en exclusiones en lugar de inclusiones; cuando la esencia misma de la familia radica en el amor, siendo este un término que no puede acuñar expresiones o acciones que impliquen desprecio hacia otra persona.

Como se ha indicado en otras jurisdicciones: “Desde las entrañas de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas. La centralidad del matrimonio a la condición humana hace que sea sorprendente que la institución ha existido durante miles de años y a través de las civilizaciones. Desde los albores de la historia, el matrimonio ha transformado a extraños en familiares, uniendo familias y sociedades... ¿Cómo continuar negando la realidad que el matrimonio civil -no religioso- debe ser una institución accesible a todos, sin perjuicio de la orientación sexual? ¿Porqué limitar la vida de la población LGBT e impedirles alcanzar niveles de felicidad superiores?”<sup>36</sup> Negar el derecho al matrimonio a la población LGBT es un trato inhumano o degradante, en el entendido que dichos actos: “son aquellos que ocasionan sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación, degradación, quebrantamiento de la resistencia física y moral de las personas, anulando su personalidad o carácter, los cuales causan trastornos psicológicos y sufrimientos menos intensos que los producidos por la tortura y los tratos crueles.”<sup>37</sup>

El trato inhumano subyace en que en lugar de crear las condiciones para que las personas puedan aceptar una parte crucial de su dignidad, el Estado por medio de su pasividad crea barreras<sup>38</sup> adicionales para que sus habitantes puedan vivir en plenitud su orientación sexual: “

---

<sup>36</sup> Decisión de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso de Obergerfel contra Hodges.

<sup>37</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.165-2005 dictada el día cuatro de setiembre del 2007.

<sup>38</sup> A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia Mexicana ha indicado lo siguiente: “Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad” Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, No. 2806/2012. Sin perjuicio de las críticas que ha recibido la sentencia, es sin duda un gran avance para borrar el estigma de la población LGBT.



*Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás; también puede conllevar participar en la comunidad gay. Poder hablar sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico. Al igual que les sucede a los heterosexuales, a las lesbianas, hombres gay y personas bisexuales les hace bien poder compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos<sup>39</sup>*

Es decir que de alguna u otra forma, el no reconocer las parejas del mismo sexo como un matrimonio y/o una unión no matrimonial<sup>40</sup> se impone un estigma social que es prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, prohibición que cada vez más países<sup>41</sup> han ido reconociendo y eliminando de sus ordenamientos jurídicos por la degradación al ser humano que ello supone: *“Se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja por fuera de una institución central<sup>42</sup> de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes de 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, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio ahora es manifiesto. Con ese conocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental.”<sup>43</sup>*

<sup>39</sup> American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Disponible en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>.

<sup>40</sup> Así como hay parejas heterosexuales que no quieren casarse, también hay parejas del mismo sexo que tampoco quieren. Lo relevante, en todo caso, es que el Estado asegure a todos sus habitantes la opción y posibilidad de ejercer el derecho de matrimonio o de unión no matrimonial. De tal manera que sea cada persona, como artífice de su destino, decida cual camino tomar.

<sup>41</sup> Dentro de los efectos inmediatos que esta sentencia tendría, sería poner a El Salvador en la vanguardia junto a 24 países que han legalizado el matrimonio igualitario, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia.

<sup>42</sup> Esta es una similitud entre el ordenamiento jurídico salvadoreño y el estadounidense, ya que en ambos, se reconoce a la familia como el centro de la sociedad.

<sup>43</sup> Opinión de la mayoría expuesta por el Magistrado Kennedy en el Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergerfel contra Hodges, en la que se decidió que el matrimonio debería ser una institución reconocida a todas las personas en los Estados Unidos de América.



La ciencia<sup>44</sup> da un espaldarazo a la obligación –que no solamente es moral, sino también exigible por medio de una aplicación directa de la Constitución- que tiene el Estado en dotar a sus ciudadanos de las herramientas necesarias para lograr una vida digna. Negar el fundamental derecho a obtener un reconocimiento legal a una promesa de amor, justificada en su orientación sexual, es segregar a un sector de la población y convertirlas en ciudadanos de segunda categoría, lo cual es contrario a derecho.

Esta distinguida Sala Constitucional, puede tomar en cuenta el hecho que la existencia de una tradición en cuanto a definición de cuál grupo de personas puede obtener el derecho a casarse (hombre y mujer heterosexual únicamente), no impide de alguna manera a que esta Corte golpee la mesa y cambie dicha conceptualización. Nada más basta pensar las épocas cuando los matrimonios *interraciales* eran prohibidos. Toda sociedad está obligada a evolucionar para facilitar que sus miembros puedan gozar o tener acceso a la posibilidad de ejercer los derechos.

En este contexto, con el mayor respeto a toda la sociedad, es que solicito a la Sala de lo Constitucional que aterrice el ideal de la justicia y borre de las normas impugnadas los impedimentos que imposibilitan que las parejas entre personas del mismo sexo puedan celebrar el matrimonio civil u obtener un reconocimiento de su unión no matrimonial. Con un fallo apuntado hacia ese vértice, la Sala estaría erradicando un regulación discriminatoria<sup>45</sup> y dándole tinta viva a las letras que plasmaron por medio de la sentencia No.18-2005: *“El art. 3 inc. 1º Cn. estatuye un auténtico derecho fundamental. De esta manera, toda persona tiene derecho a exigir al Estado y, en su caso, a los particulares que se le brinde un trato igual frente a situaciones jurídicas idénticas o equiparables y a exigir que se le brinde un trato desigual frente a situaciones totalmente diferentes o que no sean equiparables.”*

<sup>46</sup>

### 3. Posibles argumentos en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad.

- a. La mayoría está en contra.

---

<sup>44</sup> En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. HAIDT, J. (2006). *The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom*. Kindle

<sup>45</sup> El profesor de la Escuela de Derecho de Harvard, Cass Sunstein, sostiene que *“no existen fundamentos razonables para prohibir matrimonios del mismo sexo. Esa prohibición es una forma inaceptable de discriminación.”* Sunstein C. *Marriage en Conspiracy Theories and Other Dangerous Ideas*. Kindle edition, p.100.

<sup>46</sup> Sentencia de Sala Constitucional de El Salvador No.18-2010 del día cuatro de mayo del 2011.



*“La discriminación de los negros está presente en cada momento de sus vidas para recordarles que la inferioridad es una mentira que sólo acepta como verdadera la sociedad que los domina.”* Martin Luther King, Jr.

Un primer argumento, para intentar justificar la discriminación en razón a la orientación sexual, es hacer un llamado a las necesidades de las mayorías, pues es evidente, que la mayoría de salvadoreños está en contra del matrimonio igualitario. Pero aceptar un argumento por el clamor de las masas sería olvidar lo que la historia ha evidenciado, pues hemos visto ejemplos de cómo grupos amparados en una verdad dogmática, absoluta y sin excepciones han cometido grandes injusticias con la bandera de la discriminación, e.g., el holocausto o la segregación racial sudafricana.

La Corte Interamericana ha sido enfática al señalar 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”*<sup>47</sup>. Pero sobretodo, sería desconocer elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho de El Salvador, el cual en la Carta Magna se reconoce por medio del artículo 85 que es: *republicano, democrático y representativo*.

Un régimen democrático como el salvadoreño implica que las decisiones las toma la mayoría **pero** con respeto a las minorías, tal y como lo indico esta Sala Constitucional en la ejemplar e histórica sentencia 61-2009 con la cual revolucionó el sistema político salvadoreño<sup>48</sup>. Hablar de un Estado donde no exista respeto a las minorías, dejando a un lado sus derechos y llegando al punto que se les prohíban ejercer algunos otros, que resultan ser esenciales para alcanzar la realización personal, da como resultado vivir en un Estado antidemocrático.

Al día de hoy, la población LGBT no cuenta con un solo diputado que genuinamente represente sus intereses, por lo que en el sentido estricto de la palabra, se encuentra al merced de las mayorías y se someten al chantaje<sup>49</sup> político de los actuales titulares de los 84 curules de

<sup>47</sup> Caso Atala Ríffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 92.

<sup>48</sup> Bien lo han dicho la Sala homónima a esta en Colombia: *“La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario.”* Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. SU214/16.

<sup>49</sup> El proyecto de Ley de identidad de género, la cual una vez aprobada vendría a dar un marco jurídico a muchas personas que no sienten una identificación entre su identidad de género y su cuerpo, sigue como proyecto en Asamblea Legislativa a pesar de haber sido introducida como pieza de correspondencia en el año 2014. Es



la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. Ningún sector poblacional debería ser víctima de chantaje político, mucho menos si el reprochable acto se hace con la moneda de los derechos fundamentales de un grupo sin poder político. Esta situación –inaceptable e indignante- se vuelve en otra pesa más para inclinar la balanza de la justicia a favor del matrimonio igualitario.

Esta inexistencia de representación, no debe entenderse como una luz verde para continuar denigrando a este importante sector de la población, por cuanto el sistema de pesos y contrapesos del Estado Constitucional de Derecho que planteó el Constituyente del 83, permite que el Órgano Judicial, por medio del paladín de la justicia, pueda tomar decisiones que ayuden a liberar la presión que genera la injusticia social en sus muy variadas manifestaciones.

En este intelecto, una de las cortes constitucionales con mayor experiencia en el mundo sobre el tema de discriminación es el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, el cual ha dicho lo siguiente sobre la particular naturaleza de la población LGBTI: *“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”*<sup>50</sup>

El máximo Tribunal de Sudáfrica deja palabras que crearán un eco hasta la eternidad. Pues delimita perfectamente los contornos que cada niño, adolescente, adulto y anciano, que en la rifa de la vida resulta premiado con una orientación sexual diversa a la heterosexualidad se enfrenta. Esta situación de desventaja, es algo que el Estado debe buscar remediar, dando la protección que las minorías se merecen frente a los abusos de las mayorías. Esta acción

---

conocido, que los diputados utilizan la esperanza detrás que se apruebe esta ley, para controlar las protestas que podrían organizar los grupos LGBT, de tal forma que se ha transformado en un precio de chantaje para evitar manifestaciones a favor de la igualdad de derechos de la población LGBT.

<sup>50</sup> Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 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, párrafos 127 y 128 (original en inglés, traducción libre).



protectora y reivindicatoria de los derechos de las minorías, se fundamenta en la naturaleza del Estado Constitucional Democrático de Derecho, pues la democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías.<sup>51</sup>

Es por estas razones, que debe rechazarse cualquier argumento tendiente a justificar la discriminación de minorías<sup>52</sup> LGBT en aras de satisfacer el *status quo* que las mayorías se encuentran acostumbrado.

b. Los homosexuales tienen otros mecanismos para regular sus relaciones.

*"Estoy cansada de ser tratada como una ciudadana de segunda categoría." - Rosa Parks*

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 el mismo sexo. Esta posición es parte del género del superado anticuado principio de “separados pero iguales”, en donde se busca regular de alguna forma a un grupo para solventar una desigualdad, pero en realidad lo que único que logra es agravar la misma. El caso simbólico e histórico al respecto fue conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la decisión en la cual se rechazó la segregación racial en las escuelas, indicando lo siguiente: “La 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 Negro ... Cualquier idioma en contrario a este hallazgo es rechazada. Llegamos a la

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. SU214/16.

<sup>52</sup> La Sala Constitucional de Costa Rica explica lo siguiente en relación con el derecho de los minorías: “VII.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas.” Sentencia No. 13313-2010 dictada por Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del diez de agosto del dos mil diez.



conclusión de que en el campo de la educación pública de la doctrina de "separados pero iguales" no tiene lugar. Las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales"<sup>53</sup>

Por supuesto que lo resuelto en una corte extranjera no es vinculante para esta honorable Sala, sin embargo, nada impide que la lógica seguida en *Brown contra Board of Education* sea aplicada para el rechazo de este argumento. El suscrito considera que aplicarles a la población LGBT otra regulación, que no sea la que ya está contenida en las normas impugnadas del Código de Familia, es un argumento del tipo de "separados pero iguales", que lejos de contribuir en erradicar estigmas, los profundiza y genera divisiones aún mayores. La población LGBTI tiene el derecho que se le apliquen las mismas regulaciones que los heterosexuales<sup>54</sup>.

c. El supuesto riesgo que la homosexualidad puede enfermar a la familia.

*"La ignorancia y el prejuicio son las sirvientas de la propaganda. Nuestra misión, por lo tanto, es confrontar la ignorancia con el conocimiento, la intolerancia con la tolerancia y el aislamiento con la mano extendida de la generosidad. El racismo puede, debe y debe ser derrotado."* — Kofi Annan

Al respecto, uno de los intelectuales más importantes de nuestra época, Mario Vargas Llosa se ha referido a este conglomerado de argumentos que buscan usar a la Familia para combatir la igualdad de derechos: "Uno de los más utilizados ha sido el de que, con esta medida, se da un golpe de muerte a la familia. ¿Por qué? ¿De qué manera? ¿No podrán seguir casándose y teniendo hijos todas las parejas heterosexuales que quieran hacerlo? ¿Alguien, con motivo de esta nueva ley, va a forzar a alguien a no casarse o a casarse de manera distinta a la tradicional? Por el contrario, la ley, al permitir a las parejas gays contraer matrimonio y adoptar niños, va a inyectar una nueva vitalidad a una institución, la familia, que - ¿alguien no lo ha advertido todavía?- padece desde hace ya un buen tiempo una profunda crisis en la sociedad occidental, al extremo de que, contabilizando el número de divorcios que crece cada año y la multiplicación de parejas de hecho que rehúsan resueltamente pasar por el altar o por el registro civil, hay quienes le auguran una obsolescencia irremediable. La paradoja es que, probablemente, sólo entre los homosexuales, que, como todas las minorías perseguidas desean ardientemente salir del gueto en que la sociedad los ha confinado, despierta la familia esa ilusión y ese respeto que en un número muy grande de heterosexuales, sobre todo entre los jóvenes, parece haber perdido. Por eso, no hay ninguna ironía en decir -yo lo creo firmemente- que es muy posible que,

<sup>53</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>54</sup> Tal y como ha dicho, la Corte Constitucional de Colombia: "Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil inominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste." Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. 214-16.



*dentro de veinte o treinta años, las familias más estables las descubran las estadísticas entre los matrimonios gays.”<sup>55</sup>*

A lo anterior, le sumaría un argumento adicional, el ser miembro de la población LGBT no le quita el valor de persona al estar dentro de una familia, puesto que la población LGBT también son hijos, nietos, primos, hermanos y hasta en algunos casos son padres. El clamor de esta acción es poder ampliar esa categoría a estas minorías, al punto que pueda equipararse – equiparar, no superar- a la población heterosexual y poder llegar a ser cónyuge de alguien.

El segundo punto sobre estos argumentos, parte del prejuicio que la homosexualidad es una enfermedad contagiosa o algo similar y que puede propagarse. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas<sup>56</sup> hace un recuento<sup>57</sup> de la evolución científica que se ha tenido con respecto al tema de la atracción de personas del mismo sexo lo cual demuestra el estigma que el tema ha cargado por década. En este entender, cabe aclarar que desde inicios de la década de los noventas, se conmemora la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales por parte de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), lo que tuvo lugar el 17 de mayo de 1990, siendo este el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia (en inglés, International Day Against Homophobia and Transphobia, IDAHOT<sup>58</sup>). Al respecto, otra institución objetiva y con gran prestigio mundial, la Asociación Americana de Psicología, ha indicado que: “*La homosexualidad no es una enfermedad,*

<sup>55</sup> Vargas Llosa, M (2005). El Matrimonio Gay. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

<sup>56</sup> La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una ONG internacional con sede en Ginebra (Suiza). Fue creada en Berlín (Alemania) en el año 1952 de mano del jurista alemán Walter Linse, Presidente de la Asociación de Juristas Alemanes Libres. Su finalidad es proteger y promover los derechos humanos y el imperio de la ley. Está formada por 60 juristas veteranos, de todos los países del mundo y con representantes de todas las profesiones jurídicas. Incluye a jueces, abogados, profesores de derecho, asesores jurídicos, etc. Tiene 37 secciones nacionales y 45 organizaciones afiliadas en todo el mundo. La CIJ se adjudicó el primer Premio de Derechos Humanos del Consejo de Europa en 1980, el Premio de la Paz Wateler de la Fundación Carnegie en 1984, el Premio Erasmus de la Paremium Erasmianum Foundation en 1989 y el Premio de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 1993. La CIJ fue también designada en 1987 como Mensajero de la Paz de la Asamblea General de Naciones Unidas como parte de su Año Internacional de la Paz. La Comisión Internacional de Juristas tiene estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), el Consejo de Europa y la Unión Africana.

<sup>57</sup> Dicho recuento puede revisarse en las páginas 11- 15 del reporte: Comisión Internacional de Juristas (2009) “*Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesional no.4*”, disponible en: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>

<sup>58</sup> En el sitio web del IDAHOT DAY se puede encontrar más información: <http://dayagainsthomophobia.org/es/>



*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 anomalía que debe ser curada médicamente no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas*<sup>59</sup> de tal forma que es contrario a la ciencia afirmar que se trata de una enfermedad y deben rechazarse cualquier argumento que apunte a esta dirección<sup>60</sup>, sobre todo si se hace para minar la posibilidad que todos los ciudadanos accedan a derechos. En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido 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”*<sup>61</sup>

El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio. Es decir, no únicamente quienes contraen matrimonio forman parte de una familia. La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos amparan todo tipo de lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida común que no necesariamente se encuentra dentro de un matrimonio. Abrir la puerta a la justicia y permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio sólo permitirá mejorar la situación de parejas que ya forman parte de una familia, por cuanto tienen lazos estables que deben ser protegidos por el derecho. Esto ya ha sido señalado por la Corte Interamericana al establecer 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”*<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, párrafo 11

<sup>60</sup> Un posible contraargumento al respecto es que si se trata de una enfermedad por cuanto pueda ser “curada” por medio de un procedimiento de. En el 2009, la Asociación Americana de Psicología, adoptó una resolución declarando que los profesionales de la salud mental deben evitar decirle a los clientes que pueden cambiar su orientación sexual a través de terapias u otros tratamientos imposibilidad de utilizar terapia para cambiar la orientación sexual. Al respecto, la APA explica el reproche hacia las terapias de conversión: *“No, aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gay, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gay, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental.”* American Psychological Association (2009), idem

<sup>61</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 111.

<sup>62</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 142.



Finalmente, también conviene cerrar este apartado citando a Vargas Llosa, cuando refuta que haya ocurrido una degeneración sexual por medio de la promoción de un estilo de vida tan respetable como el heterosexual, dice el Nobel: *“Las apocalípticas profecías de que, si se permiten parejas homosexuales, la degeneración sexual cundirá por doquier ¿dónde ha ocurrido? Por el contrario, la libertad sexual, como la libertad política y la libertad cultural, garantiza esa paz que sólo resulta de la convivencia pacífica entre ideas, valores y costumbres diferentes. No hay nada que exacerbe tanto la vida sexual y llegue a descarriarla a extremos a veces vertiginosos como la represión y negación del sexo. Sacudida como está por los casos de pedofilia que la han afectado en casi todo el mundo, la Iglesia católica debería comprenderlo mejor que nadie y actuar en consecuencia frente a este asunto, es decir, de manera más moderna y tolerante.”*<sup>63</sup>

d. Supuesta a una modificación a una milenaria institución.

*“Estaban contra toda razón científica que dos personas apenas conocidas, sin parentesco alguno entre sí, con caracteres distintos, con culturas distintas, y hasta con sexos distintos, se vieran comprometidas de golpe a vivir juntas, a dormir en la misma cama, a compartir dos destinos que tal vez estuvieran determinados en sentidos divergentes.”* Gabriel García Márquez

Los argumentos de este tipo parten de un hecho falso: que el matrimonio ha sido una institución pétrea, inmodificable e inmutable desde su instauración. Sin embargo, la historia demuestra que se trata de una institución, que al ser fundamental para la sociedades, se ha ido adaptando<sup>64</sup> a las necesidades de los tiempos, lugares y circunstancias ha ido evolucionando a lo largo del tiempo.

Magistrados de otras jurisdicciones, ponen en relieve este derecho de contraer matrimonio: *“El 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 informado sobre la imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideren el matrimonio del mismo sexo sea malo llegar 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 personal sincera 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 puede 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*

<sup>63</sup> Vargas Llosa, M (2005). El Matrimonio Gay. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

<sup>64</sup> Ver las páginas 3- 7 de la opinión de la mayoría en el caso Obergerfell vs Hodges de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, disponible en inglés [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)



*personalidad negarles este derecho.”*<sup>65</sup> Como indicaron los magistrados que firmaron el voto mayoritario en Obergerfell contra Hodges: *“Lejos de tratar de devaluar el matrimonio, los peticionarios buscan por sí mismos debido a su respeto y necesidad por sus privilegios y responsabilidades. Y su naturaleza inmutable dicta que el matrimonio entre personas del mismo sexo es su único camino real a este profundo compromiso.”*<sup>66</sup>

Traigo la anterior cita a consideración de esta Sala, con todo el respeto a su criterio independiente, pero resulta ilustrativa y puede servir para llenar los vacíos jurisprudenciales que se saciarán con el dictado de esta sentencia. Ya que si algo se desprende de tan importante institución, es su carácter cambiante con el paso del tiempo, cuántos tipos de matrimonios no han existido, desde los matrimonios arreglados<sup>67</sup> o acordados que hago referencia con la cita del Premio Nobel de Literatura Gabriel García Márquez, hasta matrimonios donde la mujer era solamente un objeto más, hasta nuestras épocas donde el matrimonio ha evolucionado en la sociedad. Ahora bien, esto de ninguna manera es abrir las puertas a que se configuren otras ideas de relaciones diferentes al binomio de personas que configuran una pareja, puesto que lo que se busca es permitir acceso a la población LGBT de instituciones que el Estado ya ofrece (matrimonio y unión no matrimonial) y que deberían estar accesibles para todos.

En este sentido, tal y como expliqué en hace unos años en una columna de opinión para plantear un punto de vista alternativo e inclusivo a los conceptos tradicionales que se han propugnado sobre los derechos de los grupos minoritarios: *“Las verdaderas amenazas al matrimonio no se encuentran en el reconocimiento de derechos a grupos minoritarios, ni tampoco en permitir a que otro ser humano cuente con ceremonia digna para hacer una promesa de amor, y que ella cuente con reconocimiento legal. La amenaza se encuentra en la falta de honestidad, en la infidelidad, en la doble moral, en falta de compromiso de los cónyuges, y eso nada tiene que ver con la orientación sexual de otros grupos.”*<sup>68</sup>

e. Supuesta violación al fin último del matrimonio: la procreación.

<sup>65</sup> Caso Obergerfell vs Hodges de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, disponible en inglés: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

<sup>66</sup> caso Obergerfell vs Hodges de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, disponible en inglés: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

<sup>67</sup> Sobre los matrimonio arreglados, de alguna u otra forma la sentencia No. 16-2005 de esta honorable Sala Constitucional debe ser relacionada, por cuanto dicha sentencia erradicó la práctica –declarando inconstitucional el artículo 1059 del Código Civil- de prohibir que un heredero/legatario contrajera matrimonio con determinada persona. Esta Sala indicó: *“la determinación de formar una familia no puede ser objeto de intromisiones indebidas en la esfera de la libertad de un individuo por parte de ninguna otra persona, tanto respecto a la persona con quien se resuelva darle origen como respecto a la modalidad que la pareja decida utilizar para el efecto, pues sólo a los interesados en constituir esa nueva familia les corresponde la determinación de contraer matrimonio o abstenerse de ello y optar por la mera convivencia (...)”*

<sup>68</sup> Duarte, Herman (Jun, 2014).¿Tolerancia/Caridad u obligación legal? (Jun, 2014) El respeto al derecho de las minorías. El Diario de Hoy



*“Triste aquella época en la que es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”. Albert Einstein*

En relación con este tipo de argumentos, basta con rechazarlos con la simple mención que no es un requisito que una pareja sea fértil para poder contraer matrimonio, tal y como se desprende de la lectura del mismo Código de Familia y de la Constitución de El Salvador, de lo contrario, deberían existir causales de divorcio por factores de esterilidad o causas similares que impidan a una pareja tener hijos. Sobre este aspecto tan delicado, traigo lo dicho por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica: *“Sigue existiendo un acervo de pensamiento teológico que sostiene que el propósito básico de la relación sexual es la procreación y, por esta razón, también proscribela 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 estas actitudes cambiantes produzcan un cambio en las actitudes hacia la homosexualidad”*<sup>69</sup>

Todas las personas, con o sin capacidad para tener hijos, merecen respeto y tienen el derecho a formar familia (Art.34 Constitución) por medio del Matrimonio o de la unión no matrimonial.

f. Supuesta violación a los derechos de los menores a tener un papá y una mamá.

*“Nací de padres heterosexuales. Me enseñaron los maestros heterosexuales en una sociedad ferozmente heterosexual. Los anuncios de televisión y anuncios en periódicos - ferozmente heterosexual. Una sociedad que pone abajo la homosexualidad. Y ¿por qué estoy un homosexual si yo estoy afectado por los modelos de conducta? Debería haber sido un heterosexual. Y sin ánimo de ofender, pero si los maestros van a afectar a usted como modelos de conducta, que habría un montón de monjas corriendo por las calles hoy.”*  
Harvey Milk

La frase del activista de derechos humanos, Harvey Milk, esta nutrida de sabiduría popular que refleja lo evidente que es la respuesta en relación a los argumentos que un niño podría terminar siendo influenciado en su orientación sexual a raíz de lo que sus padres experimenten. Dice Vargas Llosa al respecto: *“Un prejuicio idéntico sostiene que los niños adoptados por parejas homosexuales sufrirán y tendrán una formación deficiente y anómala, ya que un niño para ser "normal" necesita un padre y una madre, no dos padres o dos madres. A esta afirmación dogmática y sin el menor sustento psicológico, ha respondido Edurne Uriarte de manera inmejorable: un niño lo que necesita es amor, no abstracciones. También padecen de una ceguera contumaz quienes no se han enterado de que, entre las parejas heterosexuales, cada día se descubren casos atroces de violencias ejercidas contra los niños, y, entre ellas, sinnúmero de abusos sexuales. Que los padres sean hetero u homosexuales no presupone de por sí nada; cada pareja es única y puede ser*

<sup>69</sup> Sentencia de 1995, Caso de S. c. H., párrafo 125A-B, citada por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, y Sentencia de 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 38 (original en inglés, traducción libre).



*admirable o tiránica, amorosa o cruel en lo que concierne a la educación de sus hijos. Y también en este campo cabe suponer que entre quienes han luchado tanto por poder adoptar niños, ahora que lo han adquirido, asumirán este derecho con ilusión y responsabilidad.”*<sup>70</sup>

Pero no solo activistas y premios Nobel se han referido al respecto, también La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con una sentencia vinculante para El Salvador, se ha referido expresamente a este asunto, rechazando todos esos argumentos al indicar: “*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. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.*”<sup>71</sup> En esa misma sentencia de la CIDH, vinculante para El Salvador, se rechazaron todos los argumentos que fueron planteados relativos a que esto podría llevar la discriminación a los menores por tener padres diferentes.

Como bien apuntó el Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges, lo que realmente daña los derechos de los niños, es que la unión de sus padres del mismo sexo, no tenga el mismo reconocimiento legal que el de parejas heterosexuales: “*Como todas las partes están de acuerdo, muchas parejas del mismo sexo proporcionan ama y de consolidación casas a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. ... Excluyendo las parejas del mismo sexo del matrimonio por lo tanto entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento, la estabilidad y la previsibilidad ofertas de matrimonio, 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. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de las parejas del mismo sexo.*”<sup>72</sup>

- g. Supuesto riesgo que los hijos de una familia homoparental serán abusados sexualmente.

*“No hay evidencia científica que respalde el temor de que estos niños sean abusados por sus padres gay o madres lesbianas, o por las amistades o personas conocidas de sus padres o madres que sean gay, lesbianas o bisexuales.”* Asociación Americana de Psicología<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Vargas Llosa, M (2005). El Matrimonio Gay. El País. Disponible en: [http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html)

<sup>71</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párrafo 110.

<sup>72</sup> La adopción de parejas homosexuales fue aprobada antes del matrimonio en los Estados Unidos de América. Razón por la cual Kennedy sostiene que la falta de reconocimiento al matrimonio de sus padres les hace danos a estos niños.

<sup>73</sup> American Psychological Association. (2012). *Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality*. Obtenido de <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>



Lejos de que exista un riesgo, entidades de renombre como la Asociación Americana de Psicología y la Academia Americana de Pediatría, promueve y apoya la constitución de familias homoparentales: “*La Asociación Americana de Psicoanálisis apoya la postura de que la consideración más importante en las decisiones sobre paternidad, incluidas la concepción, la educación, la adopción, las visitas y la guarda, es el mejor interés del menor. La evidencia acumulada sugiere que el mejor interés del menor requiere seguridad en el compromiso, educación y padres competentes. La evaluación de esas cualidades parentales en un individuo o pareja, debe hacerse sin prejuicios sobre la orientación sexual. Los individuos y parejas gays y lesbianas son capaces de procurar el mejor interés del menor y se les deben otorgar los mismos derechos y asumir las mismas responsabilidades que los padres heterosexuales. Con la adopción de esta declaración institucional, apoyamos los estudios de investigación que aumenten nuestros conocimientos sobre las repercusiones en el desarrollo de los niños tanto de la paternidad tradicional como de la homoparentalidad*”<sup>74</sup> Es necesario tomar en cuenta que tales afirmaciones, se hacen con el respaldo de al menos en los Estados Unidos de América

Lo que si debe estar claro es que existe una realidad, hay personas LGBT que tienen hijos y tienen pareja, estos niños – que existen y no se trata de una ficción de un cuento de terror- merecen protección de los prejuicios que surgen del conservadurismo extremo del mal llamado conservadurismo salvadoreño: “*Los niños que han nacido o han sido adoptados por un miembro de una pareja del mismo sexo merecen la seguridad de dos padres legalmente reconocidos. Por lo tanto, la Academia Americana de Pediatría apoya los esfuerzos legales y legislativos para dar la posibilidad de adopción al segundo padre en esas familias.*”<sup>75</sup> Existen tres décadas de respaldo que no existe riesgo alguno para los niños. Al respecto la Asociación Americana de Psiquiatría ha indicado: “*Numerosos estudios en las tres últimas décadas han demostrado consistentemente que los niños criados por padres gays o lesbianas muestran el mismo nivel de funcionamiento emocional, cognitivo, social y sexual que los niños criados por padres heterosexuales. La investigación indica que 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. La investigación demuestra también que los niños que tienen dos padres, independientemente de su orientación sexual, se desarrollan mejor que los niños que tienen un solo padre.*”<sup>76</sup> El verdadero y único riesgo surge de la discriminación que estarían sujetos estos niños por sus pares, pero evitarles y negarles sufrir esa faceta de la vida – que únicamente podrá cambiarse por medio del tiempo- es un daño mucho mayor que el de no darle reconocimiento a la unión de sus padres o madres.

Tal y como explica el psicólogo Fernández: “*La adopción por parte del segundo padre protege el derecho del niño de mantener sus relaciones con ambos padres. El reconocimiento legal otorgado por la adopción*

<sup>74</sup> Academia Americana de Pediatría (2002). Declaración institucional sobre homoparentalidad.

<sup>75</sup> Academia Americana de Pediatría (2002). Adopción por parte del copadre o segundo padre en padres del mismo sexo.

<sup>76</sup> Asociación Americana de Psiquiatría (2002). Adopción y copaternidad de niños por parejas del mismo sexo.



*del segundo padre proporciona los siguientes beneficios:*

*1- Garantiza tanto los derechos de custodia como las responsabilidades del segundo padre, en caso de fallecimiento o incapacitación del primer padre. Además, la adopción por parte del segundo padre protege el derecho del niño de relacionarse con ambos padres. Si no existe esta adopción del segundo padre, los familiares del padre legal, si éste fallece o es incapacitado, pueden subvertir los derechos del segundo padre de seguir viviendo con el niño, causándole la pérdida de ambos padres. para el resultado positivo de la separación o del divorcio de padres heterosexuales, debe protegerse también para las familias con padres gays o lesbianas.*

*2. Protege los derechos de custodia y de visita del segundo padre en caso de separación. Asimismo, si el derecho del niño de mantener relaciones con ambos padres tras una separación, es considerado importante para el resultado positivo de la separación o del divorcio de padres heterosexuales, debe protegerse también para las familias con padres gays o lesbianas.*

*3- Establece la obligación de ambos padres de ayudar al niño en caso de una posible separación.*

*4- Asegura la posibilidad del niño de acceder a los seguros de salud de ambos padres.*

*5- Proporciona la posibilidad legal de los padres para consentir ante instancias sanitarias, educativas, de tratamiento médico y otras importantes decisiones en interés del niño.*

*6- Pone las bases para la seguridad económica de los niños en el caso de fallecimiento de uno de los padres asegurándoles el acceso a todos sus derechos, como las pensiones de orfandad.”<sup>77</sup>*

Se trata pues, de un acto que vendría a reforzar los derechos de los menores en lugar de perjudicarlos.

La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de pronunciarse en 2012<sup>78</sup> sobre la discriminación sufrida por una jueza lesbiana en el proceso de tuición de sus hijas. En sus consideraciones, la Corte rechazó todos los argumentos sobre la supuesta afectación negativa de niños y niñas que conviven con padres homosexuales. Respondió haciendo suyas las consideraciones de la suprema Corte de Justicia de México en el sentido que: “*La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no*

<sup>77</sup> Portugal Fernández, R. Estudios sobre homoparentalidad: revisión científica y análisis metodológico. Federación Estatal LGBT de España. Disponible en: [www.felgtb.org](http://www.felgtb.org)

<sup>78</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie G, No. 239.



*tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”<sup>79</sup>.*

En el mismo sentido, sumando su opinión a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>80</sup>, la Corte Interamericana estableció que cuando se trata la custodia de menores de edad “*la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña*”. Más aún, consideró que existe una necesidad de “*aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales*”.

h. Supuesto que la población LGBTI no tiene interés en casar.

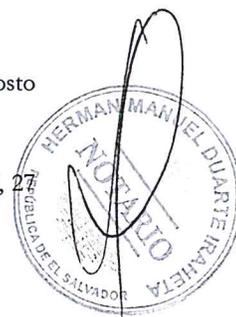
El primer artículo de nuestra Constitución, la norma suprema de nuestro Ordenamiento Jurídico, se vuelve relevante. El artículo comienza reconociendo a la “*persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado*” y sigue, en su inciso final, imponiendo una obligación al Estado de asegurar a todos sus habitantes “*el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.*”

De dicho artículo se desprenden dos conceptos. El primero, que el Estado se debe para todos, es decir, para la suma íntegra de sus partes, de tal manera que su actuar no se debe de forma exclusiva para un sector específico, y, como además se trata de un Estado Democrático de Derecho, tiene la obligación de velar por los derechos de todos los grupos minoritarios que componen a la sociedad. El segundo concepto que se desprende viene dado de la obligación del Estado en velar en que el conjunto que forma a la sociedad -de forma íntegra, no fraccionada-, tenga la posibilidad de gozar los derechos, siendo el individuo quien debe decidir ejercitar sus derechos o no. Por lo que la obligación del Estado deviene en garantizar que todos tengan esa posibilidad de ejercer un derecho, no la de intentar conocer las preferencias de todos sus habitantes.

De tal manera que cualquier especulación sobre los intereses de un grupo o no de casarse, son solamente eso: especulaciones. El Estado Salvadoreño tiene la obligación de permitir el acceso a sus instituciones reguladoras de la familia a todos sus habitantes, sin discriminar por razón de su orientación sexual, tal y como ocurre con la regulación actual del Código de Familia.

<sup>79</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338

<sup>80</sup> Cfr. T.E.D.H., Caso M. y C. Vs. Rumania, (No. 29032/04), Sentencia de 27 de septiembre de 2011. Final, 27 de diciembre de 2011, párr. 147



i. Supuesta violación a la libertad religiosa.

*“Penalizar a alguien por razón de su orientación sexual es como lo que solía pasarnos antes; que nos penalizaban por algo por lo que no podíamos hacer nada al respecto: nuestro origen étnico, nuestra raza. [...] Me parecería bastante inaceptable condenar y perseguir a una minoría que ya ha sido perseguida”.*  
Desmond Tutu, Premio Nobel de la Paz y Arzobispo anglicano<sup>81</sup>

El artículo 23 Código de Familia establece lo siguiente: El matrimonio que celebre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana con sujeción a las disposiciones de este Código, surtirá efectos civiles. Los Ministros que lo celebren quedan sujetos a las disposiciones del Capítulo IV de este Título en lo aplicable, para lo cual serán considerados funcionarios públicos. Este es una disposición que le da una prerrogativa a la Iglesia Católica por encima de los otros credos en nada<sup>82</sup> afectará, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnada, dicha prerrogativa. Ello por cuanto una persona que quiera casarse por las reglas de dicha Iglesia<sup>83</sup>, debe cumplir con los requisitos<sup>84</sup> que impone tal religión.

Lo que se pretende por medio de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, no es atacar a la religión con la que crecí y que mi familia práctica. Lo que se busca es generar esa fracción real para lograr un nivel mayor de laicidad<sup>85</sup> del Estado Salvadoreño, al punto que la

<sup>81</sup> Foro Social Mundial, 19 de marzo de 2007, Nairobi, Kenya (original en inglés, traducción libre).

<sup>82</sup> *“Por último, hay que subrayar que las religiones, y aquellos que se adhieren a las doctrinas religiosas, pueden continuar abogando con la máxima convicción, sincera que, por preceptos divinos, el matrimonio del mismo sexo no debe ser tolerada. La Primera Enmienda garantiza que las organizaciones religiosas y las personas se les da una protección adecuada, ya que buscan enseñar los principios que son tan plena y tan central en sus vidas y creencias, y para sus propias aspiraciones profundas para continuar con la estructura de la familia que han reverenciado por mucho tiempo. Lo mismo puede decirse de los que se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo por otras razones. A su vez, los que creen que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo es adecuado o incluso esencial, ya sea como una cuestión de convicción religiosa o de creencia secular, pueden participar aquellos que no están de acuerdo con su punto de vista en un debate abierto y la búsqueda. La Constitución, sin embargo, no permite al Estado de prohibir las parejas del mismo sexo del matrimonio en las mismas condiciones que se conceden a las parejas del sexo opuesto.”*Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges

<sup>83</sup> *“El matrimonio es sagrado para los que viven de sus religiones y ofrece cumplimiento única para aquellos que encuentran significado en el ámbito secular. Su dinámica permite que dos personas para encontrar una vida que no se podía encontrar por sí solo, para un matrimonio llega a ser mayor sólo las dos personas. El aumento de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras esperanzas más profundas y aspiraciones.”*Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges

<sup>84</sup> A manera de ejemplo, la Iglesia Presbiteriana de EEUU y la Iglesia Luterana de Suecia son dos religiones que aceptan el matrimonio gay.

<sup>85</sup> La laicidad es el requisito primero e irrevocable para que una sociedad pueda ser considerada como democrática, según el premio Nobel de literatura Mario Vargas Llosa. Vargas Llosa, M. (2012, 1ra edición) “La Civilización del Espectáculo” p.98.



institución matrimonio y la unión no matrimonial pueda aplicarse a todos los habitantes del país, sin ser objeto de injerencia de la Iglesia. La laicidad del Estado, es algo que esta honorable Sala ha reconocido: "el Estado tiene prohibido por mandato de la Constitución tomar decisiones o medidas que tengan una finalidad religiosa" (Inc.3-2008).

No existe un solo argumento técnico jurídico para rechazar la presente acción de inconstitucionalidad y en este contexto surge el eco de otro caso insignia y referente para los derechos humanos, E.B. Vs. Francia, el cuál indicó: “*donde la orientación sexual es un tema, hay una necesidad por razones particularmente convincentes y de peso para justificar una diferencia de trato*”<sup>86</sup>

j. La supuesta prohibición del artículo 33 de la Constitución Política

*“Los argumentos contra el matrimonio gay no resisten el menor análisis racional y se deshacen como telarañas cuando se los examina de cerca. En verdad, detrás de todos estos argumentos no hay razones, sino prejuicios inveterados, una repugnancia instintiva hacia quienes practican el amor de una manera que siglos de ignorancia, estupidez, oscurantismo dogmático y retorcidos fantasmas del inconsciente, han satanizado llamándolo "anormal.”*  
Mario Vargas Llosa, Premio Nobel de Literatura.

Opositores a subirse en el vagón del progreso social y de la inclusión de todos los sectores de la sociedad, probablemente se aferren a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución que indica: “*La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí 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 familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.*”

Es innegable que el contenido literal del artículo hace referencia a una unión establece de un varón y una mujer, pero la mención, no impide que se aprueba un matrimonio entre personas del mismo sexo. En primer lugar, el uso del nexos coordinante “y” da un significado completamente diferente a si en el texto se hubiera incluido un “entre”, de tal manera que es conforme a derecho interpretar que el Legislador Constituyente, **no adoptó una postura cerrada** en lo que respecta a las *relaciones familiares* ya que no condicionó la existencias únicamente a la unión establece *de la unión establece entre un varón y mujer*, sino que dejó la opción abierta.

Un segundo elemento a considerar, es que el artículo es meramente enunciativo, de tal manera que si el legislador hubiese querido hacer una exclusión lo hubiera hecho expresamente como en efecto lo ha hecho en diferentes secciones del texto supremo, tal y como ocurre con los artículos del capítulo I, sección primera 3, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 15, 17, 24, 27. Este argumento se

<sup>86</sup> C.E.D.H. Caso E.B. Vs. Francia, (No.43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 91.



refuerza aún más, cuando al revisar el capítulo II en el cual está ubicado el artículo 33 de la Constitución, también se desprende que existen prohibiciones expresas en otros artículos, tal y como ocurre en el artículo 36.

De tal forma que es claro que si el Constituyente hubiese querido cerrar toda posibilidad, hubiese utilizado otro tipo de lenguaje y en todo caso, tendría un texto prohibitivo y no uno amplio que permite interpretaciones evolutivas como la propuesta. Adicionalmente, desde una labor interpretativa, es reconocido universalmente que frente a dos posibles interpretaciones en conflicto, debe preferirse la interpretación menos restrictiva en lo que respecta a derechos constitucionales, de tal forma que debe primar la interpretación tendiente al matrimonio igualitario.

Esta Honorable Sala, puede encontrar calidez en la interpretación que esta representación esta respetuosamente sugiriendo, al cotejar lo indicado por otras Cortes en la región Latinoamericana que se han tenido que afrontar a esta difícil encrucijada entre consentir los caprichos represores y excluyentes de un sector tradicional y el de restablecer la dignidad lacerada a un grupo minoritario que ha sido humillado y vapuleado desde la fundación de la República. En este contexto, la Corte Constitucional Colombiana ha expresado lo siguiente: *“Aunque el Artículo 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 que 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 “iinclusiónunius est exclusio alterius”, 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 Plena 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.”*<sup>87</sup> Considerando lo anterior, dado que la Constitución 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 a que esta Sala haga una réplica del texto anteriormente descrito, para efectuar una interpretación sistemática evolutiva del texto supremo en aras al restablecimiento de la igualdad entre todos los salvadoreños.

<sup>87</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. 214/16. En el mismo sentido, la Sala Constitucional de Costa Rica mediante resolución N° 3435-92, de las 16:20 horas, del día 11 de noviembre de 1992, dispuso en relación con el inciso anterior que: *“en aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, “cuando en la legislación se utilicen los términos “hombre” o “mujer”, deberán entenderse como sinónimos al vocablo “persona”, y con ello eliminar toda posible discriminación “legal” por razón de género.”*



4. La crisis de violencia en contra la población LGBTI obliga tomar acciones inmediatas.

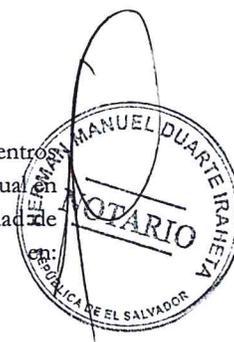
Esta representación postula que parte de la crisis de violencia hacia la población LGBTI surge del miedo y desconocimiento de lo que significa que una persona sea parte de la población LGBTI. Esta ignorancia, se alimenta de situaciones fácticas (como la prohibición de contraer matrimonio o la falta de reconocimiento de uniones no matrimoniales) que generan sesgos negativos en la mente de las personas, que vienen a confirmar que discriminar a las personas LGBTI es algo positivo. Es por ello, que considero que rectificar las normas impugnadas, de tal manera que se entiendan como inclusivas al punto que permitan el matrimonio/unión no matrimonial de personas del mismo sexo, contribuirá en limpiar algunos prejuicios servirán como un torniquete para detener la hemorragia que se pierde

Lo cierto es que la sociedad salvadoreña está llena de prejuicios y concepciones erradas acerca de las personas de la población LGBT al punto que llegan a acorralar a cientos de miles de compatriotas en la posición que deban ocultar su sexualidad, vivir en la clandestinidad sobre este aspecto o bien dejarlos a la deriva de expresiones de odio y desprecio. El Salvador, en este sentido, se encuentra en la obligación de tomar acciones para que esos prejuicios y concepciones sean erradicados. Al respecto, esto se logrará por medio de una serie de actos concatenados, con efectos paulatinos a lo largo del tiempo. En este contexto, destaco lo señalado por la APA sobre las dificultades que enfrenta la población LGBT: *“A nivel personal, dichos prejuicios y discriminación también pueden tener consecuencias negativas, especialmente si las personas lesbianas, gay y bisexuales intentan ocultar o negar su orientación sexual. Aunque muchas lesbianas y hombres gay aprenden a enfrentar el estigma social relacionado con la homosexualidad, este patrón de prejuicio puede tener graves efectos negativos sobre la salud y el bienestar. Las personas y grupos pueden ver el impacto del estigma reducido o aumentado por otras características tales como la raza, el origen étnico, la religión o una discapacidad. Algunas personas lesbianas, gay y bisexuales pueden enfrentar un estigma menor. Para otros, la raza, el sexo, la religión, la discapacidad u otras características pueden exacerbar el impacto negativo de los prejuicios y de la discriminación.”*<sup>88</sup> Si bien es cierto que el estudio en referencia fue efectuado en Estado Unidos, sus resultados son extrapolables a El Salvador en cuanto no es ningún secreto que las personas LGBTI en están sujetas a ser juzgadas por prejuicios de las mayorías y por ende a sufrir discriminación de todo tipo.

Estudios internacionales y nacionales<sup>89</sup> demuestran que la violencia, tanto física como emocional, se encuentra relacionada con la homofobia, el odio irracional a otra persona en

<sup>88</sup> American Psychological Association, *idem*.

<sup>89</sup>UNESCO (2016). La violencia homofóbica y transfóbica en el ámbito escolar en Latinoamérica: hacia centros educativos inclusivos y seguros; Clínica Legal de Derechos Humanos Internacionales (2012). Diversidad Sexual en El Salvador: un informe sobre la situación de los derechos humanos de la comunidad LGBT. Universidad de California, Berkeley, Facultad de Derecho. Disponible



razón de una orientación sexual diferente a la heterosexual. Esto lo traigo a mención, como un factor objetivo adicional que oriente la brújula de este caso al norte de la justicia universal que permita

Estos crímenes, tal y como se desprende del estudio de los reportes y del análisis de los hechos constitutivos de delitos –que en su mayoría quedan en impunidad- ocurren por el odio visceral que existe hacia lo diferente, lo desconocido y lo libre. Traigo esta realidad a mención, por cuanto es un factor que debe –con todo respeto- esta Honorable Sala tomar a consideración para que cese de correr sangre de personas inocentes cuyo único delito ha sido nacer con una orientación sexual diferente. Esta medida de inconstitucional, servirá como el torniquete que detiene la hemorragia, constituyendo un gran primer paso, para la reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI que han sido pisoteados desde los inicios de la República de El Salvador.

Lo anterior, por cuanto la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnadas detalladas en la sección I de la presente demanda, apoyaran a normalizar y despojar de tabús a la sociedad y creará las condiciones iniciales para la apertura de mentes en El Salvador<sup>90</sup>.

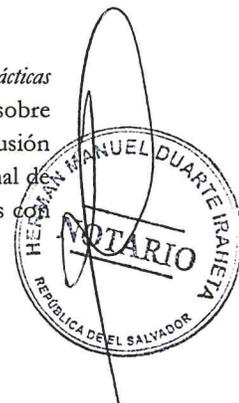
##### 5. Efectos de la declaratoria

El efecto principal e inmediato es el reconocimiento de los derechos y deberes del matrimonio y de la unión no matrimonial a parejas del mismo género. Lo cual significa el primer paso para restablecer deudas pendientes y saldar las heridas emocionales de miles de salvadoreños que han vivido en las penumbras por miedo al rechazo y estigma, la decisión de sala Constitucional

---

[https://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/LGBT\\_Report\\_Spanish\\_Final\\_120705.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/LGBT_Report_Spanish_Final_120705.pdf); Dirección de Diversidad Sexual de la Secretaría de Inclusión Social (2012). Consulta Nacional sobre realidades LGBTI en El Salvador, disponible en: <http://amate.org.sv/doc/Consulta%20Nacional%20sobre%20realidades%20LGBTI%20en%20El%20Salvador.PDF>; Diferentes organizaciones LGBTI (2013). Informe para la Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de violencia contra la población de mujeres trans en El Salvador. Disponible en: <http://www.pasca.org/userfiles/ES%20Informe%20CIDH%20trans%202013.pdf>; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. situación de violencia que estigmatiza a la población LGBT en el continente Americano. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciaPersonaslgBti.pdf>; El Faro (25 enero 2016). Las muertes invisibles de las mujeres y los hombres trans. Disponible en: [http://www.elfaro.net/es/201601/el\\_salvador/17819/Las-muertes-invisibles-de-las-mujeres-y-los-hombres-trans.htm](http://www.elfaro.net/es/201601/el_salvador/17819/Las-muertes-invisibles-de-las-mujeres-y-los-hombres-trans.htm).

<sup>90</sup> “la percepción de la población no es del todo positiva cuando se trata de personas LGBT, esto se traduce en prácticas discriminatorias hacia este colectivo a pesar de avanzar en el reconocimiento de sus Derechos.” Consulta Nacional sobre realidades LGBTI en El Salvador efectuada por la Dirección de Diversidad Sexual de la Secretaría de Inclusión Social, Pág.7. Asimismo, en la investigación dirigida por CIPAC denominada: “Homo/lesbo-fobia en personal de salud de Costa Rica, Honduras, Nicaragua” deja en evidencia la discriminación que se vive incluso en países con mayor apertura a la diversidad sexual.



puede hacer historia y puede reivindicar un sector de la población que ha estado relegado, tal y como lo reconoció esta Sala en el año 2004: *“En 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 todo lo anteriormente 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.”*<sup>91</sup>

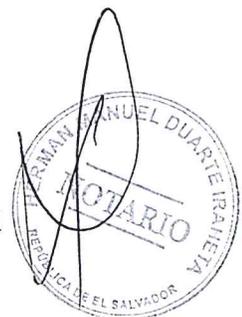
## V. PRETENSIONES

Con el debido respeto solicito que esta Honorable Sala de lo Constitucional:

1. Admita la presente demanda y le dé el trámite que legalmente corresponda.
2. Declare que las normas impugnadas, Art. 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia, son contrarias al Ordenamiento Jurídico por violar los derechos detallados en la sección II de este memorial.
  - a. Que las normas impugnadas restringen los derechos de un sector de la población de una manera discriminatoria y contraria a derecho.
3. Que el derecho al matrimonio/unión no matrimonial es un derecho que debe estar accesible para todas las personas, sin importar su orientación sexual.
4. Que se interprete que la definición de las normas impugnadas de tal manera que no impida a que personas del mismo sexo contraigan un matrimonio o se les reconozca una unión de hecho.
  - a. Que se interprete que las normas impugnadas, en los artículos 11 y 118 del Código de Familia, debe leerse en donde se indica “un hombre y una mujer” como “entre dos personas”.
5. Que se declare inconstitucional y se expulse del ordenamiento jurídico la prohibición discriminatoria del artículo 14.6 del Código de Familia.
6. Que se declare inconstitucional y se expulse del ordenamiento jurídico la causal de nulidad absoluta del matrimonio discriminatoria contenida en el artículo 90.3 del Código de Familia.

---

<sup>91</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador No.18-2004 dictada el nueve de diciembre de dos mil nueve.



VI. NOTIFICACIONES



San Salvador, 11 de noviembre del 2016

  
HERMAN DUARTE IRAHETA

Lic. HERMAN MANUEL DUARTE IRAHETA  
A B O G A D O



**SALA DE LO CONSTITUCIONAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
REPÚBLICA DE EL SALVADOR**

EXPEDIENTE: 184-2016

DEMANDA POR LA IGUALDAD

---

**Ampliación de la demanda**  
**SOLICITUD URGENTE DE MEDIDA CAUTELAR**

HERMAN DUARTE IRAHETA



Honorables Magistrados

---

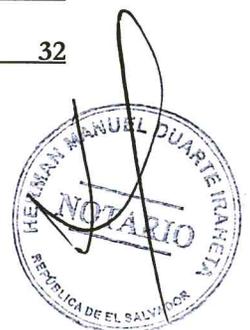
<sup>1</sup> Master en derecho (LLM) en arbitraje internacional comercial por la Universidad de Estocolmo, Suecia. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios, El Salvador. Autorizado para ejercer la abogacía en las Repúblicas de El Salvador y Costa Rica. Asociado en el departamento de resolución de disputas de Batalla Salto Luna y columnista de La Prensa Gráfica.

SALA CONSTITUCIONAL  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Distinguidos Magistrados:

Yo, HERMAN DUARTE IRAHETA, salvadoreño, mayor de edad, [REDACTED] abogado en El Salvador y en Costa Rica, con el debido respeto, amplio la acción de inconstitucionalidad que presenté el pasado 11 de noviembre del 2016 en contra los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia (en adelante “**Demanda por la Igualdad**”), a fin de incluir el decreto de reforma Constitucional (en adelante “**Normativa Impugnada**”) que busca prohibir expresamente y anular los derechos de la población LGBT. Esta ampliación cuenta con la siguiente estructura:

I. <u>NORMATIVA IMPUGNADA ADICIONAL</u>	3
II. <u>DERECHOS VIOLADOS ADICIONALES</u>	4
III. <u>FUNDAMENTO JURÍDICO ADICIONAL</u>	4
IV. <u>ARGUMENTOS JURÍDICOS ADICIONALES</u>	5
1. <u>LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO PARTE ESENCIAL DE LA DIGNIDAD HUMANA.</u>	5
2. <u>LA RESTRICCIÓN CONTENIDA EN LA NORMAS IMPUGNADAS ES DISCRIMINATORIA.</u>	5
3. <u>POSIBLES ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.</u>	5
4. <u>LA CRISIS DE VIOLENCIA EN CONTRA LA POBLACIÓN LGBTI OBLIGA TOMAR ACCIONES INMEDIATAS.</u>	5
5. <u>EFFECTOS DE LA DECLARATORIA</u>	5
6. <u>LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINADORA ES INCONSTITUCIONAL</u>	5
A. EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL	5
B. LA COMPETENCIA DE SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA EFECTUAR UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINATORIA.	8
C. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINATORIA ES INCONSTITUCIONAL.	9
D. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINATORIA ACARREA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO SALVADOREÑO.	19
7. <u>CHOQUE DE DERECHOS VIOLADOS CON LA NORMATIVA IMPUGNADA</u>	19
V. <u>EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINADORA DEBE SUSPENDERSE DURANTE EL TIEMPO QUE DURE ESTE PROCESO</u>	29
VI. <u>PRETENSIONES</u>	30
VII. <u>NOTIFICACIONES</u>	32



## I. NORMATIVA IMPUGNADA ADICIONAL

PRIMERO: El 11 de noviembre del 2016 presenté una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia los cuales restringen, en forma discriminatoria, que personas del mismo sexo puedan acceder a las instituciones que ofrece el estado para regular las relaciones entre dos personas: uniones matrimoniales y no matrimoniales (en adelante, “**La Demanda por la Igualdad**”).

SEGUNDO: La Asamblea Legislativa conformada para el periodo legislativo 2012-2015 adoptó una reforma constitucional denominada: “Acuerdo de reforma Constitucional No. 2” el 16 de abril del 2015 y publicado en el Diario Oficial No.76, Tomo 407 del 29 de abril del 2015 (en adelante “**La reforma constitucional discriminadora**”), por medio del cual modifica los artículos 32, 33 y 34 de la Constitución de la República.

El texto de dicho acuerdo indica lo siguiente:

*“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”*

TERCERO: El día 15 de noviembre del 2016, el grupo parlamentario ARENA presentó una moción a fin que se ratifique **la reforma constitucional discriminadora**.

Lo anteriormente descrito, obliga al suscrito a **ampliar la demanda** a fin de incluir y someter al control de constitucionalidad que ejercer el defensor del sistema democrático – LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL- a **la reforma constitucional discriminadora**. La anterior ampliación la hago con base al hecho que la demanda aún se encuentra en la etapa de estudio preliminar y con base a los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley de procedimientos Constitucionales, en relación con el artículo 280 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual aplica para aspectos procedimentales, como normativa procesal general, ante el silencio de la LPrCn.

De tal manera que el término **normativa impugnada** utilizado en la **Demanda por la Igualdad**, comprende la impugnación contra los artículos 11, 14.6, 90.3 y 118 del Código de Familia y a **la reforma constitucional discriminadora** que corresponde al “Acuerdo de reforma Constitucional No. 2” el 16 de abril del 2015 y publicado en el Diario Oficial No.76, Tomo 407 del 29 de abril del 2015.

## II. DERECHOS VIOLADOS ADICIONALES

En adición al repertorio de derechos indicados en la sección II de la **Demanda por la Igualdad** adiciono el derecho 13 que la normativa impugnada vulnera:

13. El derecho fundamental a la seguridad jurídica que proviene d un Estado Constitucional de Derecho el cual respeta los compromisos y obligaciones internacionalmente adquiridos en tratados de Derechos humanos. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República y en en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

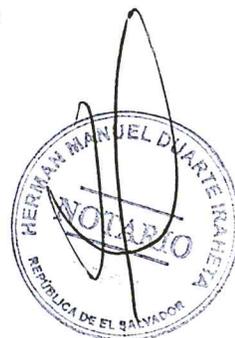
## III. FUNDAMENTO JURÍDICO ADICIONAL

Se reiteran los fundamentos jurídicos expuestos en la “Demanda por la Igualdad” y se adicionan los siguientes artículos:

Art. 248 de la Constitución Política

Art.1 (Obligación de respetar los derechos.) de la Convención Americana,

Art. 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana,



Art. 12 (Libertad de conciencia y de religión) de la Convención Americana,

Art. 13 (Libertad de pensamiento y expresión) de la Convención Americana .

#### IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS ADICIONALES

La “Demanda por la Igualdad” fue elaborada con la siguiente estructura, la cual reitero y debe entenderse como parte integral de esta ampliación de la demanda. Por motivos de orden, enuncio los encabezados de cada sección y únicamente desarrollaré los dos nuevos apartados identificados con el punto 6 y 7.

1. La orientación sexual como parte esencial de la dignidad humana.
2. La restricción contenida en la normas impugnadas es discriminatoria.
3. Posibles argumentos en contra de la declaratoria de inconstitucionalidad.
4. La crisis de violencia en contra la población LGBTI obliga tomar acciones inmediatas.
5. Efectos de la declaratoria
6. La reforma constitucional discriminadora es inconstitucional

- a. El proceso de reforma constitucional

El artículo 86 de la Constitución establece que el poder reside en el pueblo<sup>2</sup>. Es decir que el soberano de una nación, es la sociedad que lo compone, pues es el pueblo quien detenta el poder originario<sup>3</sup>. Ese poder originario, de forma libre y voluntaria, se traslada a una Asamblea Constituyente para que se organice todo un sistema de organización de una sociedad configurando los lineamientos básicos del ordenamiento jurídico. En el caso de El Salvador, fue en el año de 1983 cuando la Asamblea Constituyente promulgó la Constitución que es el origen de todas las normas vigentes en El Salvador.

<sup>2</sup> Sobre los componentes del Estado, recomiendo: Tinetti, A y otros (1998). Manual de derecho constitucional. Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, Tomo II, p.605-621.

<sup>3</sup> “...diferencia del poder constituyente, el Legislativo tiene atribuido un poder constituido. El poder constituyente es la potestad originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que emite la Constitución para la organización y funcionamiento de la Comunidad política y jurídica, pudiendo crearla o suprimirla. Esta potestad es la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico. En cuanto potestad originaria, el poder constituyente no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente, sino que emana directamente del cuerpo político de la sociedad. Se trata de un poder prejurídico que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a fundar su orden jurídico. El poder constituyente originario es la fuente de todo Derecho positivo. Es un poder que opera al margen del Estado, por lo que tiene un carácter extrajurídico institucional.” Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.



El Constituyente del 83<sup>4</sup> decidió que el mandato del supremo – el **pueblo**- era que se erigiera un sistema republicano, democrático y representativo (Art.85 Cn). Un sistema como el seleccionado, implica que existen tres poderes fundamentales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial; Art.86 Cn), cada uno con diferentes funciones, con obligaciones de coordinar entre ellos y con un diseño de un sistema de pesos y contrapesos<sup>5</sup> (*checks and balances*) diseñados para frenar cualquier abuso de poder. Todo lo anterior, bajo una esencia democrática lo cual implica que existe una verdadera separación entre Estado y la Iglesia Católica, así como un profundo respeto de las minorías. Este elemento de la configuración del Estado salvadoreño, es tan importante, que el constituyente se aseguró que nadie pueda reformarlo (*cláusulas pétreas*) por medio del procedimiento de reformas constitucionales que establece el artículo 248 de la Constitución.

El citado artículo establece literalmente lo siguiente:

*“Art. 248.- La reforma de esta Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos.*

*Para que tal reforma pueda decretarse 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.*

*La reforma únicamente puede ser propuesta por los Diputados en un número no menor de diez.*

*No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República.”*

En el artículo 248 de la Constitución, el Constituyente reguló la esencia de cómo llevar a cabo un proceso de reforma constitucional<sup>6</sup>. Así vemos que definió que la Asamblea Legislativa, uno de los tres órganos fundamentales del Estado, sería el ente encargado para efectuar reformas constitucionales. Para ello, estableció que se tendría que efectuar la reforma en dos períodos legislativos sucesivos, a fin que la primera de la Asamblea aprueba una reforma constitucional y la configuración de la Asamblea posterior sea la que tenga el poder de ratificar o rechazar el decreto de reforma.

<sup>4</sup> Sobre la historia constitucional, recomiendo revisar: Departamento de Estudios Legales (Marzo, 2009). Reformas a la Constitución y las cláusulas pétreas. Fusades, Boletín 99.

<sup>5</sup> Sobre el sistema de pesos y contrapesos, Tinetti, A y otros (1998). Manual de derecho constitucional. Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, Tomo I, p.262-303.

<sup>6</sup> Sobre la reforma constitucional y su proceso, también ver: Tinetti, A y otros (1998). Manual de derecho constitucional. Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia, Tomo I, p.161-208.



La ideación de este sistema de reformas constitucionales, obedece a la necesidad que puede existir de adaptar en el texto de la Constitución de una manera ágil, sin tener que llamar a una constituyente. En el mismo texto, también se desprende la esencia del sistema democrático de pesos y contrapesos, al establecer límites al poder constituyente derivado <sup>7</sup> que le otorga a la Asamblea Legislativa.

Esta honorable Sala en la sentencia 7-2012 explica con gran detalle el proceso de reforma constitucional. De dicha sentencia extraigo las siguientes 6 etapas:

*“ a. Iniciativa para la reforma de la Constitución.*

*La iniciativa es la fase primigenia del proceso de reforma constitucional, la cual se atribuye exclusivamente a los diputados electos de la Asamblea Legislativa en un número no menor de diez (art. 248 inc. 3° Cn.).*

*b. Fase de diálogo y deliberación pública en la adopción del decreto por el que se acuerda la reforma a la Constitución.*

*Producida la iniciativa, la Asamblea Legislativa está obligada a discutir el texto de la propuesta con independencia de la decisión que en definitiva adopte: de aprobación a la reforma o de rechazo a la misma. Esta fase del procedimiento no está prevista expresamente en el art. 248 Cn.; sin embargo, a partir de la interpretación sistemática de dicha disposición constitucional en relación con el art. 135 inc. 1° Cn., se concluye que, antes de su aprobación, el proyecto del acuerdo de reforma constitucional debe ser discutido.*

*c. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se reforma la Constitución.*

*Cuando ha sido lo suficientemente discutida (o cuando menos se ha posibilitado su discusión), la propuesta del decreto de reforma constitucional debe ser sometida a una votación.*

*d. Fase informativa de la reforma constitucional.*

*En ese sentido, como el sistema adoptado por nuestra Constitución para la reforma de su texto es el de la deliberación y aprobación por parte de dos Asambleas Legislativas sucesivas, esto es, que entre una y otra*

---

<sup>7</sup> “ Por su parte, el poder constituyente derivado (o "constituyente constituido", "de reforma", o "poder de revisión") es un poder constituido, esto es, un poder creado y regulado por la Constitución, que tiene limitaciones formales y materiales. En ejercicio del poder de reforma constitucional, la Asamblea Legislativa no puede cambiar totalmente la Constitución; ni puede cambiarla parcialmente, fuera del procedimiento y de los límites impuestos por el art. 248 Cn. Esto permite mantener la continuidad jurídica del ordenamiento constitucional, no efectuando una ruptura que, de suceder, entrañaría el ejercicio de un nuevo poder constituyente originario que solo puede ejercerse legítimamente con base en una participación y expresión democrática activa del cuerpo político de la sociedad. Como poder instituido, la Asamblea Legislativa está, así, sometida a la Constitución —que establece jurídicamente sus límites— y por ello mismo sus actos pueden ser objeto de control de constitucionalidad por esta Sala. En este sentido, el art. 248 Cn. constituye la norma sobre la producción del texto constitucional que está dirigida exclusivamente a la Asamblea Legislativa y establece los límites que debe respetar cuando reforma la Constitución.” Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.



*conformación legislativa media una celebración de elecciones de Diputados, esta etapa adquiere un evidente significado referendario: el cuerpo electoral se podrá pronunciar sobre el tema al elegir a la nueva Asamblea Legislativa que, en su caso, decidirá la ratificación de la reforma constitucional.*

*e. Fase de diálogo y deliberación pública para la adopción del decreto en el que se decide ratificar el acuerdo de reforma constitucional.*

*Al igual que la prevista para el acuerdo inicial de reforma de la Constitución, esta fase pretende materializar el pluralismo ideológico que caracteriza a la Asamblea Legislativa. ningún. Diputado ni grupo parlamentario legislativo es depositario de la "verdad", sino que, al contrario, esta solo puede alcanzarse a través de la discusión y el encuentro de posiciones diversas (sentencia de 20-VII-1999, Inc.-5-99).*

*f. Fase de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo de reforma constitucional.*

*Un punto previo que debe aclararse en relación con esta fase es 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 subsiguiente a la de aquella que la acordó; así lo establece el art. 248 inc. 2° Cn. En consecuencia, ninguna otra legislatura puede emitir el acuerdo de ratificación si no es la "inmediata posterior". Si la segunda asamblea no lo ratifica, el decreto acordado por la anterior queda sin efecto.*

*g. Publicación del acuerdo de ratificación de reforma de la Constitución.”<sup>8</sup>*

Con tal contexto en mente, **la reforma constitucional discriminadora**, está a punto de pasar a la quinta etapa, el proceso de aprobación del decreto legislativo mediante el cual se ratifica el acuerdo constitucional, para posterior a ello proseguir a la etapa final de publicación de la reforma. Esta representación considera esta situación como sumamente grave para el Estado Constitucional de Derecho, no solo por venir a degradar –aún más– los derechos de la población LGBT, sino que también atenta contra el sistema democrático que constituyó el soberano del 83, sin dejar a un lado que dicho acto puede llegar al extremo de abrir un caso de responsabilidad internacional del Estado y de los funcionarios que promueven la ruptura del orden constitucional, tal y como y se expone *infra*.

- b. La competencia de Sala de lo Constitucional para efectuar un control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional discriminatoria.

Como manifestación del principio de separación de poderes, a fin de preservar la integridad y esencia del Estado Constitucional de Derecho, existe la garantía que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene competencia suficiente para efectuar un control de constitucionalidad a cualquier reforma constitucional, sin que la **reforma**

<sup>8</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.



**constitucional discriminadora**, sea una excepción. Así lo ha asentado la misma Sala: *“Pero en el proceso de inconstitucionalidad el control no puede ejercerse exclusivamente sobre las fuentes del Derecho que el art. 183 Cn. establece de modo expreso, es decir, solo sobre “leyes, decretos y reglamentos”. Mediante su jurisprudencia, esta Sala ha ido ampliando el catálogo de actuaciones que son susceptibles de ser controladas a partir de las disposiciones constitucionales, tales como los actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución —actos subjetivos públicos— y que pudieran afectar su contenido (línea jurisprudencial que se retrotrae a la resolución de 3-XI-1997, Inc. 6-93). ... es el control que puede ejercerse sobre un decreto legislativo que acuerda la reforma del texto constitucional. Para realizar el examen sobre dicho decreto no es condición necesaria su vigencia dentro del ordenamiento jurídico, dada la naturaleza sui generis del decreto legislativo de aprobación, cuya eficacia y efectos dependen de su ratificación por la siguiente legislatura.”*<sup>9</sup>

Los reclamos contra una reforma constitucional tendrán que enmarcarse a una falta de apego al procedimiento formal regulado en el artículo 248 (reclamo formal) o por una violación en aspectos de fondo, como por ejemplo, reformar aspectos que se han indicado que es prohibido (reclamo material). Esta representación considera que la **reforma constitucional discriminadora**, adolece de vicios de inconstitucionalidad tan graves que atenta contra la fundación misma del Estado.

c. La **reforma constitucional discriminatoria** es inconstitucional.

i. La reforma constitucional discriminatoria atenta contra las normas pétreas de la Constitución.

El inciso 4 del Art. 248 de la Constitución establece que: *“No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno.”* Esta representación considera que la **reforma constitucional discriminadora** viola la forma y sistema de gobierno del Estado Salvadoreño, es por ello que conviene explicar en qué consisten dichos conceptos y luego aterrizar a la violación en concreto. Vale la pena recordar, que este memorial de ampliación de la **Demanda por la Igualdad**, debe tenerse por incorporado todas las secciones de dicha demanda, las cuales no están siendo reiteradas por motivos de practicidad, pero que deben tenerse como incluidos.

Hecha la anterior salvedad, ¿Qué significa la forma y sistema de Gobierno? La jurisprudencia de esta honorable Sala otorga la respuesta: *“Así, el Título III de la Ley Suprema se denomina “El Estado, su forma de gobierno y sistema político” y en los arts. 87 inc. 1º y 88 Cn. se repite la enunciación conjunta de ambas categorías para referirse precisamente a otro de los instrumentos de defensa de la Constitución. Igualmente, la expresión “sistema político” (y no “sistema de gobierno”) se utiliza en el art. 85 Cn. De esta forma, la constancia terminológica prescribe que la atribución de significado al enunciado “la forma y sistema de gobierno” debe tener presente la distinción entre “forma de gobierno” y “sistema político” que*

<sup>9</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.



*encontramos en las otras disposiciones constitucionales...De acuerdo con esto, 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 aquí en sentido amplio, como el aparato orgánico de gestión del Estado al 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 (sentencia de 26-VII-2000, Inc. 16-99).<sup>10</sup>*

Mientras que 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."*<sup>11</sup>

Definido lo anterior, es importante recordar que toda la actividad estatal se debe al servicio de la persona humana, pues el constituyente, en ejercicio de su poder originario, diseñó un Estado en donde centró a la persona humana como el centro de su actividad (preámbulo y Art. 1 de la Constitución: *"...dignidad como origen su contenido está integrado esencialmente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado y los derechos fundamentales derivados de esa condición (ej., sentencias de 14-II-1997 y 23-X-2013, Incs. 15-96 y 7-2012, respectivamente)."*<sup>12</sup>

En esta concepción del sistema y forma de gobierno, también es mandatorio recordar el carácter democrático del Estado Salvadoreño: *"y en particular de los derechos fundamentales no pueden entenderse limitadas al texto del documento constitucional sino que también implican el sistema de valores y principios que las tradiciones del constitucionalismo liberal, social y contemporáneo han derivado de la **dignidad humana y del principio democrático**, asumido por la Ley Suprema y que inspira, como parte de su trasfondo, las disposiciones de dicho texto"* (sentencia de Inc. 15-96)<sup>13</sup>

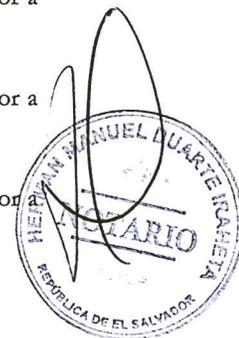
La anterior construcción jurídica conlleva a que será inconstitucional aquella acción del

<sup>10</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>11</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>12</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>13</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.



legislador que por medio de leyes o reformas constitucionales, en la que pretenda suprimir o desmejorar un derecho –en lugar de potenciar su progresividad: "... Cuando un derecho fundamental es interpretado y desarrollado por la jurisprudencia el legislador no puede suprimirlo o desmejorarlo, 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 o debilita 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. ”<sup>14</sup> Esta máxima constitucional, nos deja claro que existe la posibilidad que una reforma constitucional sea, en efecto, inconstitucional tal y como ocurre con **la reforma constitucional discriminatoria**.

En la sección IV.1 y IV.2 de la **demanda por la igualdad** se establecen los fundamentos de cómo la orientación sexual es parte esencial de la dignidad humana y como esa dignidad –centro de toda actividad humana- se ve lacerada por la imposibilidad de acceder a instituciones vitales (matrimonio y unión no matrimonial; Art. 11 y 118 del Código de Familia) para la realización de la persona por medio de una vida en pareja que cuente con reconocimiento legal.

La interpretación constitucional, que otorga una mayor amplitud a la cobertura de la cláusula de igualdad (Art.3 Cn) corresponde a la sentencia 18-2004 que explica que: “En 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 todo lo anteriormente 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.”<sup>15</sup>

Al punto que al igual que ocurre en el caso de las normas impugnadas del Código de Familia, la reforma constitucional discriminatoria, al limitar que solo las personas de género opuesto puedan optar a la protección que ofrecen las figuras del matrimonio y/o de la unión no matrimonial, resulta en una regulación que es denigrante a la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente, por cuanto ello deviene, en una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, al grado que al

<sup>14</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>15</sup> Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador No.18-2004 dictada el nueve de diciembre de dos mil nueve.



menos 26 derechos le son privados a este conjunto de la población:

1. DERECHO A CASARSE.
2. DERECHO AL DIVORCIO.
3. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE.
4. DERECHO A LAS VISITAS HOSPITALARIAS.
5. DERECHO A TOMAR LA ÚLTIMA DECISIÓN EN ASPECTOS RELACIONADOS A LA SALUD DEL CÓNYUGE.
6. DERECHOS DE ADOPCIÓN.
7. DERECHOS DE PATERNIDAD.
8. DERECHOS DE CUSTODIA DE MENORES.
9. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE Y EL HIJO.
10. DERECHOS DE PENSIÓN DE VEJEZ CON LOS HIJOS.
11. DERECHO A SER HEREDERO.
12. DERECHO A RECIBIR PROTECCIONES ANTE UN DIVORCIO.
13. DERECHOS MIGRATORIOS.
14. DERECHO DE SEGURO DE ENFERMEDAD.
15. DERECHOS A VACACIONES POR MATERNIDAD, ENFERMEDAD DEL CÓNYUGE O POR LUNA DE MIEL
16. DERECHO A RECIBIR PENSIONES DEL CÓNYUGE EN DETERMINADOS CASOS.
17. DERECHO A RECIBIR BENEFICIOS DE SEGURO SOCIAL.
18. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE GÉNERO.
19. DERECHO A PRESENTAR IMPUESTOS CONJUNTOS.
20. DERECHO A LA INMUNIDAD DE DECLARAR CONTRA EL CÓNYUGE EN PROCESOS PENALES.
21. DERECHO A LA CONTINUACIÓN DE SEGURO DE SALUD DE COBERTURA.
22. LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE VIVIENDA.
23. DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN Y LA LIBRE ASOCIACIÓN.
24. DERECHO AL ACCESO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE LA FAMILIA.
25. DERECHO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
26. DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA.

El texto de la **reforma constitucional discriminatoria**, además de incurrir en los vicios de la normativa impugnada del código de familia detallados en la sección IV.1, IV.2 y IV.3 de la **demanda por la igualdad**, se asegura de prohibir: (i) el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo (agregando un derecho más a la lista que bloquearía); (ii) limitado de manera expresa el derecho a formar una familia por medio de la institución de la adopción; (iii) llegando al extremo de la intolerancia de con las personas que no se sienten identificadas con su género, al utilizar frases como “*así nacidos*”, bloqueando la



posibilidad que personas que cambien de genero puedan incluso llegar a casarse.

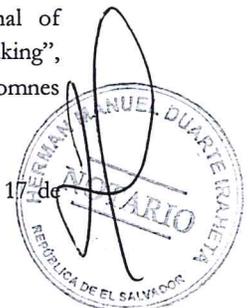
Dado que no hay ningún elemento objetivo que justifique esa monstruosidad, no cabe lugar a dudas que se trata de una regulación que únicamente ha sido diseñada con el fin de discriminar a un minoritario grupo de la población. Al respecto, cabe recordar que la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido enfática en indicar que no es posible discriminar por razones de orientación sexual: “*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*”<sup>16</sup>.

Y que el principio de no discriminación forma parte de las normas de jus cogens<sup>17</sup>, tal y como lo indicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos “*El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.*”<sup>18</sup>. Es decir, que las **normas impugnadas** del Código de Familia (Art.11 y 118) que definen el matrimonio y la unión no matrimonial de forma limitativa; así como las **normas impugnadas** del Código de Familia (Art. 14.6 y 90.3)

<sup>16</sup> Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 83.

<sup>17</sup> La Corte Internacional de Justicia, sobre las normas de jus cogens, indicó lo siguiente: “Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado (...). Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), op. cit. (note 41), p. 32, para. 33. Sobre la concepción y conceptualización de Jus Cogens, recomendando ver: A. Verdross, “Jus dispositivum and jus cogens in international law”, American Journal of International Law, Vol. 60, 1966, pp. 55-63; M. Virally, “Réflexions sur le jus cogens”, AFDI, Vol. XII, 1966, pp. 5-29; E. Suy, “The concept of jus cogens in public international law”, in Lagonissi Conference on International Law, Geneva, 1967, pp. 17-77; K. Marek, “Contribution à l'étude du jus cogens en droit international”, in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1968, pp. 426-459; A. Gomez Robledo, “Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions”, RCADI, 1981, III, pp. 9-217; L. Alexidze, “Legal nature of jus cogens in contemporary international law”, ibid., pp. 223-268; G. Gaja “Jus cogens beyond the Vienna Convention”, ibid., pp. 271-316. See also: R. St. J. Macdonald, “Fundamental norms in contemporary international law”, Canadian Yearbook of International Law, Vol. XXV, 1987, pp. 115-149; G.A. Christenson, “Jus cogens: Guarding interests fundamental to international society”, Virginia Journal of International Law, Vol. 28, 1988, pp. 585-628; G.M. Danilenko, “International jus cogens: Issues of law-making”, European Journal of International Law, Vol. 2, 1991, pp. 42-65; C. Annacker, “The legal régime of erga omnes obligations in international law”, Austrian Journal of Public International Law, Vol. 46, 1994, pp. 131-166.

<sup>18</sup> Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269.



que prohíben y anulan los matrimonios del mismo sexo; así como **la reforma constitucional discriminadora**, violan el principio de igualdad y no discriminación, al agregar a la orientación sexual como causa posible para negar el acceso a instituciones civiles a un particular. Esto es sumamente grave, por cuanto se llega a una violación sistemática de normas de *jus cogens*, por cuanto impide que una parte de la población acceda a dos instituciones (matrimonio y unión no matrimonial) por el simple hecho de tener una orientación sexual diferente.

Este concepto de *jus cogens* fue definido por primera vez en el artículo 53 del Tratado de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados, según el cual: "*una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*"

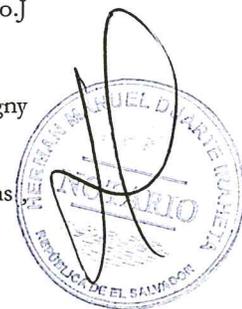
La importancia del respeto a las normas de *jus cogens* es de tal magnitud que es algo que concierne a todos los Estados. Así lo ha dicho la Corte Internacional de Justicia<sup>19</sup>: "*Deberá establecerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que le incumban respecto de otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones erga omnes. Estas obligaciones derivan, por ejemplo en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial.*"<sup>20</sup>

La importancia de las normas *jus cogens* es tan grande para el correcto desenvolvimiento del mundo que incluso son aplicables a El Salvador, sin necesidad de haber ratificado tratado internacional alguno, es decir que las normas *jus cogens* son realmente paladines del orden público internacional. Lo anterior, también lo explica el ente judicial más importante del mundo, la Corte Internacional de Justicia: "*Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario.*"<sup>21</sup>

<sup>19</sup> La Corte Internacional de Justicia (CIJ, también llamada Tribunal Internacional de Justicia) es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945, en La Haya, Países Bajos siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional. .Es una vergüenza que nuestro país este promoviendo violar normas de *jus cogens* cuando dentro de nuestras preesas se encuentra el hecho que el salvadoreño Dr. José Gustavo Guerrero, fue el primer presidente de la Corte Internacional de Justicia (1946-1949). Sobre la vida del más importante jurista que ha tenido El Salvador, recomiendo leer el libro: Arevalo.J (2011). El Salvadoreño que Trascendió las Fronteras.

<sup>20</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), ICJ Reports 1970, p. 32, párr. 33.

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit. (nota 6), p. 257, párr. 79.



No es posible llegar a otra conclusión que las **normas impugnadas** del Código de Familia y **reforma constitucional discriminadora** a todas luces deja en evidencia una segregación sexual – similar a la racial que ocurrió en Sudáfrica – donde la población LGBT se deberá conformar con ser ciudadanos de una categoría inferior, que no puede acceder a Instituciones públicamente ofrecidas por el Estado, a raíz que el Estado no los considera dignos. Lo cual implica una contradicción en la esencia misma de la actividad estatal, ya que el Estado, no puede denigrar a la persona humana. Esta postura se respalda con las disposición constitucional que ni siquiera en los casos de crímenes más horrendos, se pueden aplicar penas que atenten la dignidad del hombre (Art. 27 de la Cn).

La situación que la **reforma constitucional discriminadora** pondría a miles de personas que conforman la minoría LGBT, implicaría una medida política que va en contra de la concepción *pro homine* que el Consituyente del 83 determinó que la República de El Salvador tendría: “*Una de las principales obligaciones que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales genera para los poderes públicos es la obligación de no regresividad. Este principio impone a los poderes públicos la prohibición de adoptar medidas políticas y, por consiguiente, de sancionar disposiciones jurídicas que desmejoren desproporcionadamente la situación actual de los derechos fundamentales.*”<sup>22</sup> Es en este sentido, el suscrito quien sirve de megáfono de miles de oprimidos, le solicita a esta Honorable Sala Constitucional que detenga de una vez por todas tanta burla y acoso a la dignidad de las personas LGBT.

La **reforma constitucional discriminadora** también viola a las normas pétreas, por cuanto interfiere en la laicidad del sistema democrático bajo el cual el Estado ha sido diseñado. Tal y como explicó la Sala: “*Cualquier medida política o normativa deliberadamente regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente con referencia a la totalidad de los derechos fundamentales. Pero para ello debe tenerse presente que no se puede interpretar la Constitución en el sentido de autorizar la anulación, supresión o el empeoramiento del goce o ejercicio de los derechos que ella consagra o su limitación más allá de lo que ella permite. El principio pro homine así lo impone.*”<sup>23</sup>

Lo anterior, por cuanto existe sobrada evidencia que la **reforma constitucional discriminadora** no es fruto de un estudio pausado, con bases científicas, análisis costo beneficio desde un punto de vista del análisis económico del derecho<sup>24</sup>, en el que se pudiera

<sup>22</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>23</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>24</sup> Al respecto, recomiendo revisar el trabajo del abogado de Yale, Alfredo Bullard, quién se ha erigido como una institución en el tema del análisis económico del derecho en América Latina, ver: Bullard. A (2006). Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra.



decir que han sido tomada en cuenta todas las posturas de las partes interesada. Lejos de un debate serio y razonablemente esperado en un Estado Laico como el Salvadoreño, existen declaraciones de diputados<sup>25</sup> que expresamente han dicho que legislan con base al sagrado libro de la Biblia y en nombre de Dios. Como formado en la fe católica, graduado de un colegio Opus Dei, no me queda más que decir que es cierto que Dios es una fuerza divina llena de amor y misericordia, y que la Biblia es un libro lleno de sabiduría y esencial para el buen vivir. Pero como abogado de la República, debo hacer un llamado a cumplir lo que el Constituyente configuró y ha sido claro el Estado salvadoreño es democrático y por ende laico. Por lo tanto, al ser un Estado Laico (en contraste con un estado que se rige bajo un sistema en que se mezcla la religión, como los Estados que optaron por formar su ordenamiento jurídico bajo la respetable bandera del *Sharia* o ley islámica) no puede existir una injerencia de ninguna religión para determinar cuáles instituciones podrán ser accedidos por un sector de la población. Si el Estado ofrece matrimonios y uniones no matrimoniales (Art. 11 y 118 del Código de Familia) entonces el Estado debe asegurarse que TODOS sus habitantes, sin importar que sean gays o lesbianas, en aplicación al artículo 1 y 3 de la Constitución de la República, así como la jurisprudencia constitucional relacionada (Sentencia 18-2004). Esto implica que se configura OTRO vicio de fondo de la **reforma constitucional discriminadora**.

Lo anterior, **reforma constitucional discriminadora**, irónicamente daña a la libertad religiosa por cuanto estaría tomando en cuenta únicamente una tan sola religión – sin considerar por ejemplo, la religión anglicana, la luterana, entre muchas otras- que pueden tener otra opinión al respecto. Por el contrario, rechazar – por ser inconstitucional- la **reforma constitucional discriminadora**, en nada afectará esa bella expresión personal que es la fe, tal y como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.”<sup>26</sup>

Es por estas razones de fondo, que una reforma constitucional como la propuesta es que es discriminatoria y contradice normas esenciales de la Constitución y el orden público internacional.

<sup>25</sup> Aguilar, J (28 febrero 2012). Derecha legislativa acuerda tratar de amoldar la Constitución a lo que dice la Biblia. El Faro. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201202/noticias/7755/Derecha-legislativa-acuerda-tratar-de-amoldar-la-Constitución-a-lo-que-dice-la-Biblia.htm>

<sup>26</sup> Sentencia del 5 de febrero del 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”



ii. La reforma constitucional discriminatoria viola la obligación adquirida por el Estado Salvadoreño por ser parte de la Convención Americana.

Otro elemento a considerar por esta honorable Corte es el hecho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en que los Estados deben cumplir con la obligación establecida en el artículo 2 del Pacto de San José, el cual establece el vinculante compromiso en adoptar disposiciones que permitan cumplir la letra e interpretación jurisprudencial de dicho tratado internacional.

En el caso de la Corte Interamericana, denominado “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile<sup>27</sup>, el organismo supranacional tuvo la oportunidad de referirse a la obligación del Artículo 2 de la Convención al indicar lo siguiente: “85. *La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías...* 87. (...) *La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.*”<sup>28</sup>

En dicho caso, la Corte consideró que las medidas tomadas por el Estado Chileno habían demorado demasiado tiempo para poder ser consideradas como un cumplimiento de la obligación del Artículo 2 de la Convención Americana: 89. (...). *La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”...* 90. *En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los*

<sup>27</sup> El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado debido a la censura judicial impuesta a la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” por parte del Consejo de Calificación Cinematográfica.

<sup>28</sup> Sentencia del 5 de febrero del 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”



*artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”*<sup>29</sup>

Lo destacable es que el objeto de control, era también una reforma constitucional, lo cual deja claro que la CIDH tiene un amplio campo de acción para sancionar a Estados que buscan meterse a las profundas y pantanosas aguas de la discriminación y restricción de derechos. Otro caso ilustrativo del poder de la CIDH para remediar injusticias, lo vemos en el Caso Gelman Vs. Uruguay<sup>30</sup>, el cual llega al extremo de eliminar leyes de amnistía que han sometidas a un proceso de ratificación con el pueblo: “P.226. *En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1 y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos*

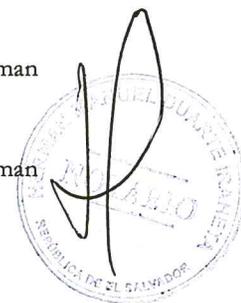
*P.227. En especial, las leyes de amnistías afectan el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos al impedir que los familiares de las víctimas sean oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención Americana y violan el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento precisamente por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo el artículo 1.1 de la Convención.”*<sup>31</sup>

Es decir que el Estado Salvadoreño estaría violentando, además de las normas pétreas, a las obligaciones internacionales adquiridas por la suscripción del Pacto de San José, puesto ¿De qué manera podría decirse que se estaría cumpliendo el contenido de la sentencia caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile? Este caso versó sobre la discriminación que sufrieron una mujer por ser lesbiana (y estar viviendo en pareja) y perder la custodia de sus hijas, ya he indicado que el texto de la **reforma constitucional discriminatoria** prohíbe de forma expresa la adopción por parejas del mismo sexo. Sin dejar a un lado de que no existe manera que pueda justificarse que las prohibiciones expresas a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo contenidas en la normativa impugnada del Código de Familia (Art.14.6 y 90.3) así como en la **reforma constitucional discriminatoria** puedan ser calzadas de alguna forma a la

<sup>29</sup> Sentencia del 5 de febrero del 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”

<sup>30</sup> Sentencia del 24 de febrero del 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman Vs. Uruguay”

<sup>31</sup> Sentencia del 24 de febrero del 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman Vs. Uruguay”



prohibición de discriminación y de cumplir con la igualdad de toda persona que profesa el artículo 3 de dicha convención.

- d. La reforma constitucional discriminatoria acarrea responsabilidad internacional al Estado Salvadoreño.

La CIDH ha tenido la oportunidad de exponer las razones por la cual puede existir responsabilidad estatal: *“72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”*<sup>32</sup>

Esto solamente quiere decir que adoptar la **reforma constitucional discriminadora** y en caso de no cambiar las limitantes y prohibiciones de las **normas impugnadas del Código familia**, el Estado Salvadoreño estaría en la puerta para la responsabilidad internacional del Estado por violación a normas de *jus cogens*.

#### 7. Choque de derechos violados con la normativa impugnada

Con el único fin de evitar que la presente **Demanda por la Igualdad** sufra la misma suerte que el intento plasmado la resolución de improcedencia planteada en el expediente 151-2016 dictada por esta Sala Constitucional en la cual se indicó la importancia de efectuar un contraste de normas, por motivos prácticos, transcribo cada uno de los derechos fundamentales que a consideración del suscrito son violados por la **normativa impugnada** y efectúo, con base los argumentos planteados en **La Demanda por la Igualdad** y su ampliación un contraste de cada uno de los derechos que alego que se violan con las leyes y la reforma constitucional que son objeto del control de constitucionalidad.

Para fines prácticos, he agrupado la normativa impugnada en tres categorías:

1. Los artículos 11 y 118 del Código de Familia dentro de la categoría que denomino: **Normativa impugnada de carácter discriminativo.**
2. Mientras que los artículos 14.6 y 90.3 dentro de la categoría **normativa impugnada de carácter prohibitivo**

<sup>32</sup> Sentencia del 5 de febrero del 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”



3. Dado el carácter regresivo de las **reformas constitucionales discriminadoras** dentro de la categoría de **normativa contraria a principios esenciales de la humanidad**.

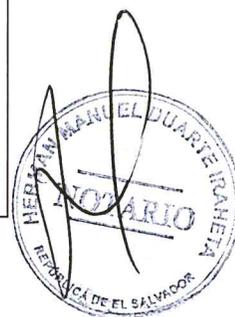
DERECHO VIOLADO POR LA NORMATIVA IMPUGNADA	NORMATIVA IMPUGNADA DE CARÁCTER DISCRIMINATIVO.	NORMATIVA IMPUGNADA DE CARÁCTER PROHIBITIVO	NORMATIVA CONTRARIA A PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA HUMANIDAD.
<p>1. Derecho de igualdad en comparación con las personas que tiene una orientación sexual heterosexual. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.3 de la Constitución de la República y en lo artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue ratificada por El Salvador el 23 de junio de 1978.</p>	<p>El choque ocurre dado que no existe ninguna justificación objetiva para que se rechace el acceso a dos personas del mismo sexo a que accedan a institución del matrimonio y la unión no matrimonial. El Estado debe poner a disposición de todas las instituciones que ofrece. Todas las personas son iguales ante la ley y esto debe respetarse y asegurarse que la Constitución coincida con la práctica. La Sala de lo Constitucional es la esperanza para remediar esta desigualdad material por medio de una interpretación constitucional que permita comprender las parejas del mismo sexo.</p>	<p>Al prohibir matrimonios y uniones no matrimoniales por personas del mismo sexo, se está violentando el derecho de igualdad de estas personas en acceder a una institución. Mientras que considerar la unión de personas del mismo sexo como una causal de nulidad del matrimonio/unión no matrimonial, deja claro que las personas con orientación sexual diferente no son iguales ante la Ley. Razón por la cual deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.</p>	<p>Por otro lado, la <b>reforma constitucional discriminadora</b>, deja en evidencia que el Estado únicamente estaría en servicio de un grupo mayoritario, rompiendo la igualdad entre todos los miembros de la población. Sin dejar a un lado que por el simple hecho de ser de una orientación sexual diferente, implica que no recibirá un trato igualitario. Esto es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.</p>



<p>2. Derecho a la intimidad y privacidad personal por cuanto impide el desarrollo del plan de vida de cada persona al restringir que personas del mismo sexo puedan elevar su intimidad a un nivel superior y consagrarlo por medio de la figura del matrimonio/unión no matrimonial. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República y el artículo 11 de la Convención Americana.</p>	<p>La vulneración radica en que no permite el libre desarrollo de la intimidad y privacidad de las personas de la comunidad LGBT. El Estado debe facilitar las condiciones para que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos en plano de igualdad. El estado debe remediar esta situación por medio de la interpretación constitucional que facilite que todos sus habitantes puedan desarrollar plenamente estos dos derechos fundamentales</p>	<p>La agravante en este caso es incluso más grave, por cuanto denigra la intimidad y privacidad de los individuos por medio de prohibiciones y nulidades, lo cual es contrario al principio humanista –núcleo de la constitución– razón por la cual deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.</p>	<p><b>La reforma constitucional discriminadora,</b> le resultan aplicables ambos comentarios por ser una mezcla de ambas disposiciones. Por lo que debe expulsarse del ordenamiento jurídico. Un aspecto particular a considerar es que ataca la intimidad y privacidad de las personas que se sienten que su género no coincide con su identidad sexual, ya que la reforma raya con el punto de indicar que solo puede ser matrimonio las uniones entre hombre y mujer “así nacidos”, excluyendo los casos de personas que se someten a cambio de sexo. El individuo es tan libre que puede hacer con su cuerpo lo que le plazca, el Estado no tiene injerencia alguna en ello, y su única obligación el garantizar el respeto de los derechos de esta persona. Este es otra manifestación</p>
---	--	---	---



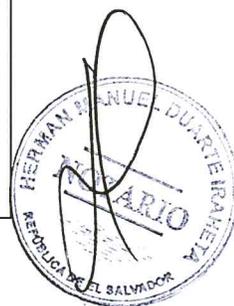
			de lo inconstitucional que es esta reforma.
3. Derecho a libertad que se ve coartado en su manifestación de impedir al individuo la búsqueda y realización de su desarrollo personal en la dimensión de vida en pareja por la restricción injustificada que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. Asimismo, se viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República.	El matrimonio/unión no matrimonial debe ser de libre acceso a todas las personas a fin que puedan caminar sobre el trazo de vida con absoluta libertad. La Sala de lo Constitucional está en la facultad de levantar esos límites que han sido impuestos de forma discriminatoria para que todos puedan libremente decidir las opciones para regular su convivencia en pareja. No existe libertad, sin opciones. En El Salvador las parejas del mismo sexo no tienen opciones que sea dignas, puesto que regular las relaciones por medio de contratos mercantiles es una falta de respeto a la unión afectiva entre personas del mismo sexo.	Las prohibiciones y las nulidades se suponen que deben ser únicamente para casos excepcionales, sobre todo cuando se compromete un derecho fundamental de la trascendencia como es la libertad. La Sala se ha expresado que la libertad, después del derecho a la vida, es uno de los derechos fundamentales más importantes para el desarrollo de la persona humana, por lo que la restricción discriminatoria al acceso de instituciones que ofrece el Estado, sin duda alguna impide el cumplimiento del derecho de la libertad, razón por la cual deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.	<b>La reforma constitucional discriminadora,</b> pretende limitar la libertad desde el texto de la norma suprema. Esto es algo que la Sala debe impedir por cuanto no existe un tan solo fundamento en el expediente de la reforma constitucional que sostenga la imposición de tan grave restricción. Por lo cual debe aplicarse una expulsión del ordenamiento jurídico.
4. Derecho a la asociación, en el sentido que existe un impedimento sin justificación para que una persona pueda	Existe una limitante a la asociación por cuanto se vuelve incompleta al no contar con el respaldo jurídico del Estado.	Existe una degradación de la dignidad humana a raíz de la existencia de la prohibición y de la causal de	El derecho de asociación se limita aún más a circunscribirlo únicamente a hombre y mujer, lo



<p>celebrar una asociación libre y legalmente reconocida como es la unión matrimonial, así como es la unión no matrimonial. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.7 de la Constitución de la República</p>		<p>nulidad que impide a las personas del mismo sexo asociarse como parejas, contando con el respaldo legal del Estado.</p>	<p>cual deja por fuera una minoría del goce y disfrute de la protección jurídica que ofrece el Estado por medio de la institución como el matrimonio.</p>
<p>5. Derecho a la justicia social la cual se ve lacerada por la división entre ciudadanos de primera categoría y ciudadanos de segunda categoría, las cuales se ven creadas por medio de la injustificada restricción para que un grupo determinado de ciudadanos puedan acceder a determinados actos (matrimonio y unión no matrimonial) para cumplir con sus planes de vida. Este derecho se encuentra reconocido en el en el Art.1 de la Constitución de la República.</p>	<p>Íntimamente relacionado con el derecho de igualdad, se encuentra el derecho a obtener una reivindicación de la situación jurídica de la cual se la ha privado el acceso a la población LGBT. El Estado salvadoreño debe reivindicar el estigma que las mayorías tienen frente a este grupo, es la obligación del Estado el de ir reduciendo esos prejuicios por medio de campañas y garantizando el goce de los derechos a todos los ciudadanos. El impedir que un grupo determinado pueda tener acceso a las instituciones estatales es perpetuar el sufrimiento y la</p>	<p>La prohibición y nulidad impugnada vienen a degradar y fragmentar la calidad de ciudadanos de las personas LGBT al colocarlos dentro de una categoría inferior. Esto es contrario al principio de igualdad, dignidad de la persona humana y al mismo forma democrática del Gobierno, razón por la cual deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.</p>	<p>La reforma constitucional discriminadora no tiene cabida en un ordenamiento jurídico como el salvadoreño, por cuanto permitirlo significaría la constitucionalización de la desigualdad, de la discriminación, de la segmentación de clases de personas institucionalizando un <i>apartheid</i> contra las personasl LGBT. Instaurar esa reforma conllevará responsabilidad internacional del Estado. Es una fortuna que el sistema de pesos y contrapesos, pueda detenerlo por medio de la expulsión del ordenamiento</p>



<p>12. Por ir en contra del carácter democrático del Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la normativa impugnada pasa por encima de los derechos de las minorías LGBTI, parte esencial de una democracia. Éste derecho se encuentra reconocido en el Preámbulo y en el Art.85 de la Constitución de la República.</p>	<p>condición de desigual ante la Ley, lo cual, no tiene cabida en la Ley Suprema y Tratados Internacionales. En este sentido, Sala Constitucional debe reivindicar los derechos de las personas LGBT y encaminarlos a lograr la justicia social de la que la Sala es consciente que sufren (Amparo 18-2004) al punto que se les permita acceder a las instituciones de matrimonio y unión no matrimonial.</p>		<p>jurídico de dicha propuesta.</p>
<p>6. Derecho a la seguridad jurídica, el cual deviene como una consecuencia de la violación del derecho de igualdad, ya que no se tienen claros los alcances que la norma tiene, dotando a los ciudadanos que forman parte de las minorías LGBT de una inseguridad jurídica ya que por un lado se les reconoce igualdad pero por el otro, se les niegan derechos. Este derecho se encuentra</p>	<p>El Salvador ha suscrito una gran cantidad de tratados internacionales en los cuales se establecen normas y principios tendientes a la progresividad de los derechos humanos. El derecho a la certeza que tales documentos son aplicables en el país, no está siendo permitido por cuanto existen limitantes y restricciones discriminatoras en razón de la orientación sexual, que impiden el acceso a una institución. Esto</p>	<p>La prohibición y causal de nulidad, viola la seguridad jurídica por cuanto contradice las normas de la Constitución y Tratados internacionales que indican que todas las personas son iguales ante la Ley y que se proscriba cualquier tipo de discriminación. Al igual manera, afecta la seguridad jurídica el hecho que se irrespetan las líneas jurisprudenciales nacionales e</p>	<p>El derecho a la seguridad jurídica es afectado de igual forma por las razones expuestas, pero con la agravante que al ahora estar consignado expresamente que se prohíbe determinado tipo de relaciones en la Constitución, existe una confusión adicional que agrava y complica aún más alcanzar ese ideal constitucional. Dado las consecuencias que tiene, es necesario declarar inconstitucional la</p>



<p>reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República.</p> <p>13. El derecho fundamental a la seguridad jurídica que proviene d un Estado Constitucional de Derecho el cual respeta los compromisos y obligaciones internacionalmente adquiridos en tratados de Derechos humanos. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.1 de la Constitución de la República y en en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>	<p>implica que se le solicite a esta Sala que corrija dicha situación, a fin que exista una verdadera concreción del derecho a la seguridad jurídica.</p>	<p>internacionales que prohíben la discriminación por razón de orientación sexual. En este sentido debe declararse inconstitucional la norma por violación a la seguridad jurídica.</p>	<p><b>reforma constitucional discriminadora propuesta.</b></p>
<p>7. Derecho a la dignidad de la persona humana, ya que por medio de la diferenciación, clasificación y segregación de un sector de la población (LGBTI) se atenta contra la integridad personal y se envía un mensaje</p>	<p>Se ha explicado que toda persona tiene dignidad y que uno de los componentes de esta es la orientación sexual. También se ha señalado que toda orientación sexual es completamente aplaudible y válida, razón por la cual no existe un tan solo</p>	<p>En sintonía con tal argumento, las líneas jurisprudenciales dominantes nacionales que han sido expuestas, de la mano con la jurisprudencia vinculante de la CIDH, ordenan la expulsión de las normas que</p>	<p>Los argumentos expuestos son completamente aplicables a esta reforma, con la adición e inclusión que la identidad de genero también es un elemento esencial de la dignidad de la persona humana, por lo que la prohibición</p>



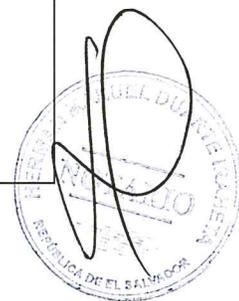
<p>negativo al resto de la población – incluido aquellos que se encuentran en la lucha interna para aceptar su destino como miembros de la comunidad LGBTI- que la vida de los miembros de la comunidad LGBTI no es tan digna, como sí lo es la vida de la población heterosexual. Este derecho se encuentra reconocido en el preámbulo y el Art.10 de la Constitución de la República.</p>	<p>fundamento para denigrar y restringir el acceso a un grupo o segmento de la población con una orientación sexual diferente a la de la mayoría. Esto significa que la Sala de lo Constitucional, en ejercicio de su poder de interpretación de normas conforme a la Constitución, puede incluir el binomio de parejas del mismo sexo como parejas que obtendrán reconocimiento del matrimonio y de unión no matrimonial.</p>	<p>prohíben y además declaran nulo una unión de personas del mismo sexo. Ese tipo de normas no solamente humilla la imagen de la pareja del mismo, sino que también entra dentro de la categoría de un trato inhumano por hacer sentir a esas personas como inferiores, por el simple hecho de haber nacido con una orientación sexual diferente.</p>	<p>contenida de “así nacidos” se hace en perjuicio de las personas que cambian su sexo, una decisión tan personal y tan digna, que merece ser protegida.</p>
<p>8. Derecho a ser protegido en la conservación y defensa de los derechos, reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República.</p> <p>11. Derecho a la tutela por parte del Estado, por cuanto el Estado Constitucional y Democrático de El Salvador está constituido por todos y se encuentra</p>	<p>Al impedir que personas del mismo sexo puedan acceder a instituciones que ofrece el matrimonio, se violan derechos de igualdad de trato, a no ser discriminado, a la asociación, libertad y seguridad jurídica por cuanto se desprotege y no se defienden tales derechos. Razón por la cual se solicita que Sala Constitucional remedie esa situación.</p>	<p>Con la prohibición y nulidad se entra en una categoría de reducción de derechos en lugar de conservarlos, lo cual es contrario al derecho fundamental lesionado. Es por este entender que se solicita la expulsión de tales normas del ordenamiento jurídico.</p>	<p>Las dos argumentaciones previamente mencionadas son enteramente aplicables. Con la agravante que se crea una contradicción dentro de la misma Constitución ya que se está desprotegiendo a un sector de la población, que ya estaba marginado, para posicionarlo en una posición aún inferior.</p>



<p>al servicio para todos, incluyendo la población LGBTI. De tal manera que el Estado debe velar para que el conjunto que forma a la sociedad -de forma íntegra y no fraccionada, tenga la posibilidad de gozar los derechos, siendo cada persona en particular (y no el Estado, u otra persona) la que debe decidir ejercitar sus derechos o no. Este derecho se encuentra reconocido en el Art.2 de la Constitución de la República.</p>			
<p>9. Derecho a la propiedad, en el sentido que las parejas del mismo sexo no tienen una regulación del patrimonio que cada uno y en conjunto consigan en el período que sean pareja, el matrimonio y unión no matrimonial, da acceso a esa regulación y protección que injusta y</p>	<p>Al ser imposible el acceso para las personas del mismo sexo a instituciones que el Estado ofrece en los artículos 11 y 118, estas parejas quedan desvalidos para obtener una protección a sus derechos patrimoniales, los cuales si bien no son todos los derechos que se adquieren con el matrimonio, si resultan particularmente importantes. Razón</p>	<p>La prohibición y la nulidad consignadas bloquean el acceso a las protecciones adicionales que se le otorga a una unión con el reconocimiento legal del Estado.</p>	<p>Nuevamente, esta inconstitucionalidad genera grietas en la coherencia que pretende tener un sistema <i>pro homine</i> por cuanto impide un nuevo derecho fundamental a personas del mismo sexo o que hayan cambiado su sexo.</p>



<p>discriminatoriamente no tienen acceso las parejas del mismo sexo. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 y 33 de la Constitución de la República.</p>	<p>por la cual se solicita que Sala Constitucional remedie esa situación.</p>		
<p>10. Violación al derecho a la protección a la familia, 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”. Es opinión de la Corte IDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos que existe igual protección. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 2 y 32 de la Constitución de la República.</p>	<p>En un Estado Constitucional Democrático de Derecho, únicamente las normas jurídicas y su interpretación por medio de la jurisprudencia es la que debe definir la protección a la familia. Estas corrientes dominantes son contundentes en indicar que las familias homoparentales merecen protección. Ya se ha citado el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el cual se encontró a Chile como responsable de la violación de derechos fundamentales a la pareja de lesbianas fue privada de la tutela de su hija, por la simple razón de ser parejas del mismo sexo. El Salvador tiene toda la capacidad para abrir su</p>	<p>El Estado debe reconocer que las personas del mismo sexo, son también parte esencial de la sociedad, debe tomar medidas inclusivas a fin que permita reparar los años de daños acumulados a los sectores minoritarios que han sido marginados por medio de la opresión de las mayorías. En este sentido, la prohibición y nulidad impugnada son inconstitucionales por afectar la el derecho a que se proteja la familia, puesto que esa unión es igual de valiosa que cualquier otra.</p>	<p>La reforma no busca proteger a la familia, todo lo contrario, puesto que la segrega, la separa y la despedaza al incluir categorías dentro de los miembros de las familias: siendo los parientes LGBT los que pasan a la postura inferior. Este tipo de acciones degradadoras de los derechos resultan contrarias a los principios rectores de la Constitución y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.</p>



	mente y su corazón, para incluir a las personas del mismo sexo como candidatas a casarse o tener una unión no matrimonial.		
--	--	--	--

V. EL PROCESO DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DISCRIMINADORA DEBE SUSPENDERSE DURANTE EL TIEMPO QUE DURE ESTE PROCESO

La jurisprudencia de la Sala ha indicado que dentro de sus funciones se encuentra lo siguiente: *“Pero, además, como parte de su misión fundamental está el papel de control que este Tribunal cumple en los procesos de reformas constitucionales, con la finalidad de: (i) preservar el principio de separación de poderes entre el poder constituyente y el poder constituido, entre el poder estatal y los derechos fundamentales, y entre los órganos titulares del poder constituido; (ii) resguardar el principio democrático frente a los abusos de las mayorías, para proteger a las minorías; (iii) proteger los derechos fundamentales, como garantía para el desarrollo del verdadero debate democrático; y (iv) preservar el Estado Constitucional de Derecho en el proceso de elaboración y adopción del "pacto constitucional”*<sup>33</sup>

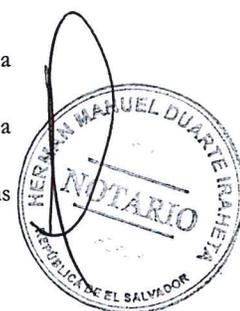
Sin embargo, tal listado no es taxativo o limitativo, ya que de las funciones de la Sala se puede desprender facultades adicionales, como por ejemplo el control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales: *“esta Sala para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos en los que se acuerda la reforma constitucional, ello no constituye un impedimento para entenderla a partir de los límites que tiene el poder de revisión y de la función que esta Sala cumple. Y es que, sobre este punto, no es aceptable sostener la inexistencia de una atribución o de una competencia por el solo hecho de que no tenga asidero expreso en las disposiciones constitucionales, pues la textura abierta de estas cláusulas imposibilita el detalle de todas y cada una de ellas.”*<sup>34</sup>

En ejercicio de las variadas funciones de la Sala, la sociedad salvadoreña ha sido testigo de innovadoras y valiosas sentencias para preservar el orden constitucional, en la cuales se adoptaron medidas cautelares para evitar que el proceso sea uno estéril o muerto. Así destaco las sentencia No. 453-2010<sup>35</sup> en la que se adoptó una medida cautelar, que dejó sin efecto a raíz

<sup>33</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>34</sup> Sentencia No. 7-2012 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil trece.

<sup>35</sup> Sentencia No. 453-2010 de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador de las nueve horas y treinta y un minutos del día nueve de septiembre de dos mil once.



del desistimiento de la parte demandante. También es aplaudible la Sentencia No. 63-2013 suspendió la aplicación del cobro del impuesto de FONAT<sup>36</sup>

Tomando en consideración que el 15 de noviembre del 2016 se presentaron grupos de presión para la ratificación de la **reforma constitucional discriminatoria** y considerando la etapa avanzada en que dicho proceso de reforma se encuentra, solicito a esta Honorable Sala que ordene a la Asamblea Legislativo, tanto al Pleno legislativo y a la Comisión Permanente de Legislación y Puntos Constitucionales que se abstengan a dilucidar, discutir, dictaminar, y votar sobre la **reforma constitucional discriminatoria**.

Lo anterior, con base a que existen *los elementos necesarios para dicha medida —fumus boni iuris y periculum in mora—*<sup>37</sup> sea implementada. Las razones de la verosimilitud del derecho están sobradamente expuestas en la **demanda por la igualdad** integrada con este memorial, por lo que existe una verosimilitud del éxito que puede tener esta demanda, sin que ello sea adelantar criterio sobre el fondo. El requisito del peligro en la demora, también se configura en el presente caso ya que tras la presión social y mediática de este día, la **reforma constitucional discriminatoria** podría pasar a votación del pleno (previo dictamen favorable de la comisión) en cualquier momento y cambiar el parámetro de control de constitucionalidad. Seguidamente, es una medida completamente proporcional y que cumple con un análisis de balance de intereses, por cuanto los cambios producidos por una demanda favorable serán hasta la finalización del proceso y se preservará la institucionalidad del sistema y forma de Gobierno salvadoreño.

No es aceptable que el legislador no quiera venir a defender sus ilegales posturas con argumentos de derecho y que decida una salida política al reformar la Constitución.

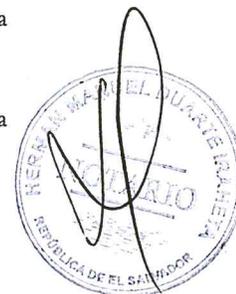
## VI. PRETENSIONES

El Salvador no es un estado medieval donde solo existen extremos. Es un país que tiene todo el potencial para modernizarse y debe partir desde el centro de todo: la familia. La liberación de las restricciones discriminaciones que impiden que miles accedan a esta promesa de amor con reconocimiento legal y que perpetúa la discriminación de las mayorías hacia las minorías violenta el Estado democrático.

---

<sup>36</sup> Sentencia No. 63-2013 de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas y treinta y cinco minutos del día siete de febrero de dos mil catorce.

<sup>37</sup> Sentencia No. 63-2013 de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas y treinta y cinco minutos del día siete de febrero de dos mil catorce.



Esta demanda, si bien esta suscrita por una sola persona, esta siendo respaldada por miles de personas que no tienen voz, ya sea por vivir en extrema pobreza, amenazas de agresiones físicas, atentados contra la vida, por dependencia económica o bien por estar atrapados en la mentira que viene con las cadenas del miedo a vivir la orientación sexual.

En este sentir y entender, adiciono la **Demanda de la Igualdad** con este memorial a fin que se lean ambos documentos de forma íntegra y solicito a ustedes Honorables Magistrados lo siguiente:

1. Que se admita la presente ampliación de la demanda y se entienda como parte integral de la Demanda por la Igualdad que fue presentada el 11 de noviembre del 2016 por este servidor.
2. Que se le dé el trámite que corresponde ordenando la implementación de una medida cautelar dirigida tanto a la Comisión Permanente de la Asamblea Legislativo de Legislación y Puntos Constitucionales, así como al Pleno Legislativo para que se abstengan a conocer, estudiar, dictaminar y votar sobre la **reforma constitucional discriminatoria** en el tramite que dure el presente proceso.
3. Que se declare que las normas impugnadas y la propuesta de reforma constitucional discriminadora son contrarias a la Constitución por violar los derechos fundamentales de:
  - a. Igualdad y trato no discriminatorio,
  - b. Intimidad y privacidad,
  - c. Libertad,
  - d. Asociación,
  - e. Justicia social,
  - f. Seguridad jurídica,
  - g. Por irrespetar a la dignidad de la persona humana,
  - h. A la protección y conservación de los derechos,
  - i. A la propiedad ,
  - j. A la protección a la familia,
  - k. A la tutela por parte del Estado,
  - l. Por ir en contra del carácter democrático del Estado,
  - m. Por transgredir la forma y sistema de Gobierno
  - n. Por ir en contra de los compromisos adquiridos en tratados de derechos humanos.
4. Que como consecuencia de la violación a los derechos fundamentales expuestos en la pretensión 2, se declaré que las parejas del mismo sexo se encuentran imposibilitadas del disfrute de al menos 26 derechos conexos al Matrimonio y/o la unión no matrimonial.
5. Que como consecuencia a la violación de los derechos fundamentales descritos, los artículos 11 y 118 del Código de Familia deben de interpretarse a fin que se permita a



las parejas del mismo sexo participar de las instituciones civiles que ofrece el Estado: matrimonio y unión no matrimonial.

6. Que como consecuencia a la violación de los derechos fundamentales descritos, los artículos 14.6 y 90.3 del Código de Familia deben expulsarse del ordenamiento jurídico.
  - a. De igual manera, toda otra disposición que tenga carácter discriminatoria por razones de orientación sexual, deberá ser también expulsado.
7. Que como consecuencia a la violación de los derechos fundamentales descritos, la **reforma constitucional discriminatoria** debe ser declarada como inconstitucional y por tanto expulsarse del ordenamiento jurídico.
  - a. Que se le ordene a la Asamblea Legislativa evitar reformas tendientes a violar los derechos de las minorías LGBT.

## VII. NOTIFICACIONES

San Salvador, 15 de noviembre del 2016

  
HERMAN DUARTE IRAHETA  
  
Lic. HERMAN MANUEL DUARTE IRAHETA  
A B O G A D O