

**UNIVERSIDAD DE ELSALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**



“LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/2017 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO Y SU VINCULACIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE EL SALVADOR COMO PAÍS MIEMBRO”

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**FUENTES PACHECO, LORENA BEATRIZ.
LINO OCHOA, ÓSCAR ALEJANDRO.
MEJÍA ORELLANA, OSCAR ALFREDO.**

DOCENTE ASESOR:

DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2019.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ.
(PRESIDENTE)**

**MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.
(SECRETARIO)**

**DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

**Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Francisco Antonio Alarcón Saldoval
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.
SECRETARIA**

**Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
DIRECTOR INTERINO DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto.
DIRECTORA INTERINA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION**

**Msc. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACION
DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar a Dios todo poderoso por las innumerables bendiciones a lo largo de mi vida y sobre todo por haberme permitido culminar mi carrera con éxito.

A mis padres Miguel Fuentes y Guadalupe Pacheco por su apoyo incondicional en todos los aspectos de mi vida, por ser mis confidentes, mi apoyo constante y además mi impulso de seguir y nunca rendirme a pesar de las dificultades. Dios me bendijo con ustedes dos. Y deseo que estén conmigo siempre.

A mis hermanos y hermanas porque de una y otra forma me impulsan a ser mejor persona cada día y además por ser mí respaldo en las situaciones buenas y malas. Porque hemos demostrado somos más fuertes.

Y finalmente pero no menos importante a Oscar Orellana y Alejandro Lino por ser mis compañeros de lucha a lo largo de los años. Porque a pesar de tantas preocupaciones, desvelos y estrés, pudimos salir adelante con nuestro propósito. Estoy orgullosa de ustedes.

Lorena Beatriz, Fuentes Pacheco

AGRADECIMIENTOS

A Dios... Jn.3:16; Apoc.22.12, 20:15...

A mis padres quienes me dieron vida, educación, apoyo y consejos.

A mi amada, hermosa y única esposa e hijos...Y demás familiares.

A mis compañeros de estudio y de tesis, a mis maestros y amigos, quienes sin su ayuda nunca hubiera podido hacer esta tesis.

A todos ellos se los agradezco desde el fondo de mi alma. Para todos ellos hago esta dedicatoria.

Óscar Alejandro, Lino Ochoa

AGRADECIMIENTOS

A **Dios**, por darme sabiduría y perseverancia en todo el proceso de mi carrera y la **Santísima Virgen María**, por ser mi abogada y consuelo en los momentos oscuros de mi vida como estudiante.

A mi **madre Emilia**, por haberme dado no solo la vida, sino apoyarme en toda mi etapa de estudio.

A mi **primo Humberto y su familia**, que abrieron las puertas de su casa y hacerme sentir un miembro más de su núcleo familiar quienes aprecio y considero como mi familia.

A mis **hermanos Fátima y Wilson, mi padrastro Pedro** y la familia de mi madre que siempre brindaron su apoyo durante mi carrera.

A mis compañeros de tesis: **Lorena y Lino**, por la comprensión y tolerancia en el proceso.

Oscar Alfredo, Mejía Orellana

CAPITULO II	
DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA POBLACIÓN CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA	24
2. Constitucionalismo Salvadoreño	24
2.1. Evolución del Constitucionalismo en El Salvador	24
2.2. Derechos fundamentales	27
2.3. Derechos fundamentales de la población con orientación sexual diversa	31
2.3.1. El derecho a la vida	33
2.3.2. Derecho a la identidad	35
2.3.3. Derecho a la intimidad	38
2.3.4. Derecho de igualdad	40
2.3.5. Derecho a la integridad física y moral	42
2.3.6. El derecho a la libertad	43
2.3.7. Derecho a tener una familia	44
2.3.8. Derecho a la seguridad social	47
2.3.9. Derecho a la educación	49
2.4. Derecho al trabajo	51
2.4.1. Derecho a la libertad de asociación	53
2.4.2. Derecho sucesorio	55
CAPITULO III	
EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD SEXUAL POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO	57
3. Derechos humanos y diversidad sexual en El Salvador	57
3.1. El cumplimiento de derechos de las personas con diversidad sexual	61
3.1.1. Derecho a la vida	61
3.1.2. Derecho a la identidad	64
3.1.3. Derecho a la intimidad	66
3.1.4. Derecho de igualdad	67
3.1.5. Derecho a la integridad física y moral	69
3.1.6. Derecho de libertad y seguridad	71
3.1.7. Derecho a tener una familia	73
3.1.8. Derecho a la seguridad social	75
3.1.9. Derecho a la educación	78

3.2. Derecho al trabajo	80
3.2.1. Derecho a la libertad de asociación	82
3.2.2. Derecho sucesorio	84

CAPITULO IV

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MATRIMONIO EN AMÉRICA LATINA Y EL SALVADOR

4. Institución del matrimonio en El Salvador	86
4.1. Evolución del matrimonio en la legislación salvadoreña	86
4.2. Matrimonio igualitario en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)	88
4.3. Matrimonio infantil	89
4.4. Concepto de matrimonio igualitario	90
4.4.1. La desvinculación entre matrimonio y procreación	91
4.5. Unión de hecho	92
4.5.1. Tipos de uniones de hecho	93
a). Impropia o adulterina	93
b). Propia o pura	94
4.5.2. Diferencias entre matrimonio y unión de hecho en El Salvador	95
4.6. Constitucionalización del matrimonio igualitario en América Latina	96
4.6.1. México	96
4.6.2. Argentina	97
4.6.3. Uruguay	98
4.6.4. Brasil	99
4.6.5. Colombia	100
4.6.6. Chile	101
4.6.7. Ecuador	102
4.6.8. Costa Rica	104
4.6.9. Honduras	105
4.7. El Salvador	106
4.7.1. Constitución de la República	107
4.7.2. Código de Familia	109
4.7.3. Código Penal	111
4.7.4. Tratados y convenios internacionales	111

CAPITULO V	
LA VINCULACIÓN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO JURÍDICO SALVADOREÑO	115
5. La vinculación de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	115
5.1. El Derecho internacional	116
5.1.1. Definición	117
5.1.2. Convenio	118
5.1.3. Tratado	118
5.2. La responsabilidad internacional	119
5.3. Convención Americana de Derechos Humanos	120
5.3.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	122
5.3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	123
5.4. La vinculación de las opiniones consultivas	125
5.4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La doctrina del “control de convencionalidad” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)	126
5.4.2. Jurisdicción consultiva y jurisdicción contenciosa	128
5.4.3. La vinculación jurídica de la opinión consultiva OC-24/2017 en la legislación salvadoreña	130
5.5. CONCLUSIONES	133
5.6. RECOMENDACIONES	135
BIBLIOGRAFÍA	137
ANEXOS	154

RESUMEN

Las relaciones entre personas del mismo sexo, es una práctica tan antigua como la existencia del hombre, así los registros de culturas muestran como los hombres enfrentaron las situaciones homosexuales; antes de los judíos la homosexualidad era tolerada y socialmente aceptada incluso llegó a verse como algo heroico.

Ya en el siglo XXI, muchos países han reconocido el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo considerado como un reto. No obstante El Salvador aún no cumple con el mandato constitucional de la garantía y respeto de los derechos humanos de toda persona sin distinción alguna.

El Salvador suscribió y ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptó someterse a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; dentro de las resoluciones que emite son: sentencias y opiniones consultivas; estas últimas se dictan a partir de una consulta que un Estado parte de la Convención, somete a la Corte, con el objetivo de emitir una interpretación de los artículos de cualquier instrumento jurídico en materia de derechos humanos.

Es por ello que en la opinión consultiva OC-24/2017 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el matrimonio igualitario solicitada por Costa Rica, es analizada sobre la vinculación jurídica para El Salvador como país miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos; considerando que en su parte resolutive el referido tribunal insta a los Estados miembros a cumplir lo en ella resuelto. Así se El Salvador debe adecuar aquellos cuerpos normativos que contraríen la jurisprudencia internacional y que tolera la violación a los derechos humanos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. Artículo

Cn. Constitución

SIGLAS

CNU Carta de las Naciones Unidas

CSJ Corte Suprema de Justicia

DUDH Declaración Universal de los Derechos Humanos

CNDH Comisión Nacional de los Derechos Humanos

ONU Organización de las Naciones Unidas

CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos

DADH Declaración Americana de Derechos del Hombre

PIDH Pacto Internacional de los Derechos Humanos

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CPI	Corte Penal Internacional
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
PDDH	Procuraduría para la defensa de los derechos humanos
LGBTTTIQ	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgenero, Transexual, Travesti, Intersexual y Queer
CDH	Comité de Derechos Humanos
UES	Universidad de El Salvador
OIT	Organización Internacional del Trabajo
CIJ	Corte Internacional de Justicia
OEA	Organización de Estados Americanos
CAT	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
OMS	Organización Mundial de la Salud

INTRODUCCIÓN

Esta investigación denominada la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre el matrimonio igualitario y su vinculación con el ordenamiento jurídico de El Salvador como país miembro, es realizada a partir de la realidad objetiva y práctica de la sociedad salvadoreña.

El propósito de este trabajo es dilucidar si las opiniones consultivas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), son vinculantes con el ordenamiento jurídico de El Salvador; esto al tomar en consideración que es un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de la Corte misma, por lo que se presenta un análisis jurídico-doctrinario y jurisprudencial sobre la vinculación de las opiniones consultivas dictadas por el referido tribunal internacional de derechos humanos.

Las razones que justifican la realización de esta investigación es en primer lugar, la existencia de jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos de la diversidad sexual; considerando que para el caso salvadoreño el haber celebrado y ratificado tratados y convenios con énfasis en derechos humanos genera obligaciones adquiridas con la incorporación de estos instrumentos jurídicos a la legislación interna; una segunda razón es la vulneración constante de los derechos y principios constitucionales de la diversidad sexual, esto al no contar con un reconocimiento jurídico estatal exponiendo en situaciones incluso la vida como el bien jurídico supremo protegido por el constituyente.

El problema de investigación se identifica a partir de la falta de un reconocimiento jurídico de la institución del matrimonio a personas de la

diversidad sexual; limitando este derecho a la forma de constitución tradicional (heterosexual), considerando que el matrimonio es la entrada jurídica para que se gocen derechos como la seguridad social, patrimoniales entre otros. La violación a los derechos protegidos por la Constitución de la República en personas de la diversidad sexual es una realidad a la que se expone este sector principalmente los que exteriorizan su orientación sexual, siendo causa de discriminación, acoso y violencia física o psíquica; transgrediendo la dignidad de toda persona humana.

Es por ello que se insta para que el Estado adopte las medidas de carácter legislativo, administrativo y judicial para dar la protección constitucional a toda persona amparada en el principio de igualdad y no discriminación, la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Entre los propósitos generales que se pretenden alcanzar con esta investigación, en primer lugar cumplir el objetivo general planteado, determinar si la opinión consultiva OC-24/2017 sobre el matrimonio igualitario, es vinculante con el ordenamiento jurídico salvadoreño; así mismo identificar el desarrollo del matrimonio igualitario, desarrollar los principios y derechos constitucionales de igualdad, equidad y discriminación de las personas con orientación sexual diversa, determinar el cumplimiento de los derechos humanos de la diversidad sexual por parte del Estado salvadoreño, realizar un análisis de la regulación de matrimonio igualitario en el marco jurídico nacional e internacional.

La hipótesis que se pretende confirmar es la siguiente: la opinión consultiva OC-24/2017 sobre el matrimonio igualitario es vinculante con el ordenamiento jurídico salvadoreño. Para verificar la hipótesis se realizó un

estudio doctrinario sobre la vinculación de las opiniones consultivas, así como la realización de entrevistas.

Para el desarrollo del tema, y dar cumplimiento a los objetivos se utilizó la investigación dogmática-jurídica, ya que esta permite hacer análisis de las limitaciones o vacíos jurídicos a partir de los elementos formales normativos. Es innegable que dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, la ley secundaria en específico, el código de familia excluye a que las personas de la diversidad sexual accedan a la celebración del matrimonio como institución jurídica que goza de protección del Estado; notándose la vulneración de los principios constitucionales de igualdad ante la ley, libertad, seguridad jurídica y dignidad humana.

Con el fin de comprobar la hipótesis y los objetivos de la investigación se utilizó el método de entrevista, formulándose una guía de preguntas: la primera de 12 interrogantes para los Jueces en materia de familia, penal, niñez y adolescencia, diputados de las fracciones del partido ARENA, FMLN Y GANA, alcaldes del partido PCN Y FMLN, notarios de la República y una segunda guía de preguntas que consta de 8 interrogantes para las personas que pertenecen a asociaciones o colectivos de la diversidad sexual. La muestra utilizada consta de 30 sujetos entrevistados.

La investigación consta de cinco capítulos, un apartado de conclusiones y recomendaciones y finalmente los resultados obtenidos de la entrevista. El primer capítulo inicia con el desarrollo y avance del matrimonio igualitario que data desde civilizaciones antiguas como la sumeria, tiempo donde ya existían relaciones entre personas del mismo sexo; culminando con la historia de la homosexualidad en El Salvador, la cual a su vez incluye una presentación de

los derechos y principios constitucionales como la igualdad, autonomía, legalidad, permanencia y libertad.

En el segundo capítulo, se presenta un análisis jurídico de los principios y derechos constitucionales de la diversidad sexual, desarrollando primeramente la evolución constitucional salvadoreña, los derechos fundamentales para la diversidad sexual los cuales se desarrollan con fundamento doctrinario y jurisprudencial.

El tercer capítulo incorpora el cumplimiento de los derechos humanos de las personas de la diversidad sexual por parte del Estado salvadoreño, por lo que se inicia señalando los pocos esfuerzos estatales en favor de este grupo; así mismo en el apartado sobre el cumplimiento de los derechos de la diversidad sexual se presenta un estudio analítico y crítico de casos en los que se evidencia la vulneración a la que se expone la población con orientación sexual diversa.

En el cuarto capítulo, se analiza la constitucionalización del matrimonio igualitario en América Latina, además se realiza un análisis sobre la desvinculación existente entre matrimonio y procreación; así como un análisis jurídico de la regulación constitucional salvadoreña sobre el matrimonio igualitario integrando todo el ordenamiento jurídico vigente.

Finalmente el quinto capítulo presenta el objetivo final de la investigación siendo este la vinculación de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco jurídico salvadoreño, iniciando con la definición de tratado, convenio y responsabilidad internacional; posteriormente un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la vinculación de las opiniones consultivas. Concluido este capítulo se

incorporan las conclusiones y recomendaciones como aporte al tema producto del análisis durante el desarrollo de la investigación.

Se agregan a la presente investigación los resultados de las entrevistas realizadas con su respectiva ilustración gráfica y un análisis sobre cada interrogante como soporte práctico jurídico.

CAPITULO I

DESARROLLO Y AVANCE DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

El presente capítulo tiene como propósito, desarrollar la evolución histórica sobre el matrimonio igualitario desde civilizaciones antiguas como la griega, siendo ésta una de las civilizaciones más antiguas en la historia; así como las épocas en un orden cronológico que durante la historia humana se ha registrado; además la historia en El Salvador y la protección de los derechos de las personas con diversidad sexual, incluyendo las características del matrimonio como la igualdad, autonomía, legalidad, permanencia y libertad.

1. Desarrollo y avance del matrimonio igualitario

Desde mediados del siglo XIX, las nuevas constituciones liberales y los códigos civiles impulsaron reformas de la legislación en materia de relaciones entre hombres y mujeres, el derecho se fue secularizando; sin embargo, los nuevos cuerpos convalidaron jurídicamente el modelo vigente de relaciones familiares, al consagrar el matrimonio religioso, monogámico e indisoluble, y al cristalizar el carácter patriarcal de la familia definida por la autoridad del varón en sus dos manifestaciones: hacia la esposa y los hijos;¹ más allá de las legislaciones, la formación de los estados nacionales en América Latina implicó confluyentes procesos de estatidad que significó, que los estados tomaron el control de actividades realizadas por la sociedad civil centralizando instituciones públicas.

¹ Mario Pecheny y Rafael de la Dehesa, *El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía*, (Ed. Universitaria, Argentina, 2010), 11-15.

La teoría de un desplazamiento de los conflictos que caracterizan a las movilizaciones actuales hacia lo que podrían denominar como campo cultural en el que los temas relacionados con la identidad, los modos de vida y las definiciones de la cotidianidad gozan de especial protagonismo y muestran una especial capacidad para despertar y remover sensibilidades. La movilización ciudadana en torno a la legalización de los matrimonios homosexuales, es el punto de partida perfecto que caracteriza y hacia dónde van los movimientos sociales en pleno siglo XXI.²

1.1. El matrimonio igualitario

El matrimonio entre personas del mismo sexo es un tabú que algunos sectores de la sociedad en base a fundamentos religiosos, culturales, antropológicos, biológicos; sin embargo, no hay norma alguna de derechos humanos, ni constitucional o internacional que restrinja la unión entre un hombre y una mujer; por el contrario, una conceptualización análoga deriva de una interpretación conservadora (ajena a los cambios sociales), que violenta los derechos de igualdad y libertad, explica además que ha de regularse de modo diferente la unión estable de dos personas con fines de cooperación y mutuo auxilio, que es la finalidad de esta asociación humana.³

1.1.1. Aproximación al concepto de matrimonio igualitario

El matrimonio igualitario es la unidad convivencial entre dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida

²Leire Etxazarra, "La legalización del matrimonio homosexual", Universidad del País Vasco/Euskal Herriko, n.1 (2007): 27-30.

³Rafael Ángel Carrillo Ugalde, José Daniel Ramos Duarte, "Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia" (tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 2017), 62-65.

que es conocida públicamente, de igual forma es aquella condición de la persona según la cual ésta se haya constitutivamente inclinada a relacionarse afectiva y sexualmente con personas de su mismo sexo, sea de modo exclusivo o preferente.⁴

De las definiciones planteadas, hay una relación que no se puede dejar de tomar en cuenta, y es la unión de dos personas del mismo sexo para mantener una convivencia libre y pública; pero en la realidad política económica, social y cultural salvadoreña es muy diferente, ya que en primer momento el Código de Familia, que es ley secundaria, enmarca y ordena que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer; por lo tanto, existe un negativismo desde la cúspide del ordenamiento jurídico por parte del Estado, no tomando en cuenta que la finalidad de los estados es el bienestar de la persona humana.

1.1.2. Historia del matrimonio igualitario

La historia de la sexualidad es tan vieja como el hombre y por ende, todos los registros de las culturas antiguas nos muestran la manera en que las personas enfrentaron y trataron a la homosexualidad;⁵ si alguien quiere conocer la historia de esos registros, debe de seguir la historia fálica de la humanidad; en todos los casos, antes de los judíos, la homosexualidad no sólo era tolerada, sino vista como algo socialmente aceptable e incluso heroico; todas las culturas que surgen antes del siglo VIII A.C. y todavía hasta el siglo IV A.C., presentan figuras fálicas y rituales asociados

⁴ Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, *La Suprema Corte y El Matrimonio Igualitario en México*, (Ed. UNAM, México, 2017), 275-279.

⁵ *Ibíd.* 23-28.

fuertemente a la sexualidad masculina, marcando el predominio del hombre en la sociedad.

Un conocido caso de las parejas pederastas en un simposio, tumba de Paestum Italia; dato refrendado por las leyes de Platón, quien cuenta que la pederastia institucional fue una costumbre doria que pasó de Creta al resto de Grecia llegando a convertir en parte de una formación ciudadana y militar así, otro ejemplo una serie de estatuas de bronce donde se representan jóvenes de la época minoica, una de ellas expuesta en el museo del Louvre en la ciudad de París, Francia y fechada entre los siglos VI-VII.⁶

1.1.2.1. La Edad Antigua

1.1.2.1.1. Mesopotamia

La homosexualidad ha estado presente en el devenir histórico de los tiempos y en muchas ocasiones, ha venido de la mano de prácticas religiosas, hasta la aparición del cristianismo y su condena a estas relaciones, la homosexualidad era una práctica que se consideraba como algo natural; hace aproximadamente más de 5,000 años, la primera civilización comenzaba a surgir en el lugar conocido históricamente como Mesopotamia, actualmente corresponde a Iraq y parte de Siria.

La civilización conocida como Sumeria, 2,500 años más antigua que la cultura griega; sociólogos, historiadores y arqueólogos han descubierto que en Sumer, ya existían relaciones homosexuales, tanto con jóvenes como entre hombres adultos; en algunos de los escritos más antiguos de la humanidad se habla de unos sacerdotes llamados assinu, literalmente

⁶William Kelly Simpson, *The literature of ancient egypt, An Antology of Stories, Instructions, Stelae, Autobiographies, and Poetry*, 3ª ed. (Estados Unidos, 1973), 75-90.

“hombre útero”, que sería el término con el que se referirían a los homosexuales masculinos.

La sexualidad en la antigua Mesopotamia sostenía su fundamento en una necesidad de la vida natural de las personas con diversidad sexual, y eran consideradas como personas civilizadas que buscaban la forma de ser felices, y experimentar otros horizontes de la vida, ya que en muchas ocasiones había pestes que bañaban los pueblos, y las personas más perjudicadas y sensibles eran mujeres, ancianos y niños.⁷

1.1.2.1.2. Egipto

Los egipcios consideraban algunos dioses como representantes de la homosexualidad como es el caso de Set, que fue representado en diferentes formas, a veces como un personaje masculino y a veces como un hombre de piel blanca o roja con la cabeza de un perro y una larga cola ahorquillada, quien se enamoró de su hermano, otro dios; un vestigio histórico de relaciones homosexuales encontrada mediante excavaciones arqueológicas se encontró en el año de 1,964 en la necrópolis de Saqqara, fue el descubrimiento de una tumba donde se representaban escenas de la vida cotidiana en pareja de manicuros (Niankhkhnum y Khnumhotep) abrazándose afectuosamente.

El pueblo egipcio ofrecía sacrificios a sus dioses, que en cumplimiento de promesas buscaban la felicidad, por lo tanto, si la historia de los dioses decía que para la felicidad era necesario mantener una relación marital hombre con hombre y mujer con mujer, así lo hacían, con todo el placer y la naturalidad

⁷ Julio Cesar Pangas, “Estudios sobre la sexualidad en la Antigua Mesopotamia”, n.3 (1991): 5-15.

del momento, dejando a un lado las opiniones negativas de cualquier persona que pudiese controvertir con sus creencias.⁸

1.1.2.2. Época de Oro

1.1.2.2.1. Grecia

Los griegos fueron los primeros en establecer un vínculo homosexual indestructible de índole militar, la llamada pederastia; en este tipo de relaciones se establecía una estrecha relación entre el erastés, amante que era siempre el militar de mayor edad y graduación, y el eromenós, amado, que era el más joven de ahí el término pederastia, y que obedecía a una finalidad puramente estratégica: favorecer una lealtad entre los amantes guerreros de tal suerte, que ambos contendientes no sólo lucharan por los intereses de la patria, sino sobre todo por proteger la vida del amante en el campo de batalla con lo que se convertía en un ejército más eficaz.⁹

Los varones de mayor edad a partir de los 20 y 30 años, actuaban como mentores de varones más jóvenes y dicha relación consistía en un ritual de cortejo, en Grecia la atracción masculina entre hombres era generalmente considerada como un signo de masculinidad, se sabe que las uniones del mismo sexo ocurrían frecuentemente, además de las que existía entre heterosexuales, tanto para hombres y mujeres, simultáneamente como una forma de aprendizaje entre profesor y alumno, todo esto fuera de su acuerdo heterosexual.¹⁰

⁸ Albert Champdor, *El libro egipcio de los muertos*, 2ª ed, (Ed. EDAF, Francia, 1982), 180-190.

⁹ Ivette Rocío Araujo Velásquez y Luis Enrique Portillo López: "Matrimonio igualitario: Estudio jurisprudencial en el derecho comparado", (trabajo de grado, Universidad Gerardo Barrios, San Miguel, 2016), 13-15.

¹⁰ Joaquín Esteban García, *La homosexualidad en Grecia y Roma*, (Ed. Caligrama, 2017), 77-85.

1.1.2.2. Roma

De los primeros quince emperadores romanos, Claudio era el único cuyo gusto en cuestiones de amor era totalmente correcto, pues a título de ejemplo se puede mencionar a Tiberio, Augusto, Vitelo, Trajano y Domiciano este último incluso cayó rendido de amor por un esclavo; no había una oposición entre los dos tipos de comportamiento, cualquier romano podía amar a un muchacho, una chica, tener relaciones con sus hetairas (mujeres mantenidas por un hombre con cierto nivel económico, con el propósito de poder tener sexo sin el proceso formal del matrimonio).

Roma se consolidó en ser permisiva en las orgías, ya que eran un elemento de la vida cotidiana y de muchos caprichos sexuales; hasta los que hoy se consideran más oscuros, estaban permitidos; un mundo en el que el sexo no tenía barreras y en el que libidinosos emperadores arrastraban a sus súbditos a una espiral de depravación carnal como la historia no ha vuelto a conocer otra igual; pero la propaganda de los autores cristianos, que desde la misma antigüedad quisieron presentar a una Roma pagana, como un cúmulo de vicios y perversiones que había precipitado su propia muerte, inmortalizaron una Roma orgiástica donde Calígulas y Nerones actuaban a sus anchas.¹¹

1.1.2.3. Época del lejano oriente

1.1.2.3.1. China

En el siglo XVII a la llegada de los manchúes al poder, la homosexualidad no se vio afectada; más bien una secuencia de literatura empieza a surgir como

¹¹ Helena Aparicio Serna, "El verdadero color de la diversidad sexual, La actitud de los adolescentes", n.1 (2014):12-20.

ejemplo se publica la primera novela homosexual, Pinhua Baojian; de igual forma personas que se encuentran ejerciendo el poder como los funcionarios de la corte oriental en un momento determinado se encapricharon de músicos y actores; fue durante el reinado de Qianlong, cuando un prestigioso letrado abandonó a su esposa y concubinas para irse con un actor llamado Li Guiguan.

Asimismo, es en esta época cuando se reconoce por primera vez la homosexualidad femenina; no era un hecho aislado ni nuevo, ya que durante la dinastía Han, la emperatriz Liang se había enamorado de una concubina del emperador; novelas como Flor de ciruelo en jarrón de oro de Yao Kang, aparece como tema central del amor de dos mujeres jóvenes.¹²

Las alusiones más antiguas en China sobre lo que hoy en día se comprende como homosexualidad aparecen en algunos libros clásicos y se remonta a la época del mítico Emperador Amarillo; según estos clásicos, las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, existieron como otras civilizaciones antiguas de la historia, al comienzo de los registros históricos que se conservan de la historia de China; el Libro de los Shang (1765–1122) cita, entre otras costumbres sexuales, la de frecuentar a hombres jóvenes.¹³

1.1.2.3.2. Japón

Enmarca una serie de historias y relatos protagonizados por samuráis que seguían el camino del nanshoku o amor viril; muestran la pureza y el respeto que hacia la tradición homosexual japonesa, durante el período del Estado,

¹² Liu Dalin, *El imperio de Deseo, Historia de la Sexualidad de China*, (Ed. Alianza, 2010), 10-15.

¹³ Robert Hans Van Gulik, *La vida sexual en la antigua China*, (Ed. Siruela, 2000), 7-20.

es decir; antes de que llegaran los occidentales y forzaran al país a abrirse y a abrazar tradiciones y moralidades cristianas, la conducta ejemplar de Katsuya perduró por mucho tiempo, el amor nanshoku era un amor totalmente aceptado por la sociedad y altamente codificado, una relación entre el hombre adulto (*nenja*) y el hombre joven (*wakashu*) a través de la cual los samuráis podían abrazar su lado más tierno y conmovedor.¹⁴

Pero era una relación con fecha de caducidad, es decir, no existía una permanencia en dicha relación. No así, al transcurrir de los siglos, el crecimiento de personas homosexuales va más allá de los límites, enfocándose en su historia no de ayer sino de hace siglos, ya que existen símbolos llenos de significado, demostrando esos recuerdos de superioridad moral; es común a la hora de entender la creación de estos mitos y su condición religiosa donde los edificios se convierten en santuarios y las víctimas en mártires.¹⁵

1.1.2.4. Época del cristianismo y la edad media

El cristianismo en el devenir de la historia ha condenado la homosexualidad, llegando al grado que fuesen severamente reprimidas estas personas mediante la castración, la confiscación de los bienes y la tortura; Alarico un personaje de la época mando que los homosexuales fueran quemados en la hoguera y en la ley de visigotorum se condenaba al homosexualismo de forma brutal; en el fuero real de Alfonso el sabio se castigaba de igual forma la homosexualidad con la muerte; asimismo se registran ritos en los que la iglesia bizantina unía a dos hombres ante Dios, algo parecido al matrimonio,

¹⁴ Ihara Saikaku, et al., *El gran espejo del amor entre hombres: Historias de samuráis. (1642-1693)*, (Ed. Satori, 2013), 5-10.

¹⁵ Anjhara Gómez Aragón, *El patrimonio cultural como punto de encuentro: Japón y Occidente*, (Ed. Aconcagua, España, 2016), 69-70.

prácticas que desaparecieron de forma espontánea conforme se creaban prejuicios que prohibían esa clase de ritos religiosos.¹⁶

Los seres humanos nacen con una capacidad de respuesta erótica a ambos sexos, y que los factores sociales inclinan a la mayoría a preferir uno al otro, es decir el ser humano tiene la capacidad imbíbita de elegir su inclinación sexual, pero en vista de los repudios y bombardeos por parte de la sociedad y las entidades eclesiásticas, muchas personas con diversidad sexual deciden ocultarse tras el avatar de su mundo.¹⁷

Como es de esperarse, todo dependía de la perspectiva de cada quien y de los gobernantes en el siglo XI, cuando el obispo de Chartres quiso expresarle sus preocupaciones al papa Urbano II con respecto a la homosexualidad, el sumo pontífice no consideró el asunto con mayor gravedad durante la línea papal cada uno de ellos maneja el tema con diferente perspectiva.¹⁸

1.1.2.5. Época de América precolombina

Antes de la llegada de los europeos al continente americano, los nativos o indígenas de estas tierras y la mayor parte de sus civilizaciones tenían más respeto y tolerancia por las personas de esta orientación sexual, así como por la mujer. En centro América, las islas del Caribe y Norteamérica, los homosexuales eran considerados frecuentemente como seres especiales, mágicos, dotados de poderes sobrenaturales cuya cercanía o parentesco era amuleto de buena suerte. Habían indígenas que acostumbraban para buscar

¹⁶ Pedro Damián, *Libro de Gomorra*, (Ed. Kindle, Italia, 2017), 10-20.

¹⁷ John Boswell, *Cristianismo, Tolerancia social y Homosexualidad*, (Ed. Muchnik, Barcelona, 1992), 60-62.

¹⁸ Carmen Peña García, *Homosexualidad y Matrimonio, Estudio sobre la doctrina canónica*, (Ed. Icade, Madrid: Universidad Pontificia, 2004), 40-45.

protección y ayuda divina, traer por joya un hombre sobre otro hecho de oro, esto con propósitos particulares y no de reconocer un derecho.¹⁹

1.1.2.6. Conquista y la colonización

En 1523, Hernán Cortés, que encabezó la conquista española de México, le asignó al despiadado Pedro de Alvarado dirigirse al sur en una expedición militar para someter a la población maya. En ese tiempo los quiché y los cachiquel eran las dos civilizaciones más grandes y poderosas en lo que hoy es Guatemala. Debido a las victorias militares de Alvarado, España creó la capitanía general de Guatemala e impuso un sistema colonial sobre los pueblos indígenas y personas de la diversidad sexual que vivían en las tierras que actualmente comprenden Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

El legado de la colonización es más fuerte hoy en aquellas zonas en donde las concentraciones de población fueron las más densas antes de la conquista española; por lo tanto, en la región más al sur del istmo, el encuentro colonial fue menos negativo. Sin embargo, el abuso inhumano dirigido a la población indígena y a las personas con orientación sexual diversa fue humillante ya que tomaban a los homosexuales para sí, como sus servidores eróticos. Una perversa estructura legal que creaba dolor y abuso; la corona otorgó las poblaciones indígenas a los colonialistas como fuerza de trabajo, con pocos incentivos para tratarlos bien.

En efecto, los pueblos indígenas soportaron muchos horrores de la esclavitud sin ningún paternalismo. En lugar de ello, cada colono trató de

¹⁹ Emely Guadalupe Ascencio Turcios et al., “El matrimonio homosexual”, (Tesis de grado: Universidad de El Salvador, 2008), 48-49.

extraer la mayor cantidad de trabajo posible de la población nativa en su posesión, a sabiendas que un nuevo equipo de trabajadores se le asignaría a ellos. A mediados de 1500 Fray Bartolomé de las Casas, un colono convertido en sacerdote dominico, fue testigo y registró la brutalidad con que sus compatriotas españoles sometían al pueblo indígena y los homosexuales al encerrarlos para abusar de sus cuerpos y cohabitar con ellos.²⁰

1.1.2.7. Época de la edad moderna y contemporánea

En la edad moderna durante los siglos XVI y XVII el catolicismo estaba estrechamente ligado e identificado con la heterosexualidad y el celibato. Por lo tanto, cualquier comportamiento sexual desviado del tradicional se interpretaba también como un desvío de la fe católica. En el siglo XVI fueron separados los conceptos de sexo y amor que habían sido sinónimos en la España árabe. No obstante, las relaciones de estrecha amistad y amor platónico entre hombres se aceptaban y se consideraban más nobles y gratificantes que las amistades entabladas entre hombre y mujer, al menos por las élites culturales. La poesía se convirtió en una herramienta muy importante para las personas aplastadas por las leyes severas de la sociedad católica, ya que les permitía tratar temas tabúes como la homosexualidad sin que tuviera consecuencias.²¹

La evolución de la historia de la homosexualidad, a lo largo de los siglos medievales y modernos, está marcada por una gran represión derivada de las ideas de los filósofos cristianos. La opresión y el rechazo fueron mucho

²⁰ Beatriz Manz, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua: Patrones de violaciones de los derechos humanos, n.1 (2008):1-3.

²¹ Margrethe Henricksen, "La imagen de los homosexuales en la cultura española" (Tesis de grado: Universidad Tromso, España, 2017), 6-8.

más degradantes en el caso homosexual y los movimientos de liberación no tuvieron su origen hasta finales del siglo XIX, como se ha indicado, por lo cual la evolución en la primera etapa de la época contemporánea no es tan significativa como en el caso de la emancipación femenina, no obstante, en el devenir histórico va en aumento con celeridad espontánea fruto de la misma naturaleza humana.²²

1.1.2.8. Época de los años 50 y 90

En todo el mundo civilizado comenzó la patologización de la homosexualidad a su nivel más descarnado, es decir una actitud desagradable hacia dichas personas; en miles de siquiátricos del mundo se sometía a los homosexuales a terapias de electroshock y lobotomías para intentar curar la desviación; en 1948 aparece el primer tomo de lo que se terminaría llamando el informe comportamiento sexual del hombre.

Unos años después, en 1953, aparecería el segundo tomo, comportamiento sexual de la mujer, que constituye el primer estudio científico serio que aborda el tema de la homosexualidad como comportamiento, y no como patología; tomando en cuenta la realidad humana e incidiendo así en una nueva visión de libertad, puntualizando así que el sexo es una necesidad biológica, aceptable en cualquier orientación sexual que se manifieste.²³

El primer paso hacia la despatologización de la homosexualidad se produjo en 1973, cuando la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) votó de manera unánime sacar la homosexualidad de la sección desviaciones

²² Sofía Díaz de Greñu Domingo, "Discriminación o igualdad. La educación en el respeto a la diferencia a través de la enseñanza de la historia" (Tesis doctoral: Universidad de Valladolid, España, 2010), 90.

²³ Jennifer E. Germon, "Kinsey y la política de autenticidad bisexual", n.1 (2008): 23-26.

sexuales de la segunda edición del manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales; esta decisión se confirmó oficialmente por mayoría simple de los miembros generales de la APA en 1974, se decidió sustituir ese diagnóstico por la categoría más suave de perturbaciones de la orientación sexual.²⁴

En el año 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró la homosexualidad de la lista de clasificaciones estadísticas internacionales de enfermedades y otros problemas de salud, desposeyendo definitivamente la homosexualidad de cualquier atributo patológico; esta acción fue seguida posteriormente por la mayoría de las organizaciones médicas del mundo, y así en 1994 lo hizo el Reino Unido; en 1999 el ministerio de salud ruso y en el 2001 la sociedad China de siquiatría.²⁵

1.1.2.9. El Estado de El Salvador

En relación al tema de homosexualidad, ha existido una clara represión legal y social hacia la comunidad homosexual en El Salvador, en 1984 soldados del extinto Batallón Bracamonte, realizaron una serie de acciones contra los miembros de la comunidad homosexual, sobre todo contra hombres travestis de la segunda avenida norte, específicamente de la zona de la Praviana, en San Salvador; más de una docena fueron brutalmente violadas y asesinadas, a manos de miembros de este grupo y esta situación paso desapercibida en las instituciones que impartían justicia en esa época,

²⁴ Elena Atienza Macías, “La transexualidad: Aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”, Buenos Aires, n.3 (2006): 2-8.

²⁵ Matias Yer, “Géneros y sexualidades”, La izquierda, 17 de mayo de 2017, sección Género y sexualidades.

quedando así los hechos sin investigación y esclarecimiento.²⁶

A finales de 1992, el mismo año que se organiza la Media Luna, se crea FUNDASIDA, la primer organización para la prevención del VIH-SIDA, la cual también sirve como grupo de apoyo para personas ceropositivas; los grupos de hombres gay y mujeres trans que se reunían en este espacio pronto llegaron a la conclusión de que sus necesidades eran distintas a las de la población heterosexual y, por lo tanto, conformaron Entre Amig@s (ahora la Asociación Entre Amigos), la primer organización de personas con diversidad sexual formalmente constituida, en 1994.²⁷

Lastimosamente, la primer marcha del orgullo de las personas con diversidad sexual coincidió con una alarmante ola de violencia contra las mujeres trans, quienes sufrían de ametrallamientos en sus lugares de trabajo en las aceras de la ciudad, o eran secuestradas y luego asesinadas con lujo de barbarie; este factor, en correlación con la consolidación territorial de las pandillas, principalmente en el centro histórico de la ciudad, marcó el fin de la era de La Praviara y provocó el cierre de Oráculos Discoteca en 1999.

En este mismo período, miembros de la Asociación Atlacatl, ONG que se dedica a velar por los derechos de las personas con VIH-SIDA, demandan al Estado salvadoreño, a través de la Corte IDH en el año 2000, por no importar medicamentos antirretrovirales al país que les garantizarían el derecho a la vida; asimismo integrantes del nombre de la rosa fundaron ASPIDH ARCOIRIS en 2005, la primer organización trans con personería jurídica; le sigue COMCAVIS Trans en 2008, dedicada inicialmente a atender las

²⁶ Clínica Legal de derechos humanos internacionales, "Diversidad sexual en El Salvador", Universidad de California, Berkeley, n.1 (2012): 7-8.

²⁷ Nicola Chávez, "La cronología del movimiento LGTBQ en El Salvador", n.1 (2016): 24.

necesidades de mujeres trans con VIH; es de notar que ambas entraron en función mucho antes de obtener personería jurídica.

A finales del año 2000, la alcaldía presidida por Violeta Menjívar en San Salvador aprobó como el día municipal contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género el 17 de mayo de los años 2006-2007; a pesar de las difíciles condiciones para la organización de personas con diversidad sexual, los tiempos, por lo menos a nivel político, parecieran cambiar en el nuevo milenio.

En mayo de 2010 el organo ejecutivo crea el Decreto 56, que en sus considerandos enfatiza de conformidad al Art. 3 de la Constitución de la República, que todas las personas son iguales ante la ley; para el goce de los derechos civiles y que no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión; asimismo que El Salvador es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), del Protocolo de San Salvador.

De igual forma el Estado de El Salvador es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mismos que determinan la igualdad intrínseca de los seres humanos, consagrando así el principio de prohibición de toda forma de discriminación y teniendo derecho a igual protección de la ley, adquiriendo los estados parte el compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en tales convenios internacionales, 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.

1.1.2.9.1. Política para garantizar los derechos de las personas con diversidad sexual

El Estado de El Salvador aprobó la política institucional para la atención de la población con diversidad sexual, y su objetivo es hacer respetar los derechos de dichas personas, y que los procesos legales y administrativos se realicen sin discriminación; el documento fue elaborado por la mesa de seguridad y acceso a la justicia de la población con diversidad sexual, organización que está formada por la Federación Salvadoreña, que a su vez está conformada por diversas organizaciones que defienden los derechos de dicha población, y por funcionarios de diversas dependencias del Estado, como la Dirección General de Centros Penales, Policía Nacional Civil, Dirección General de Migración y Extranjería y la Academia Nacional de Seguridad Pública.²⁸

1.1.2.9.2. Situación legal de las personas con diversidad sexual

El Salvador es el único país centroamericano que nunca ha criminalizado la homosexualidad, esto luego de volverse un Estado soberano en 1841; sin embargo, la sociedad salvadoreña es hostil hacia las personas con diversidad sexual, especialmente hacia las mujeres trans; activistas han documentado más de 500 crímenes de odio durante el período que va de 1996 a 2015; asimismo, la organización TransRespect, en su informe sobre violencia contra la población trans, tiene registrados en el territorio 36 asesinatos de 2008 a septiembre de 2017; el gobierno salvadoreño no reconoce el matrimonio igualitario, pues el Código de Familia establece que el matrimonio sólo es posible entre un hombre y una mujer.²⁹

²⁸ Allison Davenport, “Diversidad sexual en El Salvador”, n.1 (2012): 9-12.

²⁹ Julia Stewart, “Promoviendo los derechos humanos y la inclusión de las personas LGBTI”, n.1, (2017): 8-12.

En el marco legal de El Salvador, no existen garantías constitucionales ni mecanismos de protección específicos para los derechos civiles y políticos de las personas con diversidad sexual; la aprobación de leyes y políticas integrales dirigidas a dicha población son competencia de los órganos del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), que mantienen resistencia e inacción en generar condiciones favorables que garanticen los derechos humanos.

La lucha social ha impulsado cambios importantes por ejemplo, el tema de transparencia, acceso a la información, ética gubernamental, entre otros; sin embargo, con respecto a las personas con diversidad sexual se advierte una doble moral: Puesto que se habla de un discurso puritano mientras por otro lado existe una realidad social diferente ya que demanda la inclusión sin exclusión, la cual es esta en constante evolución con el tema de los derechos humanos en El Salvador; ya que antes no se reconocían los derechos a los hijos concebidos fuera del matrimonio, y eso se cambió porque el derecho evoluciona junto con la realidad y tarde o temprano se entendió que un hijo es una vida primordial y privilegiada.³⁰

Esta situación alienta el ejercicio de violencia y la discriminación sistemática e institucionalizada por parte del Estado y de la sociedad salvadoreña, vulnerando así derechos fundamentales de la población con diversidad sexual; sería irresponsable expresar que no han existido acciones aisladas por parte del Estado de El Salvador por reivindicar los derechos de las personas de dicho sector de la sociedad; sin embargo, estas han sido políticas públicas sin respaldo legislativo, es decir medidas tomadas por funcionarios públicos de forma aislada, por lo cual estas acciones afirmativas

³⁰ Ivette Araujo, "Matrimonio igualitario", 38-45.

desaparecen cuando los funcionarios son removidos de sus cargos, o su gestión finaliza, haciéndose necesario el reconocimiento legislativo.³¹

1.1.3. Características del matrimonio igualitario

1.1.3.1. Igualdad

Las exigencias de igualdad se basan siempre en argumentos implícitos y generalmente no reconocidos a favor de personas de la diversidad sexual, por lo que reconocer los derechos sin hacer distinciones basadas en condiciones de orientación sexual; no habría existido la necesidad de pedir la igualdad; las discusiones sobre matrimonio civil operaron entonces como un escenario de disputa en torno a cómo conciliar el reconocimiento de una sociedad diversa y plural junto con la igualdad de derechos y el acceso equitativo a la ciudadanía; entonces la demanda comenzaría a ser nombrada y reconocida bajo un nuevo rótulo el matrimonio igualitario.³²

La igualdad es un derecho central en las convenciones más importantes de derechos humanos, es asimismo una garantía ejecutoria específica en la ley constitucional canadiense y americana; la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades dice que cada individuo tiene el derecho a igual protección y a igual beneficio de la ley sin discriminación, con referencia particular a raza, al sexo y a otras formas de discriminación; los argumentos sobre los preceptos de igualdad no están limitados a los casos constitucionales; las diversas maneras de pensar en la igualdad pueden inspirar a la

³¹ Comcavis Trans, “Equipo de trabajo en Sexualidades y Géneros”, Situación de las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI) en El Salvador, n.1 (2018): 2-4.

³²Laura Clérico, Renata Hiller, *Matrimonio igualitario en la argentina: Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Editorial Eudeba (Universidad de Buenos Aires, 2010), 111-115.

jurisprudencia de cualquiera o de todos los estados de las américas a pensar más profundamente en la igualdad.³³

1.1.3.2. Autonomía de la voluntad

El condicionamiento a la aceptación popular del derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio atenta contra la base misma de los derechos humanos. La posibilidad del hombre de auto determinarse tomando en cuenta su particularidad; pues si bien es cierto que el Estado no está negando la posibilidad de que los individuos elijan su orientación sexual, también es verdad que para el completo desarrollo de la individualidad, las elecciones existenciales fundamentales exigen manifestarse a través de la acción en la cual va inmersa una voluntad.³⁴

El matrimonio entre personas del mismo sexo corresponde a una acción privada de los contrayentes y esta no afecta a terceros ni impacta a la moral pública; los seres humanos comparten una cualidad, al ser personas morales; ello implica reconocerse como seres capaces de discernir entre lo moralmente correcto y lo incorrecto, de lo cual se desprende que cada individuo es capaz de decidir en forma autónoma y con voluntad propia, que es lo mejor para sí mismo; por lo tanto, se afirma que toda persona es capaz de diseñar y poner en marcha su propio plan de vida sin que medie interferencia alguna del Estado o de otras personas para concretarlo.

Al referirse al principio de la dignidad humana, es analizado que nadie puede ser considerado un medio para el logro de los fines de los demás,

³³ William N. Eskridge, Jr, "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad", Universidad de Palermo, n.1 (1999): 209-210.

³⁴ Luis Eduardo Coronel Gamboa, "El matrimonio entre personas del mismo sexo", México, n.1 (1993): 8-12.

pues los seres humanos son fines en sí mismos; en línea con el pensamiento kantiano, se señala que del principio de la autonomía personal o de la voluntad se desprende el principio de inviolabilidad de la persona; el reconocimiento del principio de autonomía moral y de su derivado, el principio de autonomía de la voluntad propia, supone que el propio individuo es el único agente capaz de identificar el ideal de excelencia humana y el plan de vida que justifican sus acciones y decisiones.³⁵

1.1.3.3. Legalidad

Es uno de los derechos fundamentales del matrimonio, por lo tanto es considerado desde el punto de vista del matrimonio-acto o desde el matrimonio-estado; en el primer aspecto es resaltado por la celebración del matrimonio según las formas impuestas por la ley; en el segundo, porque los derechos y deberes que de él surgen forman un estatuto legal forzoso, del cual los contrayentes no se pueden apartar.³⁶

Para el caso de El Salvador la característica de la legalidad, nace primeramente en la Constitución específicamente en la sección primera de los derechos sociales al regular el derecho a la familia y establecer que el fundamento legal de esta es el matrimonio; sin embargo es el código de familia el que regula los requisitos e impedimentos para la celebración de este acto.

³⁵ Javier Orlando Aguirre, *Dignidad derechos humanos y la filosofía de práctica de Kant*, (Ed. Pabón, Colombia, 2011), 48-50.

³⁶Wendy Carolina de León Rodríguez et al., "La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo regulado por el artículo 11 del Código de Familia, que violenta principios y garantías constitucionales en El Salvador" (tesis de grado: Universidad de El Salvador 2011), 43-44.

1.1.3.4. Permanencia

La unión conyugal tiene carácter permanente (perdurable, o estable) en el sentido de que se contrae con la intención que perdure y así su estabilidad pueda estar asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución; pero permanencia no puede identificarse con indisolubilidad, pues es un carácter que se da inclusive en las legislaciones que permiten la disolución del vínculo en vida de los esposos cuando estos de manera voluntaria o por motivos legales que así la ley les refiera, por ejemplo el caso por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges; su regulación la encontramos en los Arts: 11, 12, 105,106 y 108 del Código de Familia Salvadoreño.³⁷

La Corte Constitucional de Colombia sustentó cómo no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de una pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común con vocación de permanencia;³⁸ conjuntamente, la Corte desestimó que esas condiciones personales sólo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, pues también pueden predicarse en parejas del mismo sexo, por lo consiguiente, es necesario tomar con delicadeza cuando se refiera al respectivo tema; es decir a las personas con diversidad sexual que deben de tener los mismos derechos sin exclusión alguna.

La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de la variación que

³⁷ *Ibíd.* 41-43.

³⁸ Carlos Jesús Molina Ricaurte, "El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia", n.1 (2018): 5-8.

tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia, ya que la voluntad responsable de conformarla, también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales (Sentencia C-577 Julio de 2011); por tanto, si la Corte de Colombia reconoce los mismos derechos en la unión de parejas del mismo sexo que la heterosexual; lo único que obstaculiza para reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo es la deshumanización del hombre.³⁹

1.1.3.5. Libertad

El vínculo matrimonial es un intercambio entre quienes lo contraen, y dicho consentimiento debe ser esencialmente libre; el matrimonio tiene la particularidad de que los cónyuges se dan el uno al otro, plenamente y de por vida; es por ello que no puede haber matrimonio sin consentimiento, pues la relación que surge entre ellos requiere esté firmemente apoyada sobre la libre decisión de quienes la asumen.⁴⁰

Este carácter implica que tanto el hombre como la mujer, pueden escoger libremente la persona con la cual se van a unir en matrimonio. Por ello la libertad se refiere a que los cónyuges tienen la facultad de decidir libremente todo lo referente a la dirección del hogar, fijación del domicilio, al mismo tiempo el solicitar por mutuo acuerdo la disolución del vínculo a través del divorcio. Para que el matrimonio se constituya se necesita que el consentimiento este libre de vicios, Art.14 ord. 3° y 90 ord.2° del Código de Familia.

³⁹Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus, “Matrimonio Civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. Reificación Evitable”. Universidad Santo Tomas, Bogotá, n.1 (2011): 52-54.

⁴⁰ Ibíd. 56-58.

CAPITULO II

DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA POBLACIÓN CON ORIENTACIÓN SEXUAL DIVERSA

El propósito en este capítulo es presentar un análisis jurídico de los derechos fundamentales como algo inherente al ser humano en razón a su dignidad; todos ellos basados en un solo principio rector: *que nadie quede excluido o excluida de ellos*. Y esta visión solo se alcanzará si se llega a todas las personas, independientemente de su orientación sexual o su identidad de género. Así mismo las aseveraciones y resoluciones dictadas por la sala de lo constitucional con respecto a los casos de discriminación o vulneración de los derechos humanos recientemente en El Salvador.

2. Constitucionalismo Salvadoreño

2.1. Evolución del Constitucionalismo en El Salvador

En El Salvador han existido, por lo menos, trece constituciones, pero de ellas solamente cuatro pueden considerarse instrumentos políticos y jurídicos con características propias, que expresan un momento de la historia del país, de la filosofía política dominante, de las necesidades y deseos nacionales; es decir, constituciones representativas de su época. En los demás casos, se ha tratado de simples mutaciones constitucionales, introducidas en momentos coyunturales y orientados a satisfacer intereses específicos.

1º) La Constitución estatal de 1824, establece los principios liberales, los derechos individuales y los valores jurídicos, que tienen como fundamentos la libertad humana y que sirven como presupuestos básicos para la

construcción de un estado independiente. Era el momento de la independencia de Centroamérica, que adopta el modelo del Estado burgués de derecho, producto de las grandes revoluciones, inglesa (1648), francesa (1789) y de los Estados Unidos (1776); se proclama como uno de los Estados Federados de la República del Centro de América (Art. 2); la Constitución de la República Federal de Centro América, también de 1824, título X, estableció las garantías de la libertad individual y en el título XI, otras libertades complementarias.

2º) La Constitución de 1886, se fundamenta en la filosofía liberal, tanto en lo político, económico y social, además prepara el camino para el desarrollo de la propiedad privada, la protección de los derechos individuales, al estilo de John Locke, en el que la propiedad, es uno de los bienes más preciados; esta Constitución, confirma la supresión de las formas de propiedad social, que se habían producido cinco años antes, cuando se dan las leyes de Extinción de Ejidos y Comunidades Indígenas y prepara el terreno para la protección y desarrollo de la propiedad individual.

3º) La Constitución de 1950, tiene carácter social y democrático, que responde a la idea de un constitucionalismo social, fundamento del estado de bienestar; reconoce la propiedad privada en función social, la justicia social, la libertad económica, la seguridad social, el trabajo como función social, entre otros.

4º) La Constitución de 1983, mantiene estas instituciones sociales, sin embargo la influencia del Estado mínimo, la reducción de la intervención del Estado en los programas sociales, la privatización de patrimonios estatales, el autofinanciamiento de las pensiones, promueve una transformación ideológica, destacando los beneficios de una sociedad más sujeta a las leyes

del mercado. La Constitución proclama que la persona humana, es el origen y fin de la actividad del Estado y que en consecuencia éste, se organiza para conseguir la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Esta Constitución nace en pleno conflicto armado y se ha considerado como una Constitución de guerra, pues la insurgencia estuvo fuera de su proclamación y por ello, al firmarse la paz, entre otras exigencias de ésta, figura la reforma constitucional. No obstante, la proclamación de la persona como centro de imputación del orden político y jurídico, se ha acercado a la cultura de libertad, promoviendo así la participación ciudadana, aunque el medio empleado, de los partidos políticos tiene un modo más exclusivo, aunque sea cada vez más cuestionado.

Esta brevísima relación histórica, permite una tercera percepción: Las constituciones responden a una decisión política de conjunto o son impuestas desde el poder. La Constitución de 1983, adolece de ese vicio de origen, en el sentido que no responde a una decisión de poder constituyente participando en su plenitud; de ahí que las reformas de 1991, que le dan un soporte más político, más real y participativo, pueden contribuir a desescalar la idea y la estructura de guerra que aún permanece latente en más de algún sector adquiriendo al aplicarla un compromiso de nación, más histórico, más humano.

El Estado Constitucional en Europa y América, adopta el modelo liberal democrático que se caracteriza por: 1) el reconocimiento de la libertad humana y los derechos fundamentales, como condiciones básicas para hablar de una Constitución; 2) por el constante esfuerzo en la búsqueda de la igualdad, se deben plantear dos preguntas inquietantes: “¿Qué es libertad?..¿Qué es igualdad?”. *Libertad e igualdad son valores antitéticos, en*

cuanto no se puede realizar con plenitud uno sin limitar fuertemente el otro: una sociedad liberal-liberista es inevitable que sea inigualitaria, así como una sociedad igualitaria por fuerza es liberal.

Para el liberalismo, el fin principal de la libertad es el desarrollo de la personalidad individual, aunque el desarrollo de la personalidad más rica y dotada puede ir en detrimento de la expansión de la personalidad más pobre y menos dotada; para el igualitario, el fin principal es el desarrollo de la comunidad en su conjunto, aun a costa de disminuir la esfera de libertad de los individuos”.⁴¹

Independientemente el origen, la igualdad comprende todos los derechos fundamentales enumerados en el ordenamiento jurídico, es así, que se pueden definir fundamentales aquellos, y sólo aquellos, de los que deben gozar todos los ciudadanos sin discriminaciones derivadas de la clase social, del sexo, de la religión, de la raza, y otros. La lista de los derechos fundamentales varía de una época a otra, de un pueblo a otro, y por tanto no se puede dar una lista definitiva.

2.2. Derechos fundamentales

El derecho natural y la filosofía del derecho, dice que “*son derechos fundamentales ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza y dignidad y que la sociedad, el poder político y el derecho deben proteger, sin ninguna clase de discriminación social, económica, política y*

⁴¹ Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, 6ª ed. (Ed. Cenzontle, Colombia: Bogotá, 1993), 20-45.

*jurídica, ideológica, cultural o sexual*⁴²; pero además se subraya que son fundamentales porque se hallan estrechamente vinculados con la idea de dignidad humana. Sin embargo, el hombre es también naturaleza y además historia, que conforman la personalidad jurídica.

Estos a su vez tienen su explicación en las necesidades humanas, o sea que no se trata de crear una lista interminable de derechos, que vuelvan superfluo e insostenible el sistema de valores que se quiere proteger. Son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad y la realización de esa aspiración por medio del derecho.

“Los derechos fundamentales de la persona humana coexisten con el hombre mismo, desde que apareció sobre la faz de la tierra. Estos atributos le pertenecen por su propia naturaleza”.⁴³ El concepto de derechos humanos precede en el tiempo a las naciones; sin embargo, fue necesaria la fundación de este organismo para que la idea obtuviera reconocimiento formal y universal.

Los fundadores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), reaccionaron frente a los horrores de la Segunda Guerra Mundial haciendo hincapié en los derechos humanos a la hora de redactar la Carta de las Naciones Unidas (CNU), firmada el 26 de junio de 1945, en ella se establece que el principal objetivo de la nueva organización es; preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra; y reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre.

⁴² Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, (Ed. Debate, Madrid: España, 1991), 13.

⁴³ Jorge Iván Hübner Gallo, *Los derechos humanos: historia, fundamento y efectividad*, (Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1994), 27.

Una importante corriente constitucionalista sostiene que los derechos fundamentales representan un marco de límites al poder del Estado, al proteger la esfera de libertades del hombre. Por ello *“Los derechos fundamentales surgen en el constitucionalismo básicamente como límite al poder del Estado, como garantía del ámbito de libertad del individuo frente al poder público.*

Aún hoy, la razón de ser del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales se justifica desde esa perspectiva de garantía frente al poder público. La razón de ser de este hecho radica en la posición de supremacía que el poder público ocupa en sus relaciones con el individuo en cuanto a titular de múltiples potestades, incluido el uso de la fuerza.

*Ahora bien, no cabe duda que la libertad del individuo y sus derechos fundamentales pueden ser alterados no sólo el poder público sino también por otras personas no investidas de potestad pública alguna. Pero, es más; en ocasiones también entes no públicos se sitúan frente al individuo en una clara posición de supremacía”.*⁴⁴

Los derechos humanos, entiéndase como aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. *“Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada*

⁴⁴ Pablo Pérez Trepms, *Derecho Constitucional*, (Ed. Tirant lo Blanch, España, 1991), 7.

*entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros”.*⁴⁵

Existen otros conceptos que muchas veces tienden a confundirse entre los mismos autores: Por ejemplo cuando se refieren a derechos fundamentales se habla de *“aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”*.⁴⁶

Es importante determinar además que en el ordenamiento salvadoreño no solo existen derechos, si no también garantías constitucionales entendidas estas como los medios o instrumentos que la Constitución pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, a los individuos o grupos sociales. Es por ello que a toda persona se le garantizan a través de estos medios la protección ante terceros y ante el mismo Estado, mediante el reconocimiento de lo que a nivel internacional se conocen como derechos humanos y de manera interna en cada Estado, se les da la característica de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

La Constitución incorpora mecanismos para la defensa de estos, como amparos y en caso de que una ley vaya en contra de los principios o garantías constitucionales, está la inconstitucionalidad. Otros medios que poseen las personas son los principios constitucionales los cuales forman un conjunto homogeneizado por el dato capital de su supremo valor normativo dentro del ordenamiento jurídico.

⁴⁵ Héctor Morales Gil De la Torre, *Derechos humanos: dignidad y conflicto*, (Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1996), 19.

⁴⁶ Francisco Bertrand Galindo et al., *Manual de Derecho Constitucional*, (Ed. Talleres Gráficos UCA, El Salvador), 695.

En caso de vulneración de estos principios como se hizo referencia en el párrafo anterior cabe, el hacer uso del mecanismo de defensa que es el Amparo, según el Art. 247.- Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

2.3. Derechos fundamentales de la población con orientación sexual diversa

Al referirse al matrimonio entre personas del mismo sexo, no se puede partir del precepto internacional que aboga por la igualdad y la dignidad de los seres humanos, sin tener en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, incorporando las nuevas ideas socialistas, sindicalistas y humanistas, teniendo un contexto de lucha por la libertad y la democracia.

Se debe empezar por definir que por derechos humanos se entiende que son los que posee todo ser humano por el hecho de serlo con independencia de que sean reconocidos o no por el derecho y existe una visión del ser humano en la que se defiende la dignidad inalienable y esencial de toda persona humana, por encima y al margen de cualquier circunstancia accidental como nacionalidad, sexo, lengua, religión o nivel de instrucción.

Estos son exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas debido a que se refieren a las necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos. Son unos derechos tan básicos que sin ellos resulta difícil llevar una vida digna. Estos derechos son para todos que, aunque no estén contemplados en todas las constituciones

de determinados estados fungen como la base moral a la que muchos documentos legales hacen hincapié, ya que fomentan la igualdad, libertad, dignidad y la posibilidad de desarrollo, así como de una vida digna.

Estos derechos no reconocen distinciones de ningún tipo, porque resulta evidente ya que engloba a toda la familia humana y no a ciertos grupos ni nacionalidades. Son las exigencias que como mínimas, se piden en un Estado de derecho y son elementos básicos para una vida en armonía e igualdad en una sociedad, por ello se dice que son universales, ya que engloban a todos, sin distinción, son prioritarios porque al entrar en conflicto con estos estatutos se tiene que tratar de manera inmediata, primero defender la condición humana, son también innegociables ya que son preceptos inherente a los seres humanos.

Tampoco existen tribunales que condenen mediante sentencias ejecutivas a penas por su incumplimiento. Éste ha sido y es el caso de muchos gobiernos condenados moral y políticamente por las Naciones Unidas y por Amnistía Internacional (Somalia, Guatemala, Sudán, EE.UU., etc.) por quebrantar los derechos humanos de modo continuo, pero que siguen haciéndolo impunemente.

Es verdad que existen mecanismos de denuncia de violaciones de los Derechos Humanos a determinadas instancias como la ONU o el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ). Asimismo, en Europa existe el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo en el que todos los ciudadanos europeos pueden interponer recursos jurídicos contra un Estado miembro del Consejo de Europa por violación de los derechos humanos. Sin embargo, todas estas instancias, aunque pueden condenar no pueden sancionar ni hacer que la condena sea efectiva ni obligar a su cumplimiento.

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) define a estos derechos como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

2.3.1. El derecho a la vida

La vida es el bien más grande que debe ser tutelado por las leyes, es el valor principal dentro de la escala axiológica de los derechos del hombre. Sin ella todos los demás derechos resultan inútiles. La vida debe ser específicamente protegida por el ordenamiento jurídico, pues es el fundamento mismo de la existencia de la persona. Por ello, el derecho constitucional salvadoreño concibe al Estado como instrumento al servicio del hombre, en su doble dimensión de ser individual y ser social.

El hombre posee al igual que los demás seres de la naturaleza, una vida biológica, la cual, constituye no sólo un hecho cuya realidad e integridad deben ser protegidas por las normas, sino además un derecho. Esto quiere decir que socialmente el hombre tiene el derecho a no ser privado injustamente de la vida, a que ésta no sufra ataques injustos del prójimo o del poder público. Inclusive tanto el Estado y sus autoridades como la sociedad, se encuentran obligados correlativamente de ayudarlo a defenderse de los peligros naturales y sociales que lo rodean.

La Constitución vigente de El Salvador en el Art. 2 de la Sección Primera, Capítulo uno, sobre los derechos individuales y su régimen, consagran, entre otros, el derecho de toda persona a la vida,... y a ser protegida en su

conservación y defensa. El derecho a la vida tiene por sujeto activo o de pretensión a cada individuo y por sujeto de obligación o pasivo de manera inmediata a los titulares del poder y a la autoridad pública, y de manera inmediata al Estado.⁴⁷

En la sentencia de la sala de lo constitucional, dictada el cuatro de abril de dos mil dieciocho se manifiesta que el derecho a la vida comprende dos aspectos fundamentales: (i) el primero, referido al derecho a evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y (ii) el segundo relacionado al derecho de estas a tener acceso a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.⁴⁸

Para precisar esta última perspectiva, debe señalarse que el derecho a la vida comporta la necesidad de brindar a las personas condiciones mínimas que, de manera indefectible resultan indispensables para el desarrollo normal y pleno del proceso vital; razón por la cual tal derecho se encuentra estrechamente vinculado a otros factores o aspectos que coadyuvan con la procuración de la existencia física bajo estándares de calidad y dignidad, siendo una de estas condiciones la salud.

Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de

⁴⁷ Francisco Galindo et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 715-717.

⁴⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 145-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018)*.

parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna.⁴⁹

2.3.2. Derecho a la identidad

El hombre y la mujer han sido dotados por el ordenamiento jurídico de una esfera de protección que comprende derechos inherentes a la persona considerada como una entidad moral; derechos de la personalidad, todos ellos innatos. La personalidad no es un equivalente de capacidad de derecho, el presupuesto necesario para la titularidad de derechos y obligaciones, sino de una síntesis de facultades fundamentales que derivan de su propia esencia y que el hombre dispone, por la razón de reconocerle la calidad de persona.⁵⁰

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en El Salvador tienen el rango de ley, y que se encuentra sobre la ley secundaria, pero no sobre la Constitución, los cuales protegen los derechos con el fin de resguardar la dignidad del hombre en virtud del reconocimiento y respeto de su identidad, es por ello que en este apartado se abordara el tema sobre la identidad y especial la identidad sexual, que es uno de los derechos humanos, de los cuales la comunidad transgénero hace énfasis en sus discursos sobre los derechos que tiene la comunidad homosexual, que en muchos países ha tenido el apoyo del Estado.

⁴⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Ref: 348-99* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2001).

⁵⁰ María Gabriela Leret, *Derecho, Biotecnología y Bioética: Exposición y Análisis de los Principios y Conceptos Fundamentales para la Comprensión de la Bioética a la Luz de las Ciencias Jurídicas*, (Ed. Cecsa., Venezuela: Caracas, 2005), 10.

Identidad, se deriva de las voces latinas idem, eadem, (“el mismo”, “la misma”, “lo mismo”), y ens, entis, (“ser”, “existencia”); esto es, “el mismo ente”, “la misma existencia”, sin que las posibles variaciones inherentes a cada persona lleguen a impedir sus diferencias esenciales de los demás.

Los seres humanos se desarrollan, pero poseen unas cualidades singulares y menos mutables. *“La identidad podría definirse como el conjunto de características físicas, jurídicas y sociales que individualizan a una persona en su medio ambiente; entre las características físicas tenemos la raza, las huellas dactilares, el sexo, el color de piel, el color de los ojos, el cabello, etc.; las características jurídicas serán el nombre, la nacionalidad, el estado familiar, etc.; y las características sociales son aquellas que indican la cultura, la religión y las convicciones políticas”*.⁵¹

En este sentido, es preciso determinar que es la identidad sexual, como parte de la identidad personal, las cuales quiérase o no están vinculadas ya que: la identidad sexual es parte de la identidad total de las personas que les permite reconocerse, aceptarse, asumirse y actuar como seres sexuales. Si bien la estructura sexual se construye desde los primeros momentos de la vida, adquiere su definición en la adolescencia y para muchos constituye el eje organizador de la identidad global.

La identidad no puede otorgarse o denegarse, debe ser reconocida, ya que la construcción de la propia identidad es el trabajo que consume la vida de un individuo, siendo así la razón misma de su existencia; este derecho de autoconstrucción es el primordial derecho del hombre, se desprende de su orientación sexual, libertad y dignidad. Es por ello, que el derecho a la

⁵¹ Ibíd. 14.

identidad personal puede ser visto desde un plano formal y material. Desde el punto de vista formal, este derecho implica, que todo individuo goza del derecho a la individualización de la persona a través de signos jurídicos que los distinguen como puede ser el nombre o el seudónimo.

Desde el punto de vista sustancial o material el derecho a la identidad implica el respeto por el conjunto de características que distinguen a la persona en el campo de las creencias, las actitudes, los valores, los comportamientos propios. Es preciso determinar que es la identidad sexual, como parte de la identidad personal, las cuales quiérase o no están vinculadas ya que: la identidad sexual es parte de la identidad total de las personas que les permite reconocerse, aceptarse, asumirse y actuar. Si bien la estructura sexual se construye desde los primeros momentos de la vida, adquiere su definición en la adolescencia y para muchos constituye el eje organizador de la identidad global.

Mientras que en sentencia de la sala de lo constitucional dictada en el año dos mil dieciocho manifiesta que la omisión de regular la posibilidad de cambio de nombre acorde a la identidad de género es una desigualdad por diferenciación, porque al excluir esa posibilidad de los Arts. 11 y 23 inc. 2º Ley Nacional de las Personas Naturales, se distingue o separa a quienes necesiten ese tipo de modificaciones; además recalca que la desigualdad es irrazonable, porque el derecho al nombre es un derecho que se agota en propio ámbito individual sin trascendencia hacia terceros, de manera que la limitación establecida no sirve para lograr un propósito válido en una sociedad democrática.

Como es conocido por todos, la desigualdad impide el pleno ejercicio del derecho al nombre y a la identidad personal y genera desprotección frente a

actos de “*burla, mofa, escarnio y eventualmente hasta de tratos inadecuados y discriminación*”;⁵² los sujetos comparados son, por un lado, las personas cuya identidad de género difiere de su sexo biológico consignado al nacer y, por otro, las personas cuya identidad de género sí corresponde a dicho sexo biológico.

2.3.3. Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y que por lo mismo, se encuentra reservado de la acción y del conocimiento de las demás personas. En este sentido, el derecho a la intimidad resulta necesario para poder mantener una calidad mínima de vida.

Si bien es cierto, para poder determinar el contenido que tendrá el derecho a la intimidad en un momento determinado es necesario tener presente las prácticas sociales, para saber cuáles conductas de la persona serán necesariamente reservadas al ámbito de la intimidad. Lo que es realmente determinante del derecho a la intimidad es el respeto por el comportamiento libremente escogido y asumido por cada persona, de ahí que una de las principales manifestaciones de este derecho sea la sexualidad y por lo tanto, la elección de su orientación sexual.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha indicado que el derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la Convención Americana de Derechos

⁵² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 33-2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

Humanos (CADH), que protegen la inviolabilidad de la persona, establecen zonas de intimidad.

Es imposible lograr una definición exhaustiva de la noción de intimidad personal, tal como ha observado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *“Sería demasiado restrictivo limitar la noción de un “círculo íntimo” donde la persona pueda vivir su propia vida personal a su elección y excluirse por completo del mundo exterior no comprendido dentro de ese círculo. El respeto a la intimidad personal debe abarcar asimismo en cierta medida al derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”*.⁵³

No obstante lo anterior en sentencia de la sala de lo constitucional dictada en el año dos mil diecisiete manifiesta que el derecho a la intimidad, tiene por objeto la tutela del ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros -sean autoridades públicas o particulares-, porque lo se protege es el ámbito espacial donde se ejercita tal derecho, sin sujeción se trata o no de un lugar cerrado, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o disposición, o a la intensidad, periodicidad o habitualidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo.⁵⁴

El rasgo esencial que define los espacios físicos objeto de protección del Art. 20 de la Constitución reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Lo anterior, significa que el destino o uso que se hace de los mismos delimita los

⁵³ Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y los Derechos Humanos Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Guía para Profesionales* n.4, (Ginebra, 2009), 53-54.

⁵⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia, Referencia: 368-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

espacios que son constitucionalmente protegidos, sin perjuicio de que, por alguna de las circunstancias antes dichas o de otras de carácter también objetivas, pueda inferirse clara y anticipadamente que tales lugares no pueden ser considerados como domicilio a efectos constitucionales.

2.3.4. Derecho de igualdad

Este derecho implica que todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias deben tener igual tratamiento, es decir, debe existir un trato uniforme ante situaciones similares. El derecho a la igualdad adquiere descripción normativa en el Art. 3 de la Constitución de El Salvador, estableciendo un principio general según el cual: “*todas las personas son iguales ante la ley*”.⁵⁵

Pero también la Constitución salvadoreña efectúa en el resto de su normatividad algunas concreciones frente aspectos relativos a la igualdad, tales como el Art. 32 inc. 2, referente a la igualdad jurídica de los cónyuges; el Art. 36 habla sobre la igualdad de los hijos frente a sus padres independientemente de su origen dentro o fuera del matrimonio; el Art. 38. ordinal 1, respecto a la igualdad de remuneración frente igualdad de trabajo, e inclusive el Art. 58 de la misma, establece un principio de no discriminación en el acceso a la educación por parte de los establecimientos educativos.

El derecho a la igualdad está consagrado y regulado a nivel internacional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en la Declaración Americana de Derechos del Hombre (DADH), en ellas se prohíbe a los

⁵⁵ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983) Art. 3.

Estados toda discriminación por razones de sexo tanto en la ley como de hecho.

Ahora bien, además de ser un derecho se sostiene que la igualdad es un principio informador de los derechos fundamentales, por lo que debe decirse que la igualdad no puede estudiarse solamente como derecho si no como una norma general que inspira y da vida a los derechos fundamentales. La igualdad como criterio de desarrollo aparece también en forma implícita en todas aquellas disposiciones constitucionales en las cuales se usa la palabra “*todos*”, “*todo habitante*”, “*todos los salvadoreños*”, “*todos los ciudadanos*”, entre otros.⁵⁶

El principio de igualdad plantea muchos problemas, entre ellos su naturaleza jurídica ya que no solamente se admite que se trata de un derecho fundamental sino también de un principio general del derecho y cuya interpretación debe entenderse como un principio inspirador para todas las esferas jurídicas, así el Art 3 de la Constitución incorpora los elementos que describen a este principio como un derecho fundamental en razón de considerarla como un mandato con un ámbito normativo propio sin perder de vista las generalidades de su contenido⁵⁷

A su vez, el Art. 11 del Código de Familia salvadoreño define el matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida. Por lo anterior, y de acuerdo con lo

⁵⁶ Francisco Galindo et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 878.

⁵⁷ Carolyn Mercedes Arévalo Quintanilla y Karina Vanessa Sánchez Grande, “El principio de igualdad regulado por la Constitución y su vigencia en las relaciones familiares”, (Tesis de grado: Universidad de El Salvador, 2009), 25-26.

señalado en informe estatal, en El Salvador no es posible el matrimonio ni se reconoce la unión estable entre personas del mismo sexo.

En razón de su condición de género, las lesbianas y los travestis se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad porque son discriminados en los centros de salud, incluso en los que se destinan a la atención especial de la mujer; han sufrido la violación de su integridad personal por parte de miembros de la fuerza pública, integrantes de pandillas y otros actores privados, sin que el Estado prevenga e investigue tales hechos; han sido impedidas de frecuentar los centros de enseñanza y a trabajar forzosamente, y han sido víctimas corrientes de violación sexual.

2.3.5. Derecho a la integridad física y moral

El más inmediato derecho vinculado al derecho a la vida es el de la integridad física y moral. El primero, consiste en el derecho que tiene todo individuo a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo a su persona física. Se fundamenta en la protección elemental del instinto de conservación y tiene como objetivo evitar atentados parciales a la vida, ya se trate de mutilaciones, las cuales reducen el organismo y pueden hasta suprimir algunas de las funciones básicas, o de heridas que pueden ocasionar, además del perjuicio estético, la lesión económica producida por la incapacidad temporal o permanente para el trabajo.⁵⁸

El mismo derecho fue reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en sus Arts. 3 y 5; por el Pacto Internacional de los Derechos Humanos (PIDH) o Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 5.

⁵⁸ Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, (Ed. Alfa, Argentina: Buenos Aires, 1953), 329.

Siendo importante destacar que el Pacto contempla además el derecho que tiene toda persona a no ser sometida sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, Art. 7. La Constitución vigente consagró por primera vez, de manera expresa, en su Art. 2 el derecho que tiene toda persona a la integridad física y moral... y a ser protegida en la conservación y defensa de las mismas., la Carta Magna en su Art. 27 inciso 2 las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptivas y toda clase de tormento.⁵⁹

En lo concerniente al ámbito psicológico del ser humano, la integridad se entiende como la preservación total y sin menoscabo de la psiquis de una persona, es decir, de las plenas facultades mentales propias de su actividad cerebral, tales como la razón, la memoria, el entendimiento, la voluntad, entre otros. El normal funcionamiento físico y psíquico de una persona asegura un despliegue de sus facultades humanas de una manera completa y única.

Finalmente, en la vertiente moral, la integridad representa la capacidad y la autonomía del individuo para mantener, cambiar y desarrollar sus valores y su personalidad. Po tanto cualquier tipo de atentado que degrade y lesione moralmente a una persona, como los insultos, la difamación, la trata de personas o las violaciones o abusos sexuales, puede comprometer no solo la dimensión física y psicológica de un individuo, sino también su dimensión moral.⁶⁰

2.3.6. El derecho a la libertad

La libertad es intrínseca a la persona humana. Consiste en la potestad que

⁵⁹ Constitución de la República de El Salvador, Arts. 2 y 27.

⁶⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 749-2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

ésta tiene de escoger los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad y de elegir los medios respectivos más apropiados para su obtención. Por ejemplo, así figura en el Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), cuando indica que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.⁶¹

Es claro que: Si mi libertad se termina dónde empieza la de los demás, no es posible que algunas personas pretendan imponerse frente a otras, como si fueran los dueños absolutos del libre albedrío del mundo, ya que individualmente, aunque otros no estén de acuerdo con las posturas, creencias o tradiciones personales que, en el ejercicio de la dialéctica diaria, debe entenderse como esa búsqueda de la verdad en el desarrollo de la plena libertad.

Con respecto a El Salvador, en su Constitución en los Arts. 2, 4, 5 y 6 manifiestan el derecho a la libertad y abarca más que la física o territorial, porque como ya se sabe también existe libertad de expresión, por lo tanto se puede difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público.

2.3.7. Derecho a tener una familia

Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros; tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco. Este derecho tiene como objetivo principal regular las relaciones

⁶¹ Francisco Galindo et al., *Manual de Derecho Constitucional*, 728

así como dirimir las controversias que se susciten entre las personas que integran este núcleo. La Constitución de El Salvador contempla una protección especial de la familia por parte del Estado por considerarla como la base fundamental de la sociedad.⁶²

Asimismo, de manera expresa el Art. 32; establece que la familia es 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, su bienestar y su desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de este no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia. Al igual que en el Código de Familia en su Art. 2 donde manifiesta la familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

Sin embargo, es lamentable que el ordenamiento jurídico desconozca que actualmente el concepto de familia ha evolucionado, pues más que nexos sanguíneos, lo que se busca proteger es la convivencia ligada por vínculos emocionales, a pesar de esto, no se contempla ningún tipo de efecto jurídico a la unión de dos personas del mismo sexo, ni siquiera se les ha reconocido como unión de hecho a fin de gozar de algún tipo de regulación.

Es decir, que evidentemente provoca que no se considere como familia, al menos para el ordenamiento jurídico, la unión homosexual, cuando el vínculo que une a dos personas de un mismo sexo, que deciden llevar a cabo un proyecto de vida en común, va más allá de la conveniencia económica. Con

⁶² Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed. (Ed. Astrea, Argentina, 2004), 23.

la apertura del derecho al matrimonio para la minoría homosexual se garantizaría que las uniones que se lleven a cabo entre parejas de un mismo sexo reciban toda la protección contemplada en el ordenamiento jurídico para el núcleo social considerado familia.

Más allá de una protección jurídica, el matrimonio no solo genera beneficios para las personas que optan por él, sino que es una institución que tiene trascendencia y reconocimiento social, pues como se ha visto en la experiencia de los países que lo han aprobado, su reconocimiento ha generado mayor tolerancia y aceptación de este grupo de personas. Asimismo, al eliminar la citada prohibición se estaría reconociendo a su vez el derecho a las parejas del mismo sexo de conformar familias de hecho, debido a que se eliminaría el impedimento matrimonial y por lo tanto poseerían la aptitud legal para casarse.

De esta forma tendrían acceso a dos formas de tutela jurídica, por una parte el matrimonio y por otra la unión de hecho, quedando a su elección como desean desarrollar su relación de pareja.⁶³

Existe una evidente desprotección jurídica en relación al tema homosexual, concerniente a la constitución familiar, la que debe edificarse con concepto de voluntad responsable, capacidad de quienes así lo deseen, con soporte en la comunidad de vida, mutua ayuda, permanencia, singularidad e inexistencia de impedimentos legales, dejando de lado el concepto de procreación que solo constituye uno de los fines del matrimonio o la misma unión marital de hecho y que asemejando lo homosexual con la unión

⁶³ Mónica Hernández Leiva, y Carmen Laura Valverde Phillips, “Estudio sobre la Inconstitucionalidad de la Prohibición del Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo”, (Tesis de grado: Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2007), 181.

heterosexual donde no se puede o desea procrear, presenta soluciones de técnica médica de fecundación asistida o consolidación a partir de la reapertura de la adopción.

Debe especificarse en norma expresa que todas aquellas normas de derecho de familia son aplicables a uniones de pareja sin tener en cuenta la opción sexual de quienes las conforman, en tal virtud, ha de concluirse que el país está saturado de normatividad lo que para nadie es desconocido y para que se materialicen los derechos de familia de pareja homosexual no se requiere decodificar e implementar leyes distintas de las existentes, la labor política debe fijar su praxis a la modificación de las existentes a efecto de excluir el ingrediente de polarización de sexos que en nada beneficia al país y a los conciudadanos, pues nada es más criticable que actuar con ignorancia e intolerancia.

Además de las restricciones que existen en su vida familiar, la población LGBTTTIQ tuvo que enfrentar en los últimos años la pretendida reforma a los Arts 32, 33 y 34 de la Constitución de la República, a fin de prohibir expresamente el reconocimiento del matrimonio de personas del mismo sexo celebrado o reconocido por las leyes de otros países; la unión estable de estas parejas, y la adopción de niños por dichas personas. Conforme a lo indicado en este informe, el debate acerca de esta propuesta creó un ambiente de intolerancia y hostilidad hacia las personas con orientación sexual diversa, quienes fueron víctimas de actos de amenaza y violencia.

2.3.8. Derecho a la seguridad social

La cotización consiste en una extracción de recursos patrimoniales del trabajador (o de los dos miembros trabajadores de la pareja), dirigido a

atender las necesidades de salud o las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte para el trabajador o los miembros de su familia. Tales recursos, de manera individual, en pensiones ingresan a un fondo económico permitiendo en el evento de una contingencia, que el trabajador o su familia tengan una pensión que les permita garantizar una solvencia económica frente al percance presentado, sea producto de la vejez, la invalidez o la muerte.

Se podría objetar que el legislador únicamente ha desarrollado el derecho a la seguridad social frente a las relaciones familiares ortodoxas, o llamados también matrimonios heterosexuales, restringiendo la ampliación del núcleo familiar a los casos en los cuales, por alguna vía, existen relaciones de consanguinidad o de afinidad diferentes a las comúnmente establecidas, tal es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio y además es un derecho subjetivo. Como derecho subjetivo, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social lo cual constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, la negativa de una entidad de considerar como beneficiario a una persona que sea pareja homosexual en razón de su orientación sexual.

En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a las personas con diversidad sexual como beneficiario del servicio, por solo el hecho de estar haciendo vida de pareja, ya que resulta adecuado para proteger los derechos de igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud, entre otros.

2.3.9. Derecho a la educación

La educación es tanto un derecho humano como un medio vital para promover la paz y el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. A fin de que se realice su potencial para contribuir a construir un mundo más pacífico, la educación debe ser universal y accesible de manera igualitaria para todos y todas, según el Art. 1 de la Ley General de Educación.⁶⁴

Siempre este derecho consiste en un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes. Cada mujer, hombre, joven y niño o niña tienen el derecho a la educación, capacitación e información de forma constante; así como a otros derechos humanos fundamentales para la realización plena de su derecho a la educación.

El derecho de todas las personas a la educación se encuentra establecido en la Constitución de la República en el Art. 53 el cual expresa: El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana; en consecuencia, es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación, fomento y difusión.

Al igual que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en su Art 26 inc 2 manifiesta que La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la

⁶⁴ Ley General de Educación (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1996), 1.

comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las naciones unidas para el mantenimiento de la paz. Es por ello que la asamblea legislativa y el ministerio de educación, deberían reformar la ley general de educación para asegurar:

- a) El acceso a la educación, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, en igualdad de condiciones y trato igualitario a estudiantes, docentes y otro personal dentro del sistema educativo.
- b) Definir las necesidades particularidades de estudiantes que se autodefinan como LGBTTTIQ, para protegerles de la marginación, exclusión o violencia, incluyendo a sus madres, padres y familiares; y que la educación formal, sea planteada de tal forma que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género.
- c) Que la metodología y recursos educativos sean diseñados para que en la población aumente la comprensión y el respeto hacia la población LGBTTTIQ.
- d) Garantizar a los/as estudiantes, docentes y otro personal LGBTTTIQ, la protección requerida dentro del ámbito escolar, ante cualquier forma de exclusión y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, y que se sancione según lo estipulado por la ley.

De acuerdo a lo anterior, sin importar el grado escolar o académico del que se trate, porque como es conocido por todos, las personas con diversidad

sexual están presentes en la sociedad desde la educación primaria, secundaria, técnica, universitaria y hasta los más altos rangos o puestos laborales, y es por ello que su preferencia sexual no debe ser piedra de tropiezo o mucho menos una limitante para que todas y todos los ciudadanos de El Salvador se desarrollen de la mejor manera.

2.4. Derecho al trabajo

Es el reconocimiento y la protección a la capacidad que tiene la persona humana para exteriorizar su energía física y psíquica con el objetivo de conseguir un fin determinado; fin que, por trascender, en su beneficio, de los meros efectos referidos al mismo trabajador, a beneficios económicos, sociales y culturales de la comunidad, pasa a convertirse en una función social.

Dicho derecho que permite el acceder o mantenerse en un empleo fijo debería de ser sin distinción de género u orientación sexual, ya que cada día es más latente la discriminación en nuestro país, existiendo restricciones por el género o la orientación sexual de las personas, no tomando en cuenta las capacidades físicas y mentales, que puede tener quien quiere obtener o mantener un trabajo digno y recibir por este un salario justo.

También ha caracterizado dos dimensiones en el contenido del derecho al trabajo: en su dimensión de derecho individual, el derecho al trabajo no es sino una manifestación del derecho general de libertad; es así como la Constitución, en los Arts. 2 y 9, lo contempla dentro de los derechos individuales.

Lo anterior significa que la normativa constitucional, en primer lugar, reconoce a toda persona en su calidad de ente capaz de exteriorizar conscientemente su energía física y psíquica, con el fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, de un interés o de una utilidad social; y, como segundo lugar, garantiza que dicha libertad no pueda ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular y en caso de intentarse su vulneración, poner en marcha los mecanismos de tutela de tal manifestación de la libertad.

La Constitución de la República de El Salvador reconoce que el trabajo, como una actividad humana, encarna un valor ético y, consecuentemente, en la Sección Segunda, Capítulo I del Título II especialmente en el Art. 37 dispone que la actividad laboral no puede ser tratada como objeto de comercio ni cotizada según las leyes del mercado; por lo que, además del salario, como retribución del valor económico producido como resultado de la actividad laboral, se debe cumplir con una serie de prestaciones, derechos y garantías sociales adicionales del trabajador, que le posibiliten una existencia digna. El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado, y no se considera artículo de comercio.

La sala de lo constitucional sostiene que la estabilidad laboral, es la manifestación del derecho al trabajo, implica el derecho del empleado a conservar un trabajo o empleo, el cual puede invocarse cuando concurren a su favor circunstancias como: que subsista el puesto de trabajo, que el trabajador no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, que se desempeñe con eficiencia, que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido, que subsista la institución para la cual se

presta el servicio y que, además, el puesto o cargo no sea de aquellos que requieran de confianza, ya sea personal o política.⁶⁵

El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, y para asegurar a él y a su familia las condiciones económicas de una existencia digna. De igual forma promoverá el trabajo y empleo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas, mentales o sociales. También las normas jurídicas establecen que no debe de existir ningún tipo de discriminación en el lugar de labores, según el Art. 246 de Código Penal.

La aceptación de personas con diversidad sexual en el mundo laboral salvadoreño ha ido cambiando lentamente y logrando así que en algunas empresas, sus aportaciones se respeten y valoricen, todavía se percibe un clima de rechazo y discriminación. Esto coloca a las personas diversidad sexual en una situación de vulnerabilidad, que se dificulta por el hecho de que el derecho laboral en El Salvador no le otorga protección legal alguna.

2.4.1. Derecho a la libertad de asociación

La libertad de asociación o derecho de asociación, es un derecho humano que consiste en la facultad que disponen los seres humanos de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones libremente con objetivos de concreción lícitos, así como también la libertad de retirarse de las mismas en caso de así disponerlo. Es decir, que este derecho supone la libre disponibilidad de los individuos para constituir formalmente agrupaciones

⁶⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 261-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

permanentes o personas jurídicas encaminadas a la consecución de fines específicos.

Esta libertad es una prolongación natural de las libertades de pensamiento y de reunión y por tanto, al igual que las mencionadas libertades supone un derecho de primera generación siempre y cuando se lo realice con fines pacíficos y para lograr un objetivo que de ninguna manera se contraponga a la ley o al bien común.

La libertad de asociación está garantizada por el Art. 7 de la Constitución en su inciso primero el cual dice: Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Al igual que se encuentra regulado por el Art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en los siguientes términos: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ACNUDH), contempla la libertad de asociación en su Art. 22, inc 1, del siguiente modo: Toda persona tiene el derecho a la libertad de asociación con otros, incluyendo el derecho a crear y formar parte de los sindicatos laborales para la protección de sus intereses.

El fundamento e importancia del derecho a asociarse libremente ha sostenido que tal derecho, al igual que muchos otros, deriva de la necesidad social de solidaridad y asistencia mutua. De ahí que el ejercicio de dicho derecho se traduzca en la constitución de asociaciones de todo tipo que, con personalidad jurídica propia y una cierta continuidad y permanencia, habrán

de servir al logro de los fines, a la realización de las actividades y a la defensa de los intereses coincidentes de los miembros de las mismas.

Es así como, de esta forma, surgen los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y colegios profesionales, sociedades mercantiles, fundaciones culturales, de beneficencia y de ayuda mutua, comités de lucha y de defensa, centros y clubes deportivos, entre otros.

2.4.2. Derecho sucesorio

Cuando un individuo muere, su patrimonio es liquidado pagando las deudas a sus acreedores y el remanente es entregado a quien el causante haya designado en su testamento y a falta de este, a las personas que la ley señale, generalmente familiares. La sucesión legítima es una forma supletoria, pues solo se aplica cuando falte total o parcialmente un testamento. Es así como se aplican las disposiciones de la sucesión ab intestato, estableciendo órdenes preferentes de manera tal que solo a falta de un grado preferente son llamados los del grado inmediato inferior siguiente.

Es por ello, que de no existir parientes próximos del causante la totalidad del haber hereditario pasa a poder de algunas instituciones del Estado. Si el testador omitió disponer de algunos bienes, respecto a ellos entrará regirá lo dispuesto por la ley. Igualmente, cuando el testamento caduca, se declara su nulidad o los herederos testamentarios renuncian o sean indignos se aplica el régimen legal.⁶⁶

⁶⁶ Mónica Leiva y Carmen Phillips “Inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo”, 80-83.

El Art. 22 de la Constitución: Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción. Es así como el Art. 988 del Código Civil explica quienes son llamados a la sucesión intestada.

Al respecto, es importante mencionar que el derecho patrimonial familiar tal como lo manifiesta la sala de lo constitucional en sentencia dictada el día veintisiete de marzo de dos mil diecisiete⁶⁷ es el conjunto de relaciones jurídicas de contenidos económicos, que surgen como consecuencia de los vínculos familiares o de los estados personales regulados por el derecho de familia.

Pero para los miembros de la comunidad de personas con diversidad sexual, no pueden ser incluidos en el caso del fallecimiento de sus parejas, debido a que no se encuentra regulado en el Código de Familia, las uniones de hecho y los matrimonios entre personas del mismo sexo, por lo tanto, el sobreviviente queda excluido del poder obtener participación en la herencia del causante. La situación actual respecto de las uniones de hecho frente a las normas del derecho de sucesiones puede caracterizarse, sobre la base de la constatación de tres realidades: una ausencia normativa, una imposibilidad teórica y una improbabilidad jurisprudencial.

⁶⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 19-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

CAPITULO III

EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD SEXUAL POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO

Con la presentación de éste capítulo se pretende, señalar el olvido de la diversidad sexual por parte del Estado relegando la obligación constitucional. Se presenta una serie de hechos donde se evidencia una clara violación a los derechos humanos de las personas de la diversidad sexual; producto del no reconocimiento jurídico del Estado.

3. Derechos humanos y diversidad sexual en El Salvador

Es necesario considerar que los derechos humanos, avanzan a paso lento por factores de carácter político, religioso, moral y cultural, sin embargo los Estados han celebrado y ratificado tratados y convenios internacionales que buscan el respeto y cumplimiento de los derechos humanos a raíz de las gigantescas violaciones a derechos cometidas en su mayoría por las mismas instituciones estatales como por ejemplo, la fuerza armada salvadoreña, por lo que la presión internacional ha sido constante en materia de derechos humanos con fines de que se defiendan en gran medida a través de instrumentos jurídicos que protejan y garanticen los derechos humanos de sectores marginados históricamente.

Es por ello, que mediante el decreto 183, la Asamblea Legislativa crea la ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), en el año de 1992, publicada el 6 de marzo del mismo año de creación, institución

cuyo objeto de creación es para velar por la protección, promoción educación de los derechos humanos y por la vigencia irrestricta de los mismo.⁶⁸

Esta institución nace inmediatamente que el Estado salvadoreño ponía fin a una guerra civil, dejando al descubierto las masivas y constantes violaciones a los derechos humanos, sufridos en su mayoría en niños, mujeres y personas de la tercera edad, por lo que inmediatamente el Estado firmada la paz se comprometió a crear instrumentos jurídicos que procurasen el respeto a los derechos humanos, es así como se reformó la Constitución de la República creando la procuraduría para la defensa de los derechos humanos (PDDH), como institución del ministerio público.

El Salvador es parte de una diversidad de tratados y convenios internacionales que buscan la promoción y defensa de los derechos humanos, así el Estado ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en 1978, dando paso firme en el respeto a estos, sin embargo debe mencionarse que a esa fecha ya el ambiente de violencia se vivía, lo que meses más tarde estalla la guerra civil que registra una violación extensa de derechos los cuales a la fecha no han sido esclarecidos por el Estado.⁶⁹

Además ratificó el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también la Declaración Universal de Derechos humanos (DUDH), todos estos instrumentos jurídicos internacionales son parte del ordenamiento jurídico

⁶⁸Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1992).

⁶⁹Convención Americana de Derechos Humanos (Costa Rica: Organización de Estados Americanos, 1969).

salvadoreño con un solo objetivo en común la protección de los derechos humanos de toda persona, los cuales incluyen un principio rector de igualdad ante la ley y no discriminación, derecho consagrado en la Constitución de la República.⁷⁰

El Estado salvadoreño no ignora una de las características trascendentales de los derechos humanos, la progresividad, esto se explica por los cambios sociales que sufren los Estados, los cuales deben ser considerados bajo cualquier circunstancia que origine la evolución de ese derecho humano, puesto que todo el derecho es mutante y por consiguiente los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales deben ajustar sus leyes a los cambios constantes que viven las sociedades y garantizar a sus ciudadanos el goce de todo derecho sin distinción alguna que menoscabe la integridad física y psíquica por razones discriminatorias.

En definitiva, puede notarse el avance lento que El Salvador sigue con respecto al cumplimiento de los derechos humanos de las personas con orientación sexual diversa tomando en cuenta que tanto el derecho interno como internacional contempla disposiciones integradoras con fines de respeto a los derechos de las personas con orientación sexual diversa que actualmente son excluidas de los derechos constitucionales, y que estos son enriquecidos por normas internacionales.

En la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señalan que el Relator Especial de Naciones Unidas

⁷⁰ Constitución de la República de El Salvador, 1983. Art. 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

advirtió sobre la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes al señalar que la discriminación por razones de orientación sexual puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos.

Debe considerarse que Estados como El Salvador vulneradores de derechos humanos a gran escala no son capaces de cumplir con los compromisos adquiridos ante organismos internacionales, sin embargo, a pesar de los retrasos por reconocer los derechos humanos de grupos con orientación sexual diversa Estados suramericanos avanzan en reconocer derechos de estos grupos que son discriminados y desprotegidos constantemente en la historia de la humanidad. No obstante, los factores políticos, morales y religiosos son un alto en la progresividad de los derechos humanos en particular de estos grupos que parecieran no ser parte del Estado salvadoreño.

Asociado a lo anterior, el Estado salvadoreño aceptó someterse a las decisiones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), tribunal garante de la escritura de la Convención, por lo que dentro de las resoluciones que ésta Corte emite están las opiniones consultivas que son resoluciones interpretativas de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁷¹

Al tener en cuenta que El Salvador, debe considerar las resoluciones emitidas por dicha corte, la opinión consultiva OC-24/2017 si bien fue solicitada por Costa Rica, los jueces en su deliberación concluyen que los

⁷¹ Convención Americana de Derechos Humanos, (1969).

Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violentar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio.⁷² De lo anterior debe entenderse que los Estados parte de la Convención acaten el cumplimiento de las normas internacionales que buscan garantizar los derechos humanos sin distinción alguna.

3.1. El cumplimiento de derechos de las personas con diversidad sexual

Ya se dijo que el estancamiento en reconocer los derechos de la diversidad sexual es por factores políticos, religiosos, morales y culturales, sin considerar que los derechos que se violentan son de personas que por tener una orientación sexual distinta a la tradicional, son discriminados y puestos en desventaja ante cualquier riesgo que atente incluso con la vida.

3.1.1. Derecho a la vida

Para poder hablar y disfrutar de la gama de derechos, debe abordarse el que da origen o principal el derecho a la vida, atribución constitucional de conservar y defender la existencia biológica del ser humano, constituyendo un derecho humano tutelado por el ordenamiento jurídico. Este derecho actualmente pareciera no tener el valor supremo que históricamente se le ha reconocido, principalmente cuando grupos de la sociedad son excluidos de la esfera de protección jurídica y con ello poner en desventaja a personas que,

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva*, OC-24/2017 (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

por tener una inclinación sexual diferente a la tradicional, se le prive de protección y respeto de los derechos.

En la publicación realizada por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, se estableció que la violación motivada por prejuicios contra las personas con diversidad sexual es una conducta típica cometida por agentes no estatales, pueden ser particulares, grupos organizados u organizaciones extremistas o conservadores, por lo que señala que aunque este tipo de violación a derechos humanos no se investigue ni sancione en muchos casos constituye un incumplimiento por parte del Estado suscriptor de proteger el derecho a la vida de todas las personas⁷³.

Así lo establece el Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ⁷⁴ regula que todo individuo tiene derecho a la vida y el Art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que regula el derecho a la vida como inherente a la persona y protegido por la ley, así como la prohibición de privación de la vida arbitrariamente.

En la misma publicación, el alto Comisionado de Naciones Unidas expresa la obligación de los Estados de proteger la vida, sosteniendo que el derecho internacional, regula para los Estados investigar esos asesinatos cometidos por particulares y hacer comparecer ante la justicia a los hechores. Llama la atención que el documento relaciona al Estado de El Salvador como ejemplo, donde el Comité de Derechos Humanos (CDH), expresó su preocupación por

⁷³ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Nacidos Libres E Iguales: "Orientación Sexual e Identidad de Genero en las normas Internacionales de Derechos Humanos", (New York, 2012), 12.

⁷⁴Declaración Universal de Derechos Humanos (Francia: Comisión de Derechos Humanos, 1948).

casos de personas atacadas y muertes, con motivo de su orientación sexual, dejando al descubierto la falta de investigación en relación con estos actos ilícitos, añadiendo que el Estado salvadoreño debe otorgar una protección efectiva contra la violencia o la discriminación en razón a su orientación sexual.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), por lo tanto de la salvaguarda de este depende la realización de los demás derechos, pues debe entenderse que de no garantizar el Estado el derecho a la vida, no tendría fundamento pretender proteger los demás, puesto que el titular se extingue,⁷⁵ es por ello que la obligación de los Estados es de garantizar mediante la creación de condiciones que permitan un pleno goce y ejercicio de este derecho que abre la gama de derechos humanos.

Tal es el caso de Anahí Rivas, mujer trans de 27 años, quien fue asesinada en el boulevard Los Heroes, en el municipio de San Salvador; de forma brutal, al haber sido asfixiada con las medias que llevaba puesta, posteriormente fue arrastrada varios kilómetros atada a un vehículo, dejando su cuerpo abandonado frente a la discoteca Kairos del mismo boulevard; ocurrido el 27 de octubre del año 2019.⁷⁶

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su publicación denominada violencia contra personas LGBTTTIQ, señala que en

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004), 94

⁷⁶ Beatriz Calderon, "Desde vehículo sujetaron a miembro de la comunidad LGBTI y lo arrastraron en boulevard Los Héroes hasta matarlo", La Prensa Gráfica, 27 de Octubre, 2019.

un periodo de 15 meses, al menos 594 personas de la diversidad sexual fueron asesinadas en ataques aparentemente por su orientación sexual. Este número es distribuido en 283 asesinatos en hombres gay o percibidos como tales, y 282 en mujeres trans;⁷⁷ esto evidencia la vulnerabilidad en que personas en razón a su preferencia sexual son atacadas y privadas de sus derechos en diferentes Estados de la región latinoamericana.

3.1.2. Derecho a la identidad

Este derecho es consustancial a los atributos y a la dignidad humana, por lo que a criterio del comité jurídico interamericano es un derecho humano fundamental. El derecho a la identidad, derivado del derecho al libre desarrollo de la persona humana, va ligado a la autonomía misma del ser humano, es decir que la persona se auto determina y se auto gobierna por sí misma, por lo que se vuelve necesario que cada persona sea individualizada con caracteres como el nombre y que este se registre para contar con un soporte jurídico que le individualice.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de El Salvador en la resolución 40-P-2013, resolvió una solicitud de auto pareatis sobre la identidad, con fines de homologar una resolución proveniente de Estados Unidos de Norte América en la que se cambió el nombre de una persona de género masculino a un nombre femenino; es de considerar que en casos anteriores con la misma pretensión fue denegada la homologación, vulnerando el derecho a la identidad personal; pero en el presente caso la Corte consideró que el derecho a la identidad es un derecho constitucional

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas LGBTI, n.36 (2015): 91.

amparado en el derecho internacional,⁷⁸ por lo que modifica el criterio adoptado en otros casos y ordena que se margine la partida de nacimiento del peticionario.

De lo anterior puede extraerse que la interpretación constitucional realizada por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) salvadoreña, toma en cuenta la realidad actual y cambiante de la sociedad. Es importante establecer que los derechos humanos no deben ampararse agotando las instancias de la administración de justicia, sino más bien mediante técnicas legislativas y administrativas que den paso al reconocimiento de los derechos humanos de toda persona y no excluyendo de la esfera de seguridad jurídica que el Estado salvadoreño se ve obligado constitucionalmente a proteger tomando en cuenta el principio de igualdad y equidad es inherente a toda persona humana.

El caso mas reciente es la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Zacatecoluca, el cual aprobó el cambio de nombre y sexo a favor de una persona trans, luego que el caso se conociera en esa instancia, el 8 de agosto del año 2017. El proceso duró más de un año lográndose la aprobación bajo el argumento que existe un vacío legal en la Ley del Nombre de la Persona Natural (LNPN), al no regular específicamente un procedimiento que permita a las personas transexuales cambiar su nombre legal, después de haber realizado un proedimiento quirúrgico, viéndose que los juzgadores han empezado a reconocer los derechos de este sector que históricamente ha sido desprotegido intentando desde la administración de justicia reconocer los derechos a este grupo minoritario.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Pareatis, Referencia: 40-P-2013 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

3.1.3. Derecho a la intimidad

Este derecho protege la esfera de lo íntimo de la persona, y debe entenderse que nadie puede romper esa barrera que pueda perturbar la privacidad de la persona. De esa forma puede extraerse que bajo ninguna circunstancia puede oponerse a ese ámbito de intimidad de la persona humana sin causa que justifique la violación de este derecho, es por ello que la protección del Estado es fundamental garantizarla al ser parte de la gama de derechos constitucionales que deben ser protegidos y garantizados sin distinción alguna procurando así, que se goce plenamente y respete el mismo.

El Comité de Derechos Humanos (CDH) en las observaciones realizadas al Estado de Camerún, expresó su preocupación por la injerencia en la vida privada y discriminatoria de las personas, al penalizar los actos sexuales entre personas del mismo sexo.⁷⁹ Podría extraerse de lo anterior que si bien en El Salvador las relaciones entre personas del mismo sexo no está tipificado como delito, la violación a la intimidad es latente en las personas de la diversidad sexual al privársele del goce de los derechos constitucionales y ampliados por el derecho internacional; por lo que el Estado interfiere en la intimidad de personas con diversidad sexual, volviéndose clara la discriminación en razón al sexo.

Es decir que el ordenamiento jurídico salvadoreño establece un límite en cuanto a la intimidad personal y familiar, puesto que si una persona en su derecho de intimidad personal decide elegir como pareja de vida a una persona de su mismo sexo no puede acceder a la unión de hecho y la institución del matrimonio. Sin embargo, se ve reflejado esta prohibición en la

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos: "Observaciones finales del comité de derechos humanos al Estado de Camerún", n.1 (2010): 2.

ley secundaria, por lo que se vulnera la esfera íntima de las personas con diversidad sexual.

Recientemente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), admitió un recurso de inconstitucionalidad el 19 de julio de 2019 del Art. 90 causal 3° del Código de Familia, por la supuesta contradicción con los Arts. 1, 2, 3 y 144 inc. 2° de la Constitución, al alegar los peticionarios la transgresión a la visión personalista de la Constitución, además que el artículo ya relacionado contraviene el derecho a la libertad o autonomía personal a la intimidad personal y familiar, y el principio de igualdad puesto que el concepto de familia no debe ser entendido de manera aislada, porque en una sociedad plural no puede existir un concepto único y excluyente.⁸⁰

3.1.4. Derecho de igualdad

Que todas las personas son iguales ante la ley, es letra constitucional que en la realidad salvadoreña no es reflejada, sin embargo, el constituyente al consagrar este derecho fue claro en decir que no deben considerarse restricciones de nacionalidad, raza, sexo o religión;⁸¹ no obstante El Salvador es un país con muchas deficiencias humanistas y educativas que propician ambientes de desigualdad. Así debe entenderse que él constituyente habla de un trato igual para toda persona humana, es decir que las personas de la diversidad sexual por el hecho de ser personas son acreedoras de este derecho y gozar de protección y seguridad jurídica de todo el ordenamiento jurídico.

⁸⁰ Sala de lo Constitucional, *Recurso de Inconstitucionalidad*, Referencia: 149-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

⁸¹ Constitución de la República de El Salvador, 1983, Art. 3. Todas las personas son iguales ante la ley, para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

Este derecho es primordial para que el Estado mismo se cree un esquema de políticas que no dejen fuera a sectores que por circunstancias de sexo u otra se les excluya aun siendo parte de la sociedad. Se vuelve necesario que el mismo Estado considere que las personas con diversidad sexual al formar parte de la sociedad, son personas naturales o jurídicas que contribuyen al fisco, por tanto, merecen la protección del Estado y acceder a todos los beneficios jurídicos prestados por el mismo o por particulares, así como acceder a la unión de hecho, al matrimonio y a la formación familiar considerando que la igualdad como derecho humano es enriquecida por el derecho internacional.

Al establecer el legislador que el matrimonio es la unión legal entre un hombre y una mujer y que de celebrarse entre personas del mismo sería declarado nulo,⁸² es una clara vulneración al derecho de igualdad puesto que excluye de forma literal las personas del mismo sexo para acceder a la unión de hecho, al matrimonio y la familia. Por tal razón el Estado adeuda en materia de derechos humanos el cumplimiento del derecho de igualdad, lo cual pone en desventaja jurídica a estos sectores de la sociedad que han sido discriminados por su orientación sexual sufriendo violaciones de carácter moral y físico, aunado a ello propicia incertidumbre jurídica como Estado, al tener índices altos de violación a los derechos humanos.

Es por ello que en la resolución 56-2015, al considerar la Corte Suprema de Justicia salvadoreña que no existe contradicción entre el Art. 3 con el Art. 11 del Código de Familia, viéndose así clara la desigualdad hecha por los mismos intérpretes de la Constitución; pues es de considerar que el principio de igualdad como ya se ha dicho tiene como límite de aplicación la persona

⁸² Código de Familia, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), Arts. 11 y 90 causal 3°.

humana, sin entrar en la esfera de hacer diferenciación alguna en razón al sexo u otra condición que el mismo constituyente deja en claro, sin embargo, en la referida sentencia se vulneran los derechos de un sector que se le excluye bajo criterios discriminatorios y atentatorios a la dignidad de la persona humana.⁸³

3.1.5. Derecho a la integridad física y moral

Este derecho al implicar una protección de la vida, como integridad física y protección al maltrato psicológico que cause daño en la persona, como integridad moral, se estipula como derecho que protege a la persona en su entorno social y privado mediante leyes que castigan la falta de cumplimiento a este derecho, sin embargo las personas de la diversidad sexual son un blanco para dañarles en su integridad física y moral por razones de orientación sexual, viéndose reflejado en la violación que sufren especialmente los sectores de travesti y transexual que son vistos como vergüenza humana.

La integridad física y moral de las personas como derecho humano va relacionado con el derecho de igualdad por lo que las personas de la diversidad sexual se amparan en este derecho, no obstante es el mismo Estado causante principal de la transgresión a este y otros derechos, puesto que al no ser reconocidos y amparados jurídicamente son expuestos a una serie de violaciones, por lo que es un tanto criticable que El Salvador no ignorando su realidad de violencia que vive, permita que esta situación se agudice en sectores que son más vulnerables que el resto de la sociedad por

⁸³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 56-2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

su orientación sexual, que coadyuva para que sean vistos como personas extrañas y ajenas a la protección del Estado.

Es por ello, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su sentencia caso Ruano y Otros Vs. El Salvador, estableció que la violación a la integridad de la persona física o psíquica, abarca la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad de acuerdo a factores como la duración de trato, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad entre otros, que requieren un estudio particular, por lo que la Corte señala que en cada caso para determinar si hubo una violación a este derecho, debe analizarse las características personales de la supuesta víctima, esto porque las características de cada individuo pueden incrementar el sufrimiento y humillación cuando son sometidas a ciertos vejámenes.⁸⁴

La Corte al referirse a la integridad, define que una de las formas de violación a este derecho es mediante la tortura, la cual es definida en palabras de la misma Corte, al sostener que se está en presencia de un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato es intencional, cause severos sufrimientos físicos o psíquicos y se cometa con algún fin o propósito, no obstante deja claro que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas, lo que en determinadas circunstancias provocaría en la persona una angustia moral, llegando a considerarse una tortura psicológica.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando refiere a la violencia que sufren las personas de la diversidad sexual, ha dicho que en los informes presentados por organizaciones, sobre casos donde los mismos

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

agentes de seguridad no solo ejercen actos de violencia sino que incitan a que otras personas ataquen a estas personas por su orientación sexual, o bien son indiferentes ante la violencia que se emplee por terceros.⁸⁵

Como muestra de violación al derecho a la integridad física y moral de las personas con diversidad sexual, se muestra el caso de un miembro de la asociación Hombres Transexuales de El Salvador, al ser víctima en el año 2018 de un proceso arbitrario de detención por 10 agentes de la Policía Nacional Civil, quienes le propiciaron una golpiza hasta dejarlo inconsciente, después de un engorroso proceso en el que las asociaciones y colectivos LGBTI acompañaron a la víctima, en el que se logró únicamente una condena a dos de los agentes implicados.

3.1.6. Derecho de libertad y seguridad

La libertad personal, es importante destacar que se deja un margen amplio a la persona de decisión de sus actos, siempre con apego al ordenamiento jurídico, al tratar la libertad personal de la diversidad sexual es errado considerar que se protegen y amparan en dicho derecho, cuando la realidad del Estado salvadoreño muestra la desprotección jurídica hacia estas personas, al no permitirles el goce de los derechos que la ley concede a toda persona, sin distinción alguna pero que actualmente se vulnera en razón del sexo y no prevalece la categoría de persona humana.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su sentencia caso Chaparro Álvarez y Lapo Vs. Ecuador, estableció que el derecho a la libertad constituye un derecho de toda persona de organizar con arreglo a la

⁸⁵ *Ibíd.*

ley su vida individual y social, conforme a sus propias opciones y convicciones, aunado a ello establece que la libertad es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona proyectado en toda la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Por tal razón se sostiene que el propósito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), es consolidar un régimen basado en la libertad personal y la justicia social y que solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan que cada persona goce de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como sus derechos civiles y políticos. Siendo esta la única forma en que cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.⁸⁶

La libertad personal en la actualidad se ve opacada por el mismo Estado quien es obligado a defender a la persona humana mediante el ordenamiento jurídico, por lo que las personas de la diversidad sexual se encuentran en un ambiente desfavorable que expone su integridad física frente a la sociedad impregnada de odio, menosprecio, machismo y violencia que se vive. Es así que mientras el Estado no ampare a la diversidad sexual jurídicamente serán incentivo de violencia que cada vez se agudiza y aumenta el número de víctimas que en razón a su orientación sexual son atacadas.

Hablar de seguridad de la persona humana implica la protección que el Estado debe garantizar evitando todo tipo de riesgo, daño o peligro del gobernado. La realidad salvadoreña muestra la desprotección en cuanto a este derecho de toda persona, pero al hablar del cumplimiento de este

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

derecho en las personas de la diversidad sexual es más agudo, considerando que al no contar con un reconocimiento de este derecho en estos sectores marginados por el Estado pone en desventaja mayormente este y otros derechos, volviéndose un Estado violentador de derechos humanos de un sector que históricamente es visto de forma desigual por su preferencia sexual.

En razón de ello, en el tribunal 5° de sentencia de San Salvador, se realizó vista pública en contra de dos personas que atentaron contra una persona de la diversidad sexual, esta era trabajadora del sexo y fue golpeada el día 26 de mayo de dos mil trece, la víctima fue localizada semidesnuda, con sangre, la cual fue ingresada en el hospital Rosales. Es de considerar que la víctima se encontraba en su habitual lugar de trabajo, violentado así no solo su libertad si no también la seguridad de la que constitucionalmente se reconoce a toda persona, por lo que contemplando el no reconocimiento por parte del Estado a estos sectores marginados deja una desprotección que conlleva a la violación de todo derecho humano en razón a la orientación sexual.⁸⁷

3.1.7. Derecho a tener una familia

El constituyente consideró incluir el derecho a tener una familia, al contemplarlo en los derechos y garantías fundamentales de la persona. Es el Código de Familia en su Art. 11 al definir este derecho como ese grupo social permanente, es decir no temporal, constituido por el matrimonio, la unión no

⁸⁷ Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, *Referencia 222-3-2013* (El Salvador: Tribunal de Sentencia, 2013).

matrimonial o el parentesco,⁸⁸ desde ahí el legislador está limitando que la familia solo puede constituirse por un hombre y una mujer, razón que nace a partir del mismo artículo, es de entender, que la línea de pensamiento en cuanto a la unión de hecho y el parentesco también son constituidos por el tradicionalismo constitutivo de relaciones familiares.

Ello implica que en El Salvador, este derecho fundamental no es exigible por las personas de la diversidad sexual, aun cuando el constituyente establece el derecho de igualdad y no discriminación, pero al definir la familia y el matrimonio el legislador priva de este derecho de forma expresa para este grupo en razón a su orientación sexual se le discrimina jurídicamente, situación que pone en desventaja en cuanto a la esfera de protección de estas personas que son expuestas a mayor violación de derechos humanos.

No obstante, el tribunal europeo señala que existen circunstancias relevantes para identificar la existencia de un vínculo familiar, tales como: la convivencia, el tiempo que ha durado la relación afectiva y si existe evidencia que las personas hayan demostrado su compromiso con la relación. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señala que el Art. 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio, por lo que a juicio del tribunal no implica que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).⁸⁹

En la resolución caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha establecido que en la Convención

⁸⁸ Código de familia de El Salvador, Art. 2. La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial y el parentesco.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/17*.

Americana de Derechos Humanos (CADH), no se encuentra un concepto cerrado de familia y menos que se protege solo un modelo tradicional del mismo.⁹⁰

La familia no se entiende en un sentido tradicional como históricamente se le ha considerado, sino más bien debe entenderse como un vínculo que trasciende esa característica atribuida, es por ello que tanto la Corte Europea de Derecho Humanos (CEDH), como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que el concepto de familia ampara a las personas cuya inclinación u orientación sexual es hacia su mismo sexo.⁹¹

En este sentido las personas de la diversidad sexual en El Salvador, no pueden gozar del derecho a tener una familia, aun cuando el constituyente lo reconozca como un derecho fundamental a toda persona humana, pero la ley secundaria restringe este derecho para las parejas conformadas entre personas del mismo sexo, lo que se convierte en un desafío para los legisladores poner en armonía la legislación nacional con los tratados y convenios internacionales que han sido ratificados y se vuelven parte del ordenamiento jurídico salvadoreño.

3.1.8. Derecho a la seguridad social

La seguridad social, al ser ese conjunto de medidas que adopta un Estado para garantizar cuidados médicos y medios económicos de subsistencia. La seguridad social como un servicio público prestado por el Estado debe

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

⁹¹ Amaury A, Reyes Torres, “El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo”, n.4 (2014): 783.

garantizarse al trabajador de forma igualitaria respetando principios y derechos constitucionales e instrumentos internacionales como parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, por lo que si se habla de personas con orientación sexual diversa deben tratarse de igual forma en el goce de los derechos que como persona humana les corresponden.

En este sentido es evidente que el no reconocimiento jurídico de la diversidad sexual, afecta directamente acceder a estos derechos sociales que por la desigualdad que viven las sociedades, impiden el disfrute para estos sectores marginados históricamente. No debe olvidarse por parte del Estado que estos grupos excluidos también aportan en el ámbito laboral, tanto en el sector público como privado, por lo que dejarles fuera del goce de estos derechos es desprotegerles en derechos fundamentales como la salud y el derecho de pension.

Es de considerar que actualmente, una pareja conformada por personas del mismo sexo al no ser reconocidas jurídicamente, en caso de muerte de uno de los convivientes no podría reclamar pensión puesto que para la ley esa unión de hecho no tiene existencia jurídica.

Muestra de lo anterior se evidencia la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Duque Vs. Colombia, donde el demandante (Duque) exigía pensión de sobrevivencia y acceso al sistema de salud, tras la muerte de su pareja, sin embargo estos derechos le fueron negados, en razón que se trataba de una pareja del mismo sexo, sustento por parte del Estado para no garantizarle estos derechos a la víctima. Por lo que la Corte constata que si hubo una violación a los derechos del señor Duque al no prestarle el servicio de salud que requería urgentemente y la

pensión de sobrevivencia, razón por la cual fue condenado el Estado colombiano a pagar una indemnización a la víctima.⁹²

Debe tomarse en cuenta que por parte del Estado el Art. 106 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece que el derecho a pensión de sobrevivencia de los miembros del grupo familiar del afiliado, deberán entenderse él o la conyuge, él o la conviviente de unión no matrimonial de conformidad al Art. 118 Código de Familia, los hijos fuera o dentro del matrimonio, los adoptivos y los padres legítimos o adoptivos, que dependan económicamente del causante. Viéndose así que el legislador contempla el derecho a la seguridad social, únicamente para las parejas heterosexuales, presupuesto que no debería condicionar la protección de ningún grupo social.

En materia de salud en general, recientemente autoridades del Ministerio de salud pública realizaron un foro denominado: Atención en salud hacia las poblaciones de mujeres, trabajadoras sexuales y personas LGBTI,⁹³ en el que se busca erradicar la estigmatización y discriminación en el derecho a la salud de estos sectores excluidos, según el ministerio de salud pública podría pensarse que es un avance bastante significativo, sin embargo, debe tratarse el tema desde el reconocimiento en el ordenamiento jurídico salvadoreño como lo contempla el derecho internacional de los derechos de esta población que sufre innumerables violaciones de derechos por no ampararse en la ley.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Duque Vs. Colombia* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

⁹³ Ministerio de Salud, República de El Salvador, Foro: Atención en salud hacia las poblaciones de mujeres, trabajadoras sexuales y personas LGBTI, (San Salvador, 2018), <http://www.salud.gob.sv/estructura-organizativa/>

3.1.9. Derecho a la educación

El mismo constituyente determina que la educación es un derecho inherente a la persona humana, que permite desarrollar las aptitudes, capacidades y habilidades físicas e intelectuales, sin embargo este derecho se incumple en una sociedad con ambientes discriminatorios y violentos hacia las personas de la diversidad sexual, principalmente en niñas y niños con tendencia sexual diversa a la tradicional, sufriendo acoso, violencia física y moral por parte del resto de compañeros de estudio, es por ello que la protección debe hacerse desde el ordenamiento jurídico y luego en la enseñanza de valores en la institución educativa de forma consciente e integral.

En un informe de América Latina se concluyó que los que parecen sufrir más violencia son las niñas, niños, y adolescentes con una orientación sexual diversa, al considerar que no solo sufren expresiones discriminatorias y bromas pesadas, sino que además sufren el irrespeto de las propias autoridades de los establecimientos educativos, llegando a afirmarse que incluso en sociedades donde los derechos de las personas con diversidad sexual son reconocidos, los centros educativos en particular son identificados como el ámbito donde más prejuicios ocurren contra estas personas, fundados en la orientación sexual.⁹⁴

Es de hacer notar que el órgano ejecutivo dentro de sus políticas públicas, a través del Ministerio de educación ha creado una política de género, las cuales han sido agrupadas metodológicamente como: educación incluyente no sexista, transversalización institucional y prevención de las violencias de género. El fin perseguido es crear un modelo educativo con equidad e

⁹⁴ Lucas Ramón Mendos, “Niñas, Niños y Adolescentes LGBTI como sujetos de derecho frente al hostigamiento escolar”, n.4 (2014): 925.

igualdad de género para erradicar actitudes de discriminación en razón al sexo, como se ha venido tratando estos derechos no son alimentados con políticas que no tratan el problema de desigualdad que viven las personas de la diversidad sexual, mereciendo que se les reconozca jurídicamente.⁹⁵

En las observaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos (CDH) a Rusia, dejó establecida la preocupación por las personas de la diversidad sexual, al ser discriminadas en el sistema educativo, por lo que recomendó al Estado ruso tomar las medidas de protección necesarias para erradicar toda forma de discriminación basada en la orientación sexual, así como crear campañas de sensibilización en la población y en los agentes del orden, con fines de fomentar valores fundados en la tolerancia e igualdad.⁹⁶

En la realidad práctica el ambiente discriminatorio se vive en toda la etapa educativa, sin embargo, se agudiza en la educación media y superior. Constatándose que muchos de los jóvenes que sufren tratos degradantes por mostrar su orientación sexual, motivan la deserción educativa de estos, situación que los mismos maestros señalan como un factor, asimismo en la educación superior la situación se repite, por lo que se logra evidenciar que la discriminación y en algunos casos violencia en contra de personas de la diversidad sexual también es causa de deserción educativa.

Como muestra de la necesidad que en El Salvador se reconozcan los derechos de la diversidad sexual, dentro de ellos a la educación y evitar situaciones de discriminación, una investigación realizada en la Universidad de El Salvador (UES), determinó el ambiente incómodo sufrido desde la

⁹⁵ Ministerio de Educación, República de El Salvador: Política de Género, (San Salvador, 2017), <https://www.mined.gob.sv/index.php/programas-educativos/unidad-de-genero>

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, "Observaciones finales del comité de derechos humanos a Rusia", n.6 (2009): 12.

escuela y que aún lo vivencian en razón a su orientación sexual, así el caso de Alan, un joven estudiante de historia, de 23 años de edad,⁹⁷ quien narra cómo desde la escuela ha sufrido bullying y que actualmente sufre en razón a su orientación sexual.

3.2. Derecho al trabajo

El trabajo es considerado como un derecho en función social, esto porque la importancia no es solo al trabajador sino para la sociedad ayudando a producir, de ahí el interés del Estado en brindarle protección. Si bien personas de la diversidad sexual trabajan en lo público y privado, no dejan de ser objeto de acoso, violencia y desigualdad, en muchos casos no son consideradas como aspirantes a ostentar un empleo, basándose en su orientación sexual como si tal condición excluyente perturbe la labor a la que se aspira; así la desprotección jurídica afecta en gran medida que personas de la diversidad sexual puedan obtener trabajos aun poseyendo las aptitudes, que actualmente son vistas de forma desigual.

Es de considerar que dentro de las observaciones generales aprobadas, por el comité de derechos económicos, sociales y culturales, en relación con el derecho al trabajo, ha establecido que se prohíbe la discriminación para gozar de este derecho en razón a la orientación sexual, violando el principio de igualdad, considerando que según el Art. 2 del convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Estados parte se comprometieron a formular y llevar una política nacional que promueva, por métodos adecuados las condiciones para la igualdad de oportunidades y de

⁹⁷ Yoana Maricela Erazo Ramírez y Maritza del Carmen Reyes Henríquez, “Discriminación hacia la comunidad LGBTI, de la Escuela de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias y Humanidades de la Universidad de El Salvador” (tesis de grado: Universidad de El Salvador, 2016),47-48.

trato en materia de empleo,⁹⁸ con el objetivo de eliminar cualquier forma de discriminación.

En un estudio realizado sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica, señala que la discriminación a estos grupos es de carácter institucionalizado y constante, asimismo que las formas de rechazo a estas personas son diversas como por ejemplo, hablar a las espaldas de las personas en los centros de trabajo público o privado, hacer bromas o insultos u ofensas en los lugares de trabajo, y agredir de otras formas, consideradas formas visibles, además las de mal informar a las jefaturas y el acoso sexual en muchos de los casos.⁹⁹

Las personas con diversidad sexual en El Salvador, en los últimos 5 años han logrado avances mínimos pero que deben ser considerados, así el órgano ejecutivo en materia de trabajo a incluido dentro de su misión como institución pública el brindar servicios con una base de justicia social,¹⁰⁰ inclusión e igualdad de género, asimismo recientemente a las afueras de las instalaciones del ministerio de trabajo y previsión social se plasmaron los colores de la diversidad sexual como muestra de inclusión de este sector que históricamente ha sido víctima de violación en sus derechos que como persona merecen ser respetados.

Como soporte a lo anterior, el 4 de mayo del año 2010, la presidencia crea un decreto ejecutivo número 56, con un fin, erradicar cualquier forma de discriminación en la administración pública, a personas de la diversidad

⁹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales a Ginebra, n.1 (2005): 9.

⁹⁹ Oficina Internacional del Trabajo, Orgullo (Pride) en el Trabajo: “Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica”, n.1 (2016): 31

¹⁰⁰ Ministerio de Trabajo y Previsión Social, República de El Salvador, <http://www.mtps.gob.sv/>

sexual, además ordena a la secretaria de inclusión social a capacitar a las instituciones públicas en busca de brindar asesoramiento y orientación para lograr un respeto a los derechos humanos de estas personas. El decreto en esencia pregonaba cumplir con el principio de igualdad y no discriminación en razón a la preferencia sexual de este sector.¹⁰¹

3.2.1. Derecho a la libertad de asociación

La Constitución de la República en el Art. 7 establece que el derecho de asociación corresponde a toda persona, es decir que se da una potestad para que todo individuo pueda reunirse para constituir una persona jurídica para la realización de determinados fines que pueden ser variados (económicos, sociales, políticos, etc.), por lo que la aplicación de este derecho no puede verse limitado por razones que conllevan a la discriminación y por ende negar este derecho que permite la consecución de determinados derechos.¹⁰²

En la publicación del compendio regional de buenas prácticas gubernamentales de garantía y protección de derechos LGBTTTIQ, se instó a los Estados para que salvaguarden la libertad de expresión, de asociación y de reunión de las personas con diversidad sexual, fundamentándose que el no permitir el ejercicio de estos derechos, no son compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos. Es de señalar que muchos países latinoamericanos ya han reconocido los derechos de las personas con orientación sexual diversa, sin embargo los países centroamericanos se ven

¹⁰¹ Decreto Ejecutivo 56, 2010.

¹⁰² Constitución de la República de El Salvador, 1983. Art. 7. Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

sucumbidos y no reconocen estos y otros derechos por razones discriminatorias hacia estos sectores.¹⁰³

El derecho de asociación surge de la necesidad social de solidaridad y asistencia mutua, de ahí la constitución de asociaciones de todo tipo, con personalidad jurídica propia, para lograr fines en común. Ahora bien la conformación de asociaciones requiere de una serie de requisitos a presentar para obtener la personalidad jurídica, así las personas de la diversidad sexual gozan de este derecho sin mayor restricción, como muestra de ello la asociación Entre Amigos, constituida en enero del año 2010, con fines de defensa y promoción de los derechos humanos de la diversidad sexual.

El Ministerio de gobernación como entidad encargada de inscribir o no a las asociaciones constituidas en el país, establece los lineamientos a cumplir y obtener la personalidad jurídica, la cual manifiesta que no obedecen a criterios que vallan en contra del principio de igualdad y que por el contrario buscan ser una institución con principios de equidad e igualdad, sin embargo previo si se constituye o no una asociación que busca proteger los derechos humanos de la diversidad sexual se realizan consultas a sectores específicos de la sociedad, tales como las iglesias e instituciones públicas y privadas, lo cual si se estudia detenidamente conlleva a tratar a estos sectores de una forma distinta a la tradicional, vulnerándose el derecho a la seguridad jurídica.¹⁰⁴

¹⁰³ Diego Borisonik y Lucía Bocca, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, LGBTI: “Compendio regional de buenas prácticas gubernamentales de garantía y protección de derechos”, (Ed. irap-servicios gráficos, Argentina: Buenos Aires 2017), 22.

¹⁰⁴ Ministerio de Gobernación y Desarrollo Territorial, Registro de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), <https://www.gobernación.gob.sv/>

3.2.2. Derecho sucesorio

La libertad que el constituyente da sobre la libre disposición de los bienes, dejando la potestad al propietario, derecho que puede manifestarse mediante actos entre vivos o por causa de muerte. Este derecho patrimonial se relaciona con el derecho a la libertad que tiene la persona humana, no obstante, éste último derecho si lo lleva al plano de ejecución en las personas de la diversidad sexual no es garantizado, es así que para que este derecho patrimonial sea respetado y garantizado por el Estado deben reconocerse los derechos anteriormente citados, por ello se requiere que garantizar el derecho a la familia y al matrimonio de este sector es la vía de cumplimiento de todos los derechos.¹⁰⁵

Según un estudio realizado, destaca que cada Estado a la hora de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, suelen establecerse restricciones en cuanto a la adopción, inseminación artificial, reconocimiento y patria potestad entre otros, sin embargo al hablar en materia hereditaria debe entenderse que el reconocimiento del acto jurídico del matrimonio lleva consigo este derecho patrimonial, considerando que uno de los derechos que forman parte dentro de la vida matrimonial es el patrimonio. Por tal razón la privación de este derecho en particular, desaparece al reconocerse jurídicamente que las personas con una orientación sexual diversa también son sujetos de derechos.¹⁰⁶

El no permitir el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo, es una limitante para que se garantice el derecho sucesorio de este sector, causa

¹⁰⁵ Constitución de la República de El Salvador, 1983, Art. 22.

¹⁰⁶ María Martín Sánchez, "Los Derechos de las Parejas del mismo Sexo en Europa", n.107 (2016): 243.

que excluye el derecho hereditario en atención a criterios de desigualdad. Razón que conlleva a aquellas parejas conformadas por su mismo sexo a no suceder los bienes de quien fue su compañero de vida; sin embargo, debe tomarse en cuenta que la forma única de adquirir los bienes del conviviente sobreviviente sería mediante la sucesión testada por la libertad del causante de disponer de sus bienes.

Finalmente, debe sostenerse que lograr un Estado que promueva y respete los derechos humanos, de sus gobernados sin hacer distinciones, en específico en razón a su orientación sexual, estaría contribuyendo al reestablecimiento de un Estado más incluyente, tolerante y el respeto a la vida privada de la persona humana. Por lo que el responsable de garantizar que la diversidad sexual goce a plenitud de los derechos constitucionales en atención a la titularidad que gozan por ser personas humanas, es el Estado mismo quien debe por medio de sus tres órganos armonizar el ordenamiento jurídico.

CAPITULO IV

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL MATRIMONIO EN AMÉRICA LATINA Y EL SALVADOR

El presente capítulo tiene como propósito el desarrollo de los antecedentes del matrimonio en El Salvador hasta la actualidad; seguidamente mostrar la evolución incorporada en los ordenamientos jurídicos de América Latina sobre el matrimonio igualitario; no así en la salvadoreña; por lo cual el estudio del derecho comparado se vuelve necesario para mostrar el estancamiento jurídico del Estado, al no reconocer que la institución del matrimonio y la familia son derechos susceptibles de alcanzar una evolución en su forma de constitución.

4. Institución del matrimonio en El Salvador

4.1. Evolución del matrimonio en la legislación salvadoreña

Antes del Código Civil de 1860, El Salvador en materia de Matrimonio se regía por la Ley Española, y fue hasta la creación del Código Civil en 1860, que se establece el Matrimonio como *“el contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*. En cumplimiento a lo estipulado en el Código Civil, se decretó la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil de fecha 1 de marzo de 1880, publicada el 4 de mayo del mismo año por la asamblea general constituyente, el cual establecía el matrimonio civil para el caso en que ambos contrayentes o uno de ellos no profesaren la religión católica.

En este sentido, se da la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil, dictada por el Poder Legislativo el 15 de marzo de 1881, publicada el 31 de mismo mes y año. En ésta ley se consideró tomar en cuenta la perpetuidad del matrimonio, así como los impedimentos para poder contraer el mismo, pero dejaba la duda del valor que representaba el matrimonio contraído eclesiásticamente, pues en el Art. 3 determinaba que: las disposiciones de esta ley no se extienden más allá de los efectos civiles del matrimonio y dejan íntegros los deberes que la religión impone según las diversas creencias, de tal forma que esta ley en aquel tiempo causó una gran reacción porque el pueblo en su mayoría era eminentemente religioso.¹⁰⁷

Y es hasta el año de 1950 que, con la promulgación de la Constitución, se da una novedad con respecto al matrimonio, pues en el Art.180 se reconoce la igualdad jurídica entre los cónyuges; principio que vino a fortalecer al matrimonio y por ende a la familia. Este precepto se mantuvo en la Constitución de 1962 y sigue estando en la de 1983 en su Art.32, esto obedeció a que El Salvador suscribió y ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, instrumento que consagra la igualdad jurídica entre los cónyuges, así como la protección que el Estado y la sociedad debe darle a la familia.¹⁰⁸

Posteriormente se presentó el anteproyecto del Código de Familia en 1992, siendo aprobado por la asamblea legislativa el 11 de octubre 1993; entrando en vigencia en 1994, donde se desarrolla ampliamente la institución del matrimonio. Sin embargo desde su entrada en vigencia hasta la actualidad,

¹⁰⁷ Napoleón Rodríguez Ruiz, *Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas* (Ed. Universitaria, San Salvador, 1959), 33-39.

¹⁰⁸ María Angélica Barahona Cruz, "El Matrimonio en la Nueva Normativa Familiar" (Tesis de grado: Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria de Oriente, 1996), 65.

ha sufrido reformas y aun debe actualizarse a los cambios sociales de la realidad a fin de dar protección jurídica sin hacer distinción alguna por razones de orientación sexual.

4.2. Matrimonio igualitario en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

La mayoría de los 30 artículos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), comienzan con un lenguaje sin enfoque de género: “*Todo el mundo*”, “*Todos*” o “*Nadie*”. Pero el Art. 16 establece que “*los hombres y mujeres*” tienen derecho a contraer matrimonio, un logro de las mujeres que redactaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), con la determinación de que se precisara que las mujeres tienen los mismos derechos en el matrimonio, dado que la discriminación relacionada con este asunto estaba aún muy extendida en aquel tiempo.¹⁰⁹

Algunas personas han optado por interpretar esta redacción como una limitación de los derechos al matrimonio de parejas heterosexuales, aunque en la actualidad se interpreta con mayor frecuencia como el derecho de los dos sexos a contraer matrimonio y no tanto que estipule que se deban casar con alguien del sexo opuesto.

El Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ahonda en la intimidad de la vida de los seres humanos. De acuerdo con este artículo, toda persona adulta tiene derecho a casarse y a tener una familia si así lo desea. Las mujeres y los hombres también tienen los mismos

¹⁰⁹ Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

derechos tanto durante sus matrimonios, como si se divorcian. Además, es la única vez en este documento que se invoca explícitamente el deber del Estado de brindar protección, lo que subraya la alta consideración que los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), tenían por la familia.

El mismo artículo 16 fue una respuesta a las leyes nazis que prohibían el matrimonio interracial, otorgando el derecho a casarse y a fundar una familia entre hombres y mujeres mayores de edad sin ninguna limitación por razones de raza, nacionalidad o religión. La igualdad de derechos está garantizada durante el matrimonio y en su disolución. Este término más suave para divorcio había causado un acalorado debate durante la redacción. Algunos argumentaron que incluso enviaría una señal al público en general de que la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobó el divorcio en las mismas condiciones que el matrimonio.

Al final, el divorcio fue tratado como una cuestión de no discriminación y no como un derecho humano básico. Tal y como dijo un comentarista: Nadie tiene que contraer matrimonio, pero una vez que uno se encuentra en ese estado, ciertos derechos se vuelven operativos¹¹⁰.

4.3. Matrimonio infantil

El párrafo 2 del Art. 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), dice que “*el matrimonio se celebrará únicamente con el libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges*”. Esto, junto con la frase “*en edad*

¹¹⁰ Javier Barrientos Grandón, “De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno”, n.2 (2006): 17.

núbil”, en el párrafo 1, equivale a prohibir que los niños y niñas contraigan y/o sean forzados a contraer matrimonio, dado que los niños y niñas no estarían en condiciones de dar su consentimiento, libre y pleno.

Por otra parte, el lenguaje del Art. 16 sobre el derecho a fundar una familia refleja la moralidad imperante en una época en que se asociaba familias con matrimonio. Desde entonces, se ha argumentado que el derecho a fundar una familia implica una decisión consciente, por lo que debería extenderse a los derechos a planificar nacimientos y a controlar la reproducción, e incluso a un derecho a la fertilización in vitro.

En 2012, la Jefa de Derechos Humanos de la ONU, habló sobre cómo la violencia sexual y la negación de la anticoncepción son usadas frecuentemente contra las mujeres. *“Asegurarse de que las mujeres tienen plena autonomía sobre sus cuerpos es el primer paso crucial para lograr la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres”*, dijo. *“Los problemas personales, como cuándo, cómo y con quién eligen tener relaciones sexuales, y cuándo, cómo y con quién eligen tener hijos, son fundamentales para vivir una vida digna”*.¹¹¹

4.4. Concepto de matrimonio igualitario

Se refiere a la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, es decir hombre-hombre o mujer-mujer. Las uniones de hecho homosexuales son

¹¹¹ Esta serie de artículos publicados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH) para conmemorar el 70 aniversario de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948. Todos los derechos consagrados en la DUDH están relacionados con entre sí, y todos son igualmente importantes.

uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida que es conocida públicamente.¹¹²

La transformación en la definición del concepto de matrimonio atiende a la realidad de cómo se constituyen las relaciones en nuestra sociedad actual. La familia es la concreción de un proceso y construcción social y humana, que cómo tal es evolutiva y cambiante. Es por ello que el modelo convencional pensado a partir de la procreación entre mujer y hombre, hoy en día, está cambiando, ya que la unión entre dos personas es concebida como un proyecto de vida en colectivo con deseo de vivir en pareja y ejercer su derecho de crianza, expectativa que no es exclusiva de un género u otro.

La tendencia actual es llamar al matrimonio igualitario solo matrimonio, para evidenciar el estatus de igualdad que ha llegado a obtener esta convención social en el mundo jurídico. Es posible distinguir en el mundo occidental, entre dos grandes tipos o clases de matrimonios: *matrimonio civil* (el cual se concreta frente a una autoridad estatal competente) y el *matrimonio religioso* (el cual se legitima ante los ojos de Dios). Para la iglesia católica, el matrimonio es un sacramento y una institución divina del hombre y la mujer, este además es perpetuo: situación que es diferente en el civil ya que allí existe el llamado: divorcio.

4.4.1. La desvinculación entre matrimonio y procreación

Las parejas heterosexuales que deciden tener familia sin acudir a la institución matrimonial; que no desean tener hijos, o que por razones biológicas no pueden tener hijos y recurren a los avances médicos para

¹¹² Ivette Araujo, "Matrimonio igualitario, 22.

lograrlo; el matrimonio tradicional que sin tener un impedimento biológico para procrear optan por la adopción; matrimonios heterosexuales que se celebran entre personas que no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean una en común. Por lo tanto, queda demostrado que el sostén del matrimonio no es la intención o posibilidad de procrear, sino los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común.

Como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en *Schalk y Kopt v. Austria*, las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto su capacidad para desarrollar una vida familiar, en la medida en que también mantienen relaciones comprometidas y estables. En este sentido, la distinción es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial, y más ampliamente a los de la familia.¹¹³

4.5. Unión de hecho

Etimológicamente, el término concubinato deriva del latín *concubinatus* del verbo infinitivo *concubere*, que literalmente significa dormir juntos o comunidad de hecho, se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de dos personas para mantener relaciones sexuales estables. En la actualidad se le conoce como uniones no matrimoniales, concubinato o uniones de hecho o lecho, cabe recalcar que estas uniones tienen derechos y obligaciones similares a las establecidas al matrimonio civil.

¹¹³<https://cdigital.uv.mx/bitstream/handle/123456789/36379/vozppn2p20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Por lo tanto, se tiene: *“Si dos personas del mismo o distinto sexo, pasan a tener una vida común, cumpliendo los deberes de asistencia mutua, en un verdadero convivio estable caracterizado por el amor y el respeto mutuos, con el objetivo de construir un hogar, incuestionablemente que tal vínculo, independientemente del sexo de sus integrantes, genera derechos y obligaciones que no pueden quedar al margen de la ley.”*¹¹⁴

4.5.1. Tipos de uniones de hecho

a). Impropia o adulterina

Llamado también impura en la cual la unión de hecho se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso los convivientes no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez se hallan unidos a otro enlace civil anterior, viven en unión impropia el varón casado que se une a una mujer soltera, casada, viuda, separada judicialmente, divorciada, y cuyo matrimonio ha sido declarado nulo o, la mujer casada, que convive con un hombre soltero, casado, viudo, separado judicialmente, divorciado, y cuyo matrimonio ha sido declarado inválido.

Este tipo de unión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos a) Que, se trate de una unión de hecho voluntariamente realizada b) Que, unos de ellos o ambos tengan un obstáculo legal que le impida contraer matrimonio c) Que los convivientes lleven vida de casados sin estarlo realmente d) Que, se forme el patrimonio en común.

¹¹⁴ María Paz García Rubio, “Las uniones de hecho en España: una visión jurídica”, n.10 (2006): 114.

b). Propia o pura

Llamado también pura y se presenta como una unión extramatrimonial duradera entre dos personas, de modo que puedan transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven en unión no matrimonial propia los solteros, los viudos, los divorciados y aquellos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo judicialmente. Se puede efectuar combinaciones como aquella unión de varón soltero que convive con una mujer soltera, viuda, divorciada, cuyo matrimonio ha sido declarado inválido o como la mujer soltera que se une a un hombre soltero, viudo, divorciado, y cuyo matrimonio ha sido declarado también nulo.

Esta unión de hecho exige además de los siguientes requisitos a) Que, se trate de una unión de hecho voluntariamente realizada b) Que los integrantes de esa unión estén libres de impedimento matrimonial c) Que, la unión de hecho tenga por objeto alcanzar y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio d) Que, la unión o convivencia tenga una duración de tres años continuos.¹¹⁵

Se puede decir que se está frente a una unión de hecho cuando se dan las siguientes situaciones:

- a) La longevidad de la relación;
- b) El compartir los gastos hogareños y otras expensas;

¹¹⁵ Jenifer García Devesa, "Uniones de hecho", (Tesis de grado: Universidad de Rioja, España, 2013), 6.

- c) El hecho de que las finanzas se encuentren confundidas por cuentas bancarias conjuntas, copropiedad sobre bienes personales o reales, o tarjetas de crédito;
- d) El hecho de que realicen actividades familiares, que dividan sus roles en la familia, y que se muestren públicamente como tal;
- e) El hecho de que formalicen obligaciones legales recíprocas por medio de testamentos, poderes, pólizas de seguros, o el realizar declaraciones que evidencien su calidad de pareja doméstica;

4.5.2. Diferencias entre matrimonio y unión de hecho en El Salvador

Es importante destacar algunas de las diferencias más importantes entre la unión no matrimonial o unión marital de hecho y el matrimonio. Si bien en ambos casos se unen para vivir juntos, el matrimonio, fuera de todo aspecto religioso, es un *contrato solemne* a cuyos pactantes se les llama *esposo o esposa*, mientras que la unión marital de hecho es una *comunidad de vida* a cuyos convivientes se les llama *compañero o compañera de vida*.

El matrimonio, como contrato, existe *desde el momento* en que los contrayentes deben aceptarse y reconocerse como esposos dando su consentimiento. Por otra parte, la sociedad de hecho solo se consolida con el tiempo de convivencia de 3 años o más. Adicionalmente, el matrimonio trae consigo nuevas calidades en el registro civil donde figuran como casados. En la unión de hecho la persona se concibe solo dentro de una unión marital de hecho.

Sin embargo, estas diferencias no excluyen los derechos y deberes propios de una convivencia en común, como el respeto en el trato y los derivados de la cultura general. Tanto del matrimonio como de la unión marital de hecho,

surgen patrimonios de sociedades distintos. En el matrimonio, una vez celebrado, surge *la sociedad conyugal* conformada por los bienes de los dos esposos y en la unión marital de hecho surge una *sociedad patrimonial* que se declara una vez las personas hayan convivido más de 3 años.

La última diferencia para tener en cuenta a la hora de decidir si vivir juntos o casarse, radica sobre la terminación de cada una de estas uniones civiles. El matrimonio solo podrá extinguirse o disolverse a través de juez o notario el cual declara el divorcio, mientras que en la unión marital de hecho bastará con que uno de los compañeros decida no continuar en la relación.

4.6. Constitucionalización del matrimonio igualitario en América Latina

4.6.1. México

En 1917 la Constitución mexicana no prohibía expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo o las uniones civiles entre ellos; el Art. 4, por ejemplo, no definía a la familia como una institución que solo se pueda formar por un hombre y una mujer; además, el Art. 1, en su versión modificada del 10 de junio de 2011 prohibía expresamente toda forma de discriminación basada en la orientación sexual, tal es el caso que la evolución en México en la regulación de las uniones civiles de personas del mismo sexo empezó en el Distrito Federal, el 16 de marzo de 2007 se celebró la primera unión entre personas del mismo sexo.¹¹⁶

Desde la vigencia de las reformas el 4 de marzo de 2010 del Código Civil del Distrito Federal para legalizar los matrimonios entre personas del mismo

¹¹⁶ Ley de Convivencia para el Distrito Federal (México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2007).

sexo al mes de diciembre del 2015, un total de 6,525 parejas homosexuales oficializaron su unión ante el Registro Civil.¹¹⁷

4.6.2. Argentina

En Argentina, como en la mayoría de los países de América Latina, la Constitución de 1994 prevé la protección especial a la familia y sus bienes, en su Art. 14 bis inc. 4 parte final; sin embargo, no proporciona una definición de familia ni excluye expresamente a las parejas del mismo sexo a formar una familia; por lo tanto, las diferentes marchas organizadas y debates públicos llevados a cabo, si los derechos de los cuales gozan las parejas del mismo sexo son comparables a los que se derivan del matrimonio heterosexual, no es sencilla y se ha debatido arduamente desde el punto de vista legal, ya que la sede conflictiva que recibió más apoyo fue Buenos Aires.

El 10 de noviembre de 2009, el Tribunal Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires resolvió el recurso de amparo interpuesto por una pareja del mismo sexo que en abril de 2009 se presentaron ante el Registro Nacional de Estado Civil a fin de pedir una fecha para llevar a cabo su matrimonio, el registro denegó su petición debido a que había un impedimento, ambos son hombres; la pareja por medio de su representante legal impugnó la constitucionalidad de los Arts. 172 y 188 del Código Civil de Buenos Aires; según el Código Civil, el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer; el juez consideró que los artículos en cuestión eran inconstitucionales porque violaban el derecho a la igualdad.¹¹⁸

¹¹⁷ Dimas Gonzalo Altamarino, *Matrimonio igualitario*, Centro de estudios sociales y de opinión pública, (Ed. Cesop, México 2017), 13-25.

¹¹⁸ Poder Judicial, *Amparo Referencia: Exp.34292/0* (Buenos Aires: Poder Judicial, 2010).

4.6.3. Uruguay

En Uruguay desde 2007 la Cámara de Senadores aprueban la Ley de Unión Concubinaría o unión de hecho No.2184/2007, consistiendo esta en una convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión de pareja, para así tener derechos y obligaciones, según los requisitos de la misma ley.¹¹⁹ De esta manera se abre una puerta a las parejas con diversidad sexual; asimismo las personas con diversidad sexual podían adoptar niños desde 2009, como resultado de la modificación al Código de la Niñez y la Adolescencia Ley No.18.590 que habilita a parejas con cuatro años de unión civil o concubinato.

En esta misma línea en el año 2013 el parlamento uruguayo aprobó la extensión del matrimonio igualitario (Ley 19.075), es decir abarcando los derechos sociales a favor de las personas con diversidad sexual, como el derecho a solicitar pensión alimenticia no solo las mujeres, sino cualquiera de los cónyuges o ex cónyuges, siempre y cuando cumplan los requisitos que establece la norma, ya sean estos de plazo, es decir si el matrimonio hubiere durado más de un año de convivencia.

Por otra parte, se adecuaron los términos o palabras que diferenciaban en razón de sexo (por ejemplo: marido o mujer, padre o madre), por menciones neutras, como, por ejemplo: Contrayentes, esposos, progenitores; de igual forma al referirse a la celebración del matrimonio queda establecido el Art.83 El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. Reformando de esta manera el Código Civil al decretar la Cámara de Representantes la Ley 19.075 (02-08-2013);

¹¹⁹ Ley de Unión Concubinaría (Uruguay: Cámara de Senadores, 2007)

es así como Uruguay se convertiría en el tercer país de América Latina después de Argentina en aprobar una ley nacional que permite los matrimonios entre personas del mismo sexo.¹²⁰

4.6.4. Brasil

El 27 de junio de 2011 un juez de Sao Paulo, de acuerdo al Art. 226 de su Constitución, convirtió una unión civil estable homoafectiva (una unión de hecho) en un matrimonio, abriendo así de esta forma la posibilidad del matrimonio civil para las personas del mismo sexo; otros jueces siguieron este ejemplo, pero aun así no existía una ley que lo definiera y aprobara con transparencia y sin temor alguno, pero una decisión del Tribunal Supremo Federal en 2011 determinó y comparó que las parejas de hecho del mismo sexo son una unión familiar y por lo tanto tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales.¹²¹

Larissa Rocha y Luana Gómez se casaron de forma precipitada en Brasil; las dos mujeres llevaban conviviendo tres años como pareja, sin planes de formalizar su unión legal matrimonial, pero decidieron contraer matrimonio cuanto antes, la razón es el temor de la elección como presidente del ultraderechista Jair Bolsonaro, que asumió el poder el 1 de enero de 2019. Brasil legalizó el matrimonio entre homosexuales en 2013, pero muchos temen que Bolsonaro quiera prohibirlo; han sido algunos de los últimos comentarios que se han escuchado y leído por los diferentes medios televisivos y periódicos del país como El universal Mundo, La nación.

¹²⁰ Ley sobre matrimonio igualitario (Uruguay: Cámara de Senadores, 2013).

¹²¹ Viviana Mariluz Cáceres Varas, "La aprobación de la unión civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGBTI" (Tesis de grado: Universidad César Vallejo, Perú 2017), 11-27.

4.6.5. Colombia

En el año de 2007 la Corte Constitucional adoptó una posición diferente y más proteccionista dirigido a la diversidad sexual, ya que por primera vez se da cobertura jurídica a parejas del mismo sexo por vía judicial; en efecto, este resultado se presentó por la revisión de la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005; se concluyó que la protección prevista para las parejas heterosexuales debe aplicarse a las parejas homosexuales; a partir de esta sentencia, las parejas del mismo sexo pueden decidir compartir legalmente sus vidas y propiedades, de modo que, si uno de ellos muere, la pareja sobreviviente tiene derecho a su parte de la propiedad compartida.¹²²

Luego, en 2008, en la sentencia C-336, la misma Corte Constitucional de Colombia concluyó que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivencia. Pero no fue así en el caso del señor Duque, por lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ante el pronunciamiento de la Corte Colombiana ordenó garantizar al señor Duque tramitar la solicitud a una pensión de sobrevivencia ya que constituye un hecho ilícito internacional contenido en el Art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), siendo Colombia un país suscriptor de la misma Convención, asimismo pagar la cantidad fijada por daños y perjuicios, además de costas y gastos.¹²³

En sentencia T-063 de 2015, siguiendo los precedentes sentados en fallos T-918 de 2012 y T-231 de 2013, la Corte Constitucional ordenó modificar el

¹²² Ley de la unión marital de hecho (Colombia: Congreso de Colombia 2005).

¹²³ Camila Troncoso Zúñiga y Natalia Paz Morales Cerda, “Anuario de derechos humanos, caso Duque vrs Colombia”, universidad de Chile, n.13 (2017): 134-137.

sexo en el Registro del Estado Civil de una persona transgénero vía notarial; este es el broche final a un camino emprendido por la Corte en 2011 (C-577/2011) cuando reconoció que las uniones del mismo sexo constituían familia, dio un paso más con su pronunciamiento de noviembre de 2015 (C-683/2015) en la que aprobó la posibilidad de que las parejas con diversidad sexual puedan adoptar niños sin ninguna restricción en igualdad de condiciones que las heterosexuales.¹²⁴

4.6.6 Chile

En el año 2010, tres parejas del mismo sexo acuden al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie sobre un caso de violación al derecho de igualdad; donde se reclamaba una decisión del Registro Civil de Santiago de Chile mediante la cual se había negado el reconocimiento como matrimonio a dos parejas que lo habían solicitado y el permiso para casarse a otra pareja. El Registro Civil rechazó la solicitud con el argumento que el Art. 102 del Código Civil establece claramente que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer; además se solicitaba que los funcionarios públicos y autoridades reconocieran los matrimonios celebrados en el extranjero.

La jueza Karen Atala Riffo en 2002 y su esposo decidieron poner fin a su matrimonio y establecieron de común acuerdo que la jueza Atala mantendría el cuidado y la custodia de sus tres hijas, pero el punto determinante es que la jueza Atala Riffo tiene una nueva pareja, que es de su mismo sexo; motivo por el cual el 14 de enero de 2003, el padre de las tres niñas presentó una

¹²⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU214/16* (Colombia: Corte Constitucional, 2016).

demanda por la custodia en el Juzgado de Menores de Villarrica, el cual concedió la custodia provisional de las niñas el 2 de mayo de 2003.

Después de la primera concesión de la custodia temporal al padre el 24 de noviembre de 2003, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó las conclusiones del Tribunal de Menores y concedió la custodia permanente y definitiva a la madre; asimismo concedió la custodia permanente al padre; pero en 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre el caso y determinó que el Estado chileno había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por permitir la discriminación por orientación sexual.¹²⁵

A partir del 25 de noviembre de 2014, en el contexto de la visita de la Relatora Especial para Chile y los pueblos indígenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Rose Marie Antoine, se inició un proceso que culminó con la firma del Acuerdo de Solución Amistosa, el primero de ellos alude al inicio de un proceso de discusión pública en torno al matrimonio igualitario que involucre a la sociedad civil, ya que políticamente están divididas en sus posturas de opiniones al respecto tema.¹²⁶

4.6.7. Ecuador

El 10 de mayo de 2017 luego de luchas históricas por parte de diferentes sectores sociales la Corte Constitucional de Ecuador emitió la sentencia 133-17-Sep-CC que versa sobre identidad de género, considerando así que se estaba atendiendo a los más altos valores y principios humanos; la solicitud

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos *sentencia caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012.

¹²⁶ Tomas Vial Solar, *Centro de derechos Humanos, Informe sobre derechos humanos en Chile: Derechos de las personas LGBTI en Chile*, (Ed. Diego Portales, Chile 2017), 432-434.

de cambio de sexo de femenino a masculino realizada por el señor Bruno Pazmiño encuentra el sustento en el goce de sus derechos constitucionales, dicha sentencia ordena que la Asamblea Nacional regule la facultad de cambiar sexo en la cédula de identidad de las personas transexuales en un plazo de un año a partir de la expedición de la sentencia.¹²⁷

El 30 de mayo de 2018 la Corte Constitucional resolvió el Caso Satya, el Registro Civil había negado la posibilidad de inscribir a una niña con los apellidos de sus dos madres; la Corte Constitucional resolvió que hubo vulneración de derechos constitucionales y ordenó al Registro Civil de manera inmediata a la inscripción como ecuatoriana de la niña Satya Amani Bicknell Rotheron, manteniendo sus nombres, apellidos y reconociendo su filiación como hija de Helen Louise Bicknell y de Nicola Susan Rotheron, sus madres.¹²⁸ El 29 de junio de 2018 las juezas Iliana Vallejo y Ruth Álvarez de Cuenca aceptaron dos demandas de acción de protección que amparaban a dos parejas con diversidad sexual.

El 16 de Julio de 2018 en el caso antes mencionado el tribunal de familia con sede en el Cantón Cuenca, habiendo aceptado la acción de protección planteada por una pareja con diversidad sexual que manifestaba una vulneración a sus derechos, al verificar la jueza que se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, ordena al Registro Civil de la ciudad celebrar e inscribir el matrimonio de la pareja conforme al contenido del Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

¹²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No.133-17-sep-CC*, (Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador 2017).

¹²⁸ Corte Constitucional, *Sentencia No.184-18* (Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador, 2018).

Constitucional, y de igual manera que la Defensoría del Pueblo se encargue para el cumplimiento de dicha sentencia.¹²⁹

4.6.8. Costa Rica

En la evolución histórica de Costa Rica, grandes luchas han existido por los diferentes sectores sociales buscando igualdad y no discriminación de las personas con diversidad sexual, así la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ante la consulta que le hiciera dicho país en el año 2016; pronunciarse acerca del alcance del derecho a la identidad de género, el derecho a cambiar el nombre a partir de la identidad de género plasmado en el Art. 54 del Código Civil de Costa Rica y sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados del vínculo entre personas del mismo sexo, según el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Ante la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con respecto al matrimonio igualitario, el 08 de agosto de 2018 la Sala Constitucional de Costa Rica en su resolución 15-13-971-0007-CO, resolvió, que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a los Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internas en cada Estado suscriptor de los tratados y convenciones garantes de los derechos humanos.¹³⁰

¹²⁹ Sala Penal, *Referencia: No. 1714724539* (Ecuador: Corte Provincial de Ecuador, 2018).

¹³⁰ Sala Constitucional de Costa Rica, *Inconstitucionalidad, Referencia: N°2018-12782*, (Costa Rica; Sala Constitucional de Costa Rica, 2018).

En razón de lo anterior se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que, en el plazo de 18 meses, contados a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial (26 noviembre 2018), adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de parejas entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia. En consecuencia, se mantiene la vigencia del inc. 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses (mayo 2020).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entendió que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio); de igual manera observó que esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida; por lo tanto siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes.¹³¹

4.6.9. Honduras

La sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a principios de 2019 admitió un recurso para anular la prohibición vigente sobre el matrimonio igualitario. El escrito fue presentado por la comunidad gay Arcoíris de Honduras, solicitando la inconstitucionalidad de los decretos

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Corte IDH_CP-01/18”, n.1 (2018): 1-4.

legislativos, 176-2004 y 35-2013, que reforman al Art. 112 de la Constitución de la República. Donny Reyes Velásquez y Alex Zorto, representantes de la comunidad arcoíris manifestaron que esperan la respuesta positiva de parte de la Corte Suprema de Justicia, ya que dichos decretos prohíben la unión de hecho y derechos sociales y patrimoniales consecuentes a personas del mismo sexo.¹³²

4.7. El Salvador

Una de las instituciones jurídicas que gozan de protección del Estado, con preeminencia constitucional, es la familia, vista como una base de la sociedad, aunado a ello se considera que su fundamento legal es la celebración del matrimonio. Esta protección jurídica hecha por el constituyente es atinada pues, está diciendo que es la familia la que da vida a la sociedad y por consiguiente donde se origina el Estado, es decir sin la familia no hay sociedad y sin sociedad no hay Estado, por lo que merece no solo protección si no promoción de esta institución para la consolidación de una sociedad humanizada.

Sobre el matrimonio igualitario, es de considerar en primer lugar que la Constitución vigente desde 1983, cuando refiere a la figura del matrimonio se limita a sostener que es el fundamento legal de la familia, sin definir ni mucho menos establecer diferenciación en razón a la orientación sexual de la persona humana, pero si lo hace el código de familia en su Art. 11 al definir que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, y el Art. 90 sobre la nulidad en caso de celebrarlo entre personas del mismo sexo.¹³³

¹³² Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, *Inconstitucionalidad: 35-2013*, (Honduras: Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2013).

¹³³ Código de Familia, 1993, Art. 11.

Ahora bien, tradicionalmente celebrar el acto jurídico del matrimonio sea limitado a constituirlo entre un hombre y una mujer, considerando que la integración familiar ha sido vista de la misma forma, por lo que el legislador en el Código de Familia hace una concentración de normas jurídicas teniendo como antecedente esa forma tradicional de entender el matrimonio y la familia. Esta forma histórica de celebrar el matrimonio ha sido suprimida en sociedades donde garantizar los derechos humanos es prioridad, apartándose de tradiciones, culturas e incluso mandatos bíblicos que transgreden los derechos de la persona humana.

4.7.1. Constitución de la República

La Constitución salvadoreña al reconocer a la persona humana como el origen y fin del Estado se obliga a asegurarle el cumplimiento de los derechos que esta misma contempla. Asimismo debe garantizarle la seguridad jurídica de los ciudadanos, considerando que la misma sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su (sentencia 9-II-99. Amp. 19-98) estimó que la seguridad jurídica implica una garantía para los derechos fundamentales y una limitación a la arbitrariedad del poder público, es decir que en el ámbito de aplicación de las normas jurídicas debe procurarse por parte del Estado que se aplique la norma respetando los derechos que el constituyente ha establecido.

De la simple lectura constitucional del Art. 32, puede visualizarse que el constituyente deja abierto el derecho para que cualquier ciudadano celebre el acto jurídico del matrimonio, sin que se mencione en el texto que es un acto exclusivo de personas heterosexuales, por lo que es de mencionar que las relaciones entre personas del mismo sexo se remonta a los tiempos bíblicos,

dato que la asamblea constituyente no ignoraba, por lo que si quería blindar el acto jurídico del matrimonio, debió dejarlo expresamente establecido.

Se interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), frente a un acuerdo legislativo que pretendía reformar los Arts 32, 33 y 34 de la Constitución, los cuales buscaban proteger la celebración del acto jurídico del matrimonio tradicional, entiéndase el heterosexual, sin embargo esta pretendida reforma deja en evidencia que el texto constitucional no está limitando la celebración del acto jurídico del matrimonio para un hombre y una mujer.¹³⁴

Asímismo la Sala de lo Constitucional en enero de 2019 resolvió otro recurso de Inconstitucionalidad, interpuesto con la misma pretensión de declarar la inconstitucionalidad del Art. 11 del código de familia por la contradicción de varios artículos de la Constitución, según la resolución de la sala el peticionante no fundamentó lo suficiente la demanda presentada, además advierten que existen incongruencias, no obstante es sorprendente que la Sala al declarar el recurso interpuesto improcedente por carecer vicios en la pretensión de la demanda, deja abierta la posibilidad de interponer un recurso con la misma pretensión.¹³⁵

Recientemente en Julio del año 2019 la sala de lo constitucional admitió una demanda de inconstitucionalidad de los Arts. 11, y 90 causal 3° del Código de Familia, por existir contradicción con los Arts 1, 2, 3 y 144 inc. 2° consagrados en la Constitución de la República, resolviendo que los peticionarios han logrado establecer los elementos necesarios para analizar

¹³⁴ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Referencia: 56-2015.

¹³⁵ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad*, Referencia: 18-2018 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

la constitucionalidad del supuesto trato diferenciado que la disposición impugna, sobre la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y de protección estatal a uniones no matrimoniales.¹³⁶

Es así que las personas con orientación sexual diversa, amparados en el principio de igualdad, seguridad jurídica, el derecho a la intimidad, y al no limitar el constituyente el acceso del acto jurídico del matrimonio entre un hombre y una mujer son amparados constitucionalmente, por tanto como norma primaria no violaría los derechos humanos que corresponden a toda persona sin distinción alguna como lo establece el Art. 3 del texto constitucional salvadoreño, sin embargo en la práctica materializar este derecho en la diversidad sexual implicaría interpretar la constitución amparándose única y exclusivamente al texto y no en criterios moralistas, religiosos, políticos e históricos que estancan el desarrollo de los derechos.

4.7.2. Código de familia

Ahora bien analizado el matrimonio igualitario constitucionalmente, se vuelve necesario estudiar el cuerpo normativo donde el legislador define el acto jurídico del matrimonio de la siguiente manera: *es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida.* De esta definición que ofrece el legislador queda limitado el acto jurídico del matrimonio para celebrarse en su forma tradicional, y no entre personas del mismo sexo, viéndose que la prohibición de celebrar este acto jurídico del matrimonio no nace en la constitución, si no en la ley secundaria.¹³⁷

¹³⁶ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad, Referencia: 149-2016.*

¹³⁷ Código de Familia, 1993. Art. 11.

La definición del matrimonio realizada por el legislador, trae consigo una base histórica amparada en apartados bíblicos como el libro del Génesis que expresa: por eso el hombre deja a su padre y a su madre para unirse a su mujer, y pasan a ser una sola carne, palabras que el evangelista san Mateo vuelve a retomar, así mismo el tradicionalismo en el que está inmerso el Estado salvadoreño, ilustran y limitan al legislador de la forma en que debe crear la norma jurídica, sin considerar los cambios constantes que cada sociedad experimenta. De esa forma el goce de los derechos humanos de las personas con orientación sexual diversa no logran ser reconocidos en la ley secundaria.

No obstante estar limitada la celebración del matrimonio entre un hombre y una mujer por el Art. 11, cuando el legislador enumera los impedimentos absolutos y relativos para contraer matrimonio, en ninguno se menciona como impedimento el contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, podría decirse que la razón de no contemplarlo es la definición hecha por los Arts. 11 y 90 N° 3 sin embargo así como definió el matrimonio estableciendo una limitación, debió incluir como impedimento para contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, pero uno de los problemas del ordenamiento jurídico salvadoreño es que los cuerpos normativos no han sido creados a partir de la realidad social, si no que obedecen a la transculturización impuesta.

De lo anterior se muestra cómo el legislador salvadoreño no evidencia la realidad social que vive el Estado que requiere de reformas legales que busquen armonizar el ordenamiento jurídico acorde a los cambios sociales. Esto para lograr la igualdad, el respeto y cumplimiento de los derechos humanos; por lo tanto, es tarea de los legisladores garantizar la igualdad

jurídica de cada individuo para evitar la vulneración a principios y derechos constitucionales como es el caso de la diversidad sexual salvadoreña que han vivido en el olvido jurídico y que aún siguen sufriendo violaciones en sus derechos.

4.7.3. Código penal

No puede dejarse de mencionar que el código penal salvadoreño en el Art. 192 al establecer como delito los matrimonios ilegales basados en cualquier impedimento regulado en los Arts 14 y 15 del Código de Familia, por lo que el legislador al no contemplar como impedimento el contraer matrimonio personas del mismo sexo, no es causa de delito, constatándose que el código penal está en armonía con el Art. 32 de la Constitución y no en contra de los derechos de la diversidad sexual. Pero el Art. 194 establece sanción para el notario o funcionario que celebre un matrimonio ilegal.¹³⁸

4.7.4. Tratados y convenios internacionales

El Salvador es un Estado firmante de tratados y convenios en materia de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Protocolo de San Salvador, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC), Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA), otros. Estos son parte del ordenamiento jurídico salvadoreño calidad dada a partir del Art. 144 de la Constitución al establecer que al ser ratificados y entrar en vigencia es ley de la República.

¹³⁸ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998). Art. 192.

El Salvador es un Estado firmante de tratados y convenios en materia de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Protocolo de San Salvador, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales (PIDESC), Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA), otros. Estos son parte del ordenamiento jurídico salvadoreño calidad dada a partir del Art. 144 de la Constitución al establecer que al ser ratificados y entrar en vigencia es ley de la República.

Para el caso, se analizará el texto normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), instrumento jurídico considerado como soporte a los derechos humanos regulados por cada Estado o complemento de los mismos busca la armonía y justicia social, es por ello que en materia de derechos humanos este cuerpo normativo busca amparar a toda persona humana y evitar la violación de los derechos humanos, por lo que se crea una Corte que garantice el respeto y cumplimiento de lo regulado en la convención.

Visto lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió una resolución, sobre la opinión consultiva hecha por el Estado Costarricense el 24 de octubre del año 2017 sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, esto se explica a raíz del crecimiento poblacional de la diversidad sexual, realidad de la que no escapa El Salvador.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entiende que la vulneración a este derecho del matrimonio entre personas del mismo sexo

obedece a una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el Art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así mismo la Corte estima que *la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos*. Por tal razón la Corte ha señalado que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no determina un concepto cerrado de familia.¹³⁹

Es de considerar que el Art. 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, sin embargo la Corte ha sostenido que no se debe plantear una definición restrictiva de el matrimonio o como debe fundarse una familia, afirmando que el artículo no expresa una protección para un modo particular de contraer matrimonio, por lo que no debe entenderse como la única forma de familia protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Si la Constitución, no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, puede sostenerse que es permitido y por consiguiente constitucional, no está tipificado como delito, los convenios internacionales no lo prohíben, por el contrario la Corte Internacional de Justicia (CIJ), establece que *como regla general debe presumirse que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionara*, constatándose que es el código de familia el que limita el derecho fundamental a la familia y al matrimonio de personas con orientación

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-24/2017*.

sexual diversa, por lo que es tarea del órgano legislativo armonizar el ordenamiento jurídico salvadoreño.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Corte Internacional de Justicia, *Sentencia Costa Rica Vs. Nicaragua*, (La Haya, países bajos: Corte Internacional de Justicia, 2017), 213.

CAPITULO V

LA VINCULACIÓN DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO JURÍDICO SALVADOREÑO

El propósito en este capítulo es definir terminos jurídicas internacionales como tratado y convención, así como la responsabilidad internacional en la que incurren los Estados contratantes al no respetar lo pactado. Además, establecer si la opinión consultiva OC-24/2017 es vinculante con el ordenamiento jurídico salvadoreño, fundado en aspectos doctrinarios y jurisprudenciales acerca de las opiniones consultivas para los Estados parte de la Convencion Amerciana de Derechos Humanos (CADH).

Se agregan las conclusiones y recomendaciones, considerando acriterio del grupo de investigación que las opiniones consultivas si son vinculantes con el ordenamiento jurídico salvadoreño; en las recomendaciones se enumeran de acuerdo al órgano de Estado que debe contribuir para armonizar el ordenamiento jurídico.

5. La vinculación de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión), uno de los dos organismos autónomos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), creó una unidad para los derechos de las personas con diversidad sexual cuyo objeto

primordial versa en asegurar el reconocimiento legal de las personas con orientación sexual como elemento protegido para la construcción de una identidad.

En este sentido la Constitución de El Salvador reconoce la supremacía de los convenios internacionales sobre el derecho nacional y el control difuso que estas resoluciones tienen en la legislación salvadoreña, ya que el El Salvador ejerce una actividad jurisdiccional del poder y del deber de actuar como la Constitución se lo confiere; en este sentido la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), contiene disposiciones contra la discriminación sexual, reconociéndole a todas las personas igualdad ante la ley y los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) encontró que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos, que estas minorías han sufrido; por lo tanto, si un Estado realiza actividades que la Corte, a través de una opinión consultiva, ha determinado como incompatibles con la Convención, ese Estado ya no puede ignorar que su comportamiento está vulnerando sus obligaciones derivadas de dicha Convención.¹⁴¹

5.1. El Derecho internacional

La filosofía del derecho internacional, sostiene que el Estado es soberano, compuesto por una población y que la rige un gobierno independiente en un

¹⁴¹ Camila Troncoso Zúniga, Natalia Paz Morales Cerda, “Caso Duque con Colombia: Un caso de discriminación Estructural”, Universidad de Chile, n.13 (2017): 142-143.

territorio; el derecho internacional confiere poderes al Estado; estos poderes definen las relaciones recíprocas entre estas comunidades independientes, asimismo un gobierno debe ser capaz de mantener el orden interno y de conducirse frente a otros Estados de acuerdo a las reglas del derecho internacional: Debe ser capaz de cumplir las normas básicas del intercambio democrático.¹⁴²

5.1.1. Definición

Se denomina derecho internacional al conjunto de reglas que determinan la conducta del cuerpo general de los Estados civilizados en sus relaciones recíprocas, de igual manera existe mucha discusión sobre la naturaleza, sus métodos, sus límites y su relación con la ciencia de la ética. Es por ello que es necesario dar un vistazo a la siguiente definición para así observar la incidencia y el alcance del derecho internacional en la región salvadoreña y su cumplimiento o no, de las normas jurídicas las cuales son suscritas por los países en dicha comunidad internacional.¹⁴³

Para la Corte Internacional de Justicia: *“El derecho internacional público es el cuerpo de reglas jurídicas que se ocupa de la conducta de los Estados y de los organismos internacionales, así como de algunas relaciones con las personas ya sean naturales o jurídicas”*. Entonces, se define al derecho internacional público como el conjunto de normas de la comunidad internacional, que regulan las relaciones entre los estados entre sí y sujetos

¹⁴² Agustín Basave Fernández del Valle, *Filosofía de Derecho Internacional*, (Ed. UNAM, México, 2001), 29-31.

¹⁴³ Ramón Paniagua Redondo, “Aproximación conceptual al derecho internacional público”, n.14 (1998): 6-10.

internacionales, tal como lo estableció Jeremías Bentham en un primer momento.¹⁴⁴

5.1.2. Convenio

En el apartado a) del párrafo 1 del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se hace referencia a las “convenciones internacionales, sean generales o particulares” como fuente de derecho, además de la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional, y como fuente secundaria las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia. El uso genérico del término convención abarca todos los acuerdos internacionales, de la misma forma que el término genérico tratado.¹⁴⁵

5.1.3. Tratado

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), define el término tratado, como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional. Para reconocidos autores de la doctrina del derecho internacional público los tratados internacionales constituyen un negocio jurídico con características propias debido a la categoría de sujetos que en él intervienen y a otras peculiaridades. Según Jiménez de Aréchaga, un tratado internacional es “*toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinada a*

¹⁴⁴ T.J. Lawrence: *Manual de Derecho Internacional Público*, (Ed. Infojus, 1902), 11-12.

¹⁴⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, (New York: Órgano Judicial de las Naciones Unidas, 1945), 7-8.

producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho".¹⁴⁶

El Estado salvadoreño acepta como principio el de la supremacía Constitucional en su territorio, ya que no concibe que mediante la propia Constitución pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales ejecutar las leyes internas; asimismo el incumplimiento de un tratado celebrado de buena fe por parte de El Salvador, contrario a las normas internas y que sean actos violatorios a los derechos humanos, da pasos a un reclamo internacional de reparación por dicho incumplimiento, en los términos aceptados por el propio derecho internacional.¹⁴⁷

5.2. La responsabilidad internacional

Uno de los compromisos que adquieren al suscribir y ratificar un tratado es el revisar su legislación interna; además debe implementar modificaciones y adecuar las condiciones que sean necesarias para hacerlo compatible con la obligación internacional; en tal sentido, las personas con diversidad sexual al no ser tomadas en cuenta en las leyes internas de El Salvador, están desprovistas de los derechos que les corresponden como personas humanas, es decir; los mismos derechos que han logrado obtener en los diferentes países latinoamericanos, tales como: México, Argentina, Colombia, y otros.

¹⁴⁶ Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*, Estudio Constitucional comparado 8ª ed. (Ed. Universidad del Rosario, Colombia, 2012), 19-20.

¹⁴⁷ Consejo Nacional de la Judicatura, *Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos*, Escuela de Capacitación Judicial, (Ed. CNJ, El Salvador, 1998), 23-24.

En el caso de El Salvador después de dos años de emitida la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), declaró responsable al Estado salvadoreño por violaciones a derechos humanos en perjuicio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, por no haber cumplido las medidas de reparación ordenadas por dicho tribunal a favor de las víctimas. Dicha situación refleja un incumplimiento reiterado de las obligaciones que, como Estado, tiene de respetar los derechos humanos de sus ciudadanos, en virtud de las disposiciones tanto constitucionales Art. 1 inc. 1°, como de instrumentos jurídicos internacionales Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscritos y ratificados por el mismo Estado.

Asimismo, el Poder Judicial desde fines del siglo XIX en adelante, los Estados han comprometido su responsabilidad por la acción de los jueces. Más de un siglo después, esto es todavía materia vigente; es decir, el juez puede, a través de su actuación, hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. La justicia es aplicada de manera antojadiza y con principios individuales según la concepción dogmática, cultural y moral de algunos juzgadores.¹⁴⁸

5.3. Convención americana de derechos humanos

Uno de los instrumentos jurídicos creado para la protección y defensa de los derechos humanos fue en noviembre de 1969, en San José Costa Rica, lugar donde se celebró la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. Es importante aclarar que esta conferencia fue realizada con miembros de la Organización de los Estados Americanos

¹⁴⁸ *Ibíd*, 15-20.

(OEA), los cuales redactan la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación.

Esta protección internacional de los derechos humanos, es regional, pues el ámbito geográfico de aplicación es solo para América Latina, al nacer en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Para cumplir con su finalidad la convención establece dos órganos; el primero de naturaleza cuasi jurisdiccional, denominado Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); y el segundo, jurisdiccional, llamado Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), teniendo que estos funcionan como instancias, es decir primero se presenta el caso a la comisión y de no lograrse la pretensión invocada el Estado lleva el caso a la Corte.¹⁴⁹

El Estado salvadoreño, ratificó la mencionada convención, el 20 de junio de 1978. El 17 de noviembre de 1988, en la Asamblea General, de la Organización de Estados Americanos, realizada en San Salvador se adopta el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PACADH), en materia de derechos económicos, sociales y culturales, denominado también “Protocolo de San Salvador”, el cual fué ratificado por El Salvador el 4 de mayo de 1995, este instrumento adicional que incorpora los derechos que se plasman en su título, es una reafirmación para el desarrollo, perfección y protección de los mismos en América, asimismo con una finalidad inclusiva para lograr la progresividad de los derechos humanos.

Al analizar la legislación secundaria después de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Estado

¹⁴⁹ Hugo Dagoberto Pineda Argueta, *El derecho internacional público y su incorporación en El Salvador*, (Ed. Aequus, El Salvador: San Salvador 2015), 81-83.

salvadoreño aun no da cumplimiento con los derechos reconocidos en la convención, aclarando que parte de los derechos de esta convención han sufrido un progreso jurídico, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ha sostenido en su jurisprudencia que la regla general es que debe presumirse que los Estados contratantes comprenden que los términos del tratado o convención tendrán un significado evolutivo.¹⁵⁰

5.3.1. Comisión interamericana de derechos humanos

En la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se crearon dos organismos con el fin de dar cumplimiento a la misma, los cuales son, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esta Comisión fue establecida en 1958 y se organizó de conformidad a la Convención en 1968, creada para investigar violaciones a derechos cometidos por autoridades gubernamentales y formula recomendaciones al gobierno responsable.

Esta comisión se integra por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), esta entró en vigencia en 1978; posteriormente se aprobó su estatuto y reglamento en los años 1979 y 1987; teniendo la sede en Washington, Estados Unidos, esta comisión conoce peticiones formuladas por personas naturales o grupos vulnerables, como la diversidad sexual entre otros, que alegan violaciones a derechos humanos, considerando solo en Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁵¹

¹⁵⁰ Corte Internacional de Justicia, *sentencia caso Costa Rica Vs. Nicaragua* (Palacio de la Paz: La Haya, Corte Internacional de justicia, 2009), 213.

¹⁵¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 41.

La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es observar y defender los derechos humanos. Así mismo debe seguirse el procedimiento señalado por el Art. 48, en el que este organismo recibe una petición donde se alega la violación de uno o varios derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos, finalizando el proceso con un arreglo de carácter amistoso según el Art. 49, de no llegar a un acuerdo amistoso ante la comisión, el caso avanza a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sin embargo, la comisión debe elaborar un informe al peticionario y los Estados partes, en el cual la comisión realizará recomendaciones, así como establecer plazo en que el Estado debe cumplir las medidas impuestas.

5.3.2. Corte interamericana de derechos humanos

La creación de la Corte es por la misma Convención en el Art. 33 en relación al Art. 52 considerado como un medio de protección a estos derechos. La Corte pudo establecerse y organizarse cuando entró en vigor la Convención el 22 de mayo de 1979, los Estados partes eligieron, durante el séptimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización Estados Americanos (OEA), a los juristas que, serían los primeros jueces que compondrían la Corte. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de los Estados Americanos en Washington, Estados Unidos.

La Corte está compuesta por siete jueces que se reúnen por lo menos dos veces al año, con sede en San José, Costa Rica, sin embargo, en ocasiones celebra sesiones en territorios de cualquier Estado parte. Según el Art. 62 N° 3, tiene competencia para conocer de demandas de carácter contencioso y

consultivo. El Art. 61 en relación al 45 de la Convención, exponen que solo pueden acceder los Estados partes de la Convención y la Comisión, solo en contra de aquellos Estados que le reconocen jurisdicción o cuando el Estado le reconoce para ese caso concreto su competencia.¹⁵²

El Salvador aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 6 de junio de 1995, como obligatoria y de pleno derecho y sin convención especial, asimismo estableció que la aceptación de la competencia es por un plazo indefinido, no obstante, dejando en claro que se reserva el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere pertinente. Es importante mencionar que el gobierno salvadoreño reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuando este sea compatible con las disposiciones constitucionales ya previstas.¹⁵³

Así el caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, litigio en el cual se declaró en sentencia que el Estado es responsable por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, vida familiar y otros reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), ordenando al Estado que realice con diligencia las investigaciones abiertas para poder identificar juzgar y sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas de las víctimas; asimismo ordenó cumplir con otras medidas como brindar tratamiento médico y psicológico o según el caso psiquiátrico a los familiares de las víctimas entre otros.¹⁵⁴

¹⁵² *Ibíd.* Art. 52.

¹⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos3.htm>

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *sentencia caso Contreras y Otros Vs. El Salvador* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011), 86-87.

Otro caso conocido por la Corte misma, fue la masacre del mozote, ocurrida durante el conflicto armado salvadoreño, considerada en su informe por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como una de las manifestaciones más aberrantes de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la época por parte de la institución militar salvadoreña. En su sentencia la Corte, declaró responsable al Estado por la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, propiedad privada, a la libertad de circulación, y por la violación a la prohibición a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, por lo que ordena que se cumpla con las medidas impuestas.¹⁵⁵

5.4. La vinculación de las opiniones consultivas

Cuando el derecho interno ha dejado de dar protección a los derechos humanos, los sistemas internacionales son un amparo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es uno de ellos. Y este sistema se denomina como la dimensión supranacional del derecho del proceso y de la justicia. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), da cobertura a la competencia de la Corte; las funciones más relevantes de esta son la adopción de opiniones consultivas y el examen de casos contenciosos. Como resultado del ejercicio de esas funciones, la Corte emite sentencias que contienen la jurisprudencia.¹⁵⁶

En cuanto a las sentencias que se dictan en las opiniones consultivas, Gómez Robledo en relación con el tema “*al igual que sucede en la fase*

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012), 146-148.

¹⁵⁶ Manuel Ventura Robles, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente”, n.32 (2001): 273.

consultiva de la Corte Europea de Derechos Humanos o con la Corte Internacional de Justicia, las opiniones consultivas carecen de fuerza jurídica obligatoria".¹⁵⁷ Por su parte Gros Espiell señala que *"la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana, es sin duda muy importante y de necesario conocimiento para comprender la materia"*.¹⁵⁸

5.4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos **La doctrina del "control de convencionalidad" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

La Corte, ha entendido como *"control de convencionalidad"*, que los tribunales nacionales deben contrastar la normativa local con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de modo que de existir una contradicción normativa se debe preferir la normativa internacional. Control que debe basarse en lo dispuesto en la Convención, pero además lo que interesa mayormente es la interpretación de la Corte en sus resoluciones, como intérprete última de la Convención."¹⁵⁹

Así, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* dispuso:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les

¹⁵⁷ Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, (Ed. Porrúa, México, 2000), 45.

¹⁵⁸ Hector Gros Espiell, "Algunas cuestiones relativas al derecho interno de la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y justicia Constitucional", n.3 (2000): 146.

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), 124.

obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

Los países que han suscrito el Pacto de San José, Costa Rica y aceptado la jurisdicción de la Corte, se someterían de este modo a un cuerpo normativo vinculante, formado no solo por las cláusulas del convenio, sino por las decisiones de la misma Corte, que obliga directa e internamente, y que consagra derechos humanos inmunes a la soberanía. Derechos que configuran un orden público común entre los Estados partes, que no es posible volver a “nacionalizar”. Por eso ha sostenido Pedro Sagues que “*la Convención Americana de Derechos Humanos es norma de normas*” en la Organización de Estados Americanos y “*la Corte IDH se establece como auténtico guardián e intérprete final de la Convención*”¹⁶⁰.

Por consiguiente, esa Convención goza de una primacía sobre los ordenamientos jurídicos nacionales (Constitución, leyes, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas y judiciales, etc.) del Estado parte. Se trata de un vínculo jurídico de supra y subordinación del derecho nacional (derecho constitucional, derecho administrativo, etc.), respecto del derecho internacional de los derechos humanos, constituyendo así la supremacía de la Convención, entendiendo que el derecho interno es un derecho infra convencional. Lo que no sería incompatible con el rol asignado a la Constitución como fuente primera del ordenamiento jurídico, por cuanto es ella misma quien consiente remitirse¹⁶¹

¹⁶⁰ Nestor Pedro Sagues, *El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, (Ed. UNAM, Argentina, 2008), 416.

¹⁶¹ Constitución de la República de El Salvador, Art. 144.

5.4.2. Jurisdicción consultiva y jurisdicción contenciosa

En la misma Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) aparecen claras las principales diferencias entre la jurisdicción contenciosa “función jurisdiccional” como la llama el Estatuto de la Corte Interamericana y la jurisdicción consultiva o “función consultiva”. Estas diferencias tienen que ver con los sujetos legitimados activamente, con el objeto, con el sentido, con el procedimiento y sobre todo con el alcance de las resoluciones en ambas jurisdicciones.

Sin embargo, parece no existe diferencia sustancial en cuanto al carácter de ambas funciones; tanto la contenciosa como la consultiva son actividades judiciales.

- a) En los *sujetos legitimados activamente*: existe una diferencia importante: mientras en el proceso contencioso están legitimados para iniciarlo (esto es para someter un caso a la decisión de la Corte) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los Estados partes de la Convención; en el procedimiento consultivo están legitimados, además de la comisión, no sólo los Estados partes de la Convención sino todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y los órganos de la misma “*en lo que les compete*” para solicitar opiniones consultivas.
- b) En cuanto a los *objetos o instrumentos jurídicos*: sobre los que cabe la aplicación o *interpretación* de la Corte también existe una diferencia sustancial mientras en el proceso contencioso “*la corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención*”

en el procedimiento consultivo se trata de interpretar tanto la Convención como otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos y *las leyes internas*.

Si el sentido de la jurisdicción contenciosa de la Corte es conocer de un caso sobre violación a los derechos humanos e interpretar y aplicar la Convención en este caso el de la jurisdicción consultiva se reduce a interpretar la misma Convención, otros tratados internacionales de derechos humanos y las leyes internas en relación a su compatibilidad con tales instrumentos.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha resumido estas diferencias: en un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar a las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado parte, sino también, disponer que se garantice al lesionado o lesionada en el goce de sus derechos o libertades conculcados. En el entendido de que los Estados partes en este proceso estarán sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte.¹⁶²

En cambio, cuando se esta en materia consultiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar la existencia sino a emitir únicamente su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La misma Corte en este ámbito cumple una función asesora de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto jurídico vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.

¹⁶² Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 63.1.

- c) En lo que hace al *procedimiento*: las diferencias son también significativas la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), hace una clara distinción entre los procedimientos contenciosos regidos por las disposiciones de los Arts. 61 62 y 63 y del 25 a 48 los procedimientos consultivos regidos por el Art. 64 y los Arts. 49 y 54 del Reglamento de la Corte. El procedimiento contencioso es básicamente un procedimiento reglado y contradictorio como se puede observar el procedimiento consultivo es mucho más laxo discrecional y no contradictorio.

La única diferencia importante, entre las opiniones tramitadas según el Art. 64.1 y las que no lo son según el Art. 64. 2 es de procedimiento. Según el Art. 54 del Reglamento en este último caso es indispensable cumplir con el sistema de notificaciones previsto para el primero, sino que se deja la Corte un amplio margen para fijar las reglas procesales de cada caso, en previsión de que la propia naturaleza de la cuestión la consulta debe resolverse sin requerir puntos de vista externo a los del Estado solicitante.¹⁶³

5.4.3. La vinculación jurídica de la opinión consultiva OC-24/2017 en la legislación salvadoreña

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no siempre es necesaria la coacción, ya que no constituye obstáculo que la resolución emane de un procedimiento de consulta para que provoque efectos vinculantes. *“Las resoluciones deben ser puntualmente cumplidas, porque de no ser así, el orden jurídico decaería en un espacio de buenas voluntades, simples anhelos depositados en declaraciones, opiniones y*

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva: OC-4/84*, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984), párr 17.

*recomendaciones... si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda; un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y la cultura de los derechos humanos, penosamente construida”.*¹⁶⁴

Los aplicadores de la ley en diferentes departamentos de El Salvador, brindan su apreciación de la realidad que nos atañe, y es por ello que para el Juez de Familia del departamento de La Unión, quien, a su juicio por el análisis de convencionalidad, la opinión consultiva OC-24/2017 dictada por la Corte, si tendría efectos jurídicos.

Es por ello que el Estado salvadoreño puede ser declarado responsable internacionalmente, porque en caso de las/os afectadas/os agoten los recursos internos y acudan a la misma Corte, esta resolverá que ya hay precedentes y por tanto se debe ajustar la legislación a estos, y como ejemplo de condenas para El Salvador, está el caso del Mozote, caso Contreras, caso Hermanitas Serrano, entre otros, ya que además existe un cuadernillo número 18 elaborado por la Corte que trata sobre los casos contra El Salvador. Por lo tanto, si se le presenta un caso sobre el matrimonio igualitario él aplicaría y adecuara lo resuelto por la Corte IDH.

De forma muy similar la opinión del, Juez de la Cámara Tercera de lo Penal, de la primera sección del Centro, y el Juez de la Cámara de Niñez y Adolescencia, manifiestan que al formar parte de la Convención, someternos a las resoluciones de la Corte y ratificar instrumentos internacionales se compromete al cumplimiento de los mismos y por lo tanto puede incurrir en

¹⁶⁴ Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, (Ed. México, Porrúa, 2002), 155-156.

sanciones en el caso contrario, ya que al no regular el matrimonio igualitario en El Salvador, se están violando derechos humanos a este grupo minoritario y habrían indemnizaciones pecuniarias por los daños y prejuicios.

Por otro lado, el Juez de la Cámara de Niñez y Adolescencia es de la opinión que por medio de un análisis de convencionalidad y amparándose en la integración del ordenamiento jurídico nacional con el internacional, en carácter de aplicador de la ley, si realizaría el referido matrimonio.

Para el Juez del departamento de Ahuachapán, El Salvador al incumplir el mandato contenido en la opinión consultiva OC-24/2017 podría ser responsable de discriminación a las personas con diversidad sexual ya que el Comité de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta que discriminación consiste en excluir o restringir en base a motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social.

El Juez de familia de Apopa, de San Salvador, establece que el Estado salvadoreño sería responsable internacionalmente en caso de que las personas con diversidad sexual acudieran a la Corte por inobservar o incumplir los pactos o tratados de derechos humanos previamente ratificados, y al cuestionar sobre si celebraría un matrimonio igualitario, respondió que sí porque se debe reconocer la realidad, protegiendo los derechos de todos los seres humanos sin discriminación alguna.

5.5. Conclusiones

De acuerdo a los Art. 2 y 3 de la Constitución de la República de El Salvador, todas las personas tienen derecho a la intimidad personal, familiar y gozan de igualdad ante la ley, por lo que el constituyente no hace limitación para el goce de los derechos, notándose que la Constitución garantiza el goce de todos los derechos en atención a la persona, prohibiendo la desigualdad por razones de nacionalidad, raza, sexo o religión; por lo que bajo ninguna circunstancia puede concebirse que el ordenamiento jurídico excluye de la esfera de tutela jurídica el disfrute de los derechos.

La sociedad salvadoreña todavía se encuentra altamente influenciada por el contexto religioso y moral desde tiempos antiguos, que censura de forma terminante, a las parejas del mismo sexo, pese a que se conoce la existencia y el incremento de dicho fenómeno en el diario vivir de nuestro país, por lo que se requiere mayor tolerancia religiosa pensando en una sociedad justa e inclusiva de grupos que históricamente han sido vulnerados sus derechos.

El Salvador al incorporar en su ordenamiento jurídico tratados y convenios internacionales, se vuelve una obligación internacional para el Estado el respeto y cumplimiento de los derechos desarrollados en esos instrumentos jurídicos internacionales, que enriquecen o dan vida a derechos que han alcanzado un progreso, en razón de los cambios que sufren las sociedades, realidad de la que es parte El Salvador por lo que debe lograr una armonía del ordenamiento jurídico; considerando la inclusión y el respeto de los derechos humanos en razón a la persona humana.

Aunque la opinión consultiva OC-24/2017 solicitada por Costa Rica, los efectos jurídicos de la misma no se limitan para el país solicitante sino, que

se extiende a los países suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, El Salvador no es ajeno a la obligación impuesta en ella, así debe el legislador armonizar el ordenamiento jurídico, para respetar y dar cumplimiento a la jurisprudencia internacional que busca el respeto a la dignidad humana mediante la erradicación de la discriminación de grupos como la diversidad sexual.

Si bien el Estado salvadoreño ha creado decretos, foros y espacios dentro de algunas instituciones para educar y erradicar la discriminación en razón a la orientación sexual, falta que se reconozca el derecho al matrimonio, como institución jurídica que de ella derivan el reconocimiento de los derechos humanos; por lo que se vuelve urgente que los legisladores adecuen algunos cuerpos normativos como es el caso del código de familia en su Art. 11 al excluir del derecho a contraer matrimonio a personas de la diversidad sexual vulnerando el principio de igualdad, seguridad jurídica, libertad y la dignidad humana de la cual deriva la autonomía de la persona.

La orientación sexual, no debe ser una limitante para acceder a la institución jurídica del matrimonio, como lo establece el artículo 90 numeral tercero del código de familia salvadoreño, ya que la finalidad del matrimonio no es la procreación, por lo tanto no es justificativo que la unión matrimonial sea meramente heterosexual; asimismo que no se enuncie unión legal entre un hombre y una mujer como lo establece el Art. 11 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, las opiniones consultivas al ser meramente resoluciones que interpretan la Convención Americana de Derechos Humanos, no puede sostenerse que carecen de vinculación para el Estado solicitante y los demás Estados contratantes; pues debe considerarse que al ser un mecanismo de

interpretación de la norma jurídica tiene un efecto vinculante que se materializa en un caso contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual al haber sentado precedente como debe interpretarse las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, resolverá conforme a lo interpretado en la opinión consultiva y en su sentencia señalará las normas vulneradas por el Estado demandado.

Por lo tanto, la opinión consultiva OC-24/2017 solicitada por Costa Rica, es vinculante para el Estado salvadoreño, en primer lugar ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), como establece el Art. 144 de la Constitución es ley de la República y el protocolo de San Salvador, aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que una opinión consultiva en la que interpreta la convención parte del ordenamiento jurídico salvadoreño es vinculante; pues si se observa está diciendo el máximo tribunal como deben entenderse los artículos de la convención que protegen los derechos humanos de los Estados contratantes.

5.6. Recomendaciones: Órgano Legislativo

Que los legisladores modifiquen el concepto de matrimonio de los Arts. 11 y 90 causal 3° del Código de Familia que excluye del derecho a contraer matrimonio a personas de la diversidad sexual.

Que el Estado respete los tratados y convenios ratificados, como la Convención ADH a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en ella.

Que el Estado reconozca el derecho al matrimonio igualitario, sin esperar que se demande ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por vulnerar éste y otros derechos humanos a la diversidad sexual.

De reconocer el derecho al matrimonio igualitario a las personas de la diversidad sexual, no se contemplen más requisitos que los prescritos en el actual Código de Familia, ni se creen instancias que conlleven a distinguir una unión heterosexual con una homosexual.

Órgano Judicial

Que la Corte Suprema de Justicia en pleno, emita un acuerdo que establezca que los notarios están autorizados para realizar el matrimonio igualitario, dirigido a la sección del notariado para que esta no habra expediente a los notarios.

Que se reconozca el matrimonio igualitario, para cumplir con la obligación impuesta en la resolución OC-24/2017 para irrumpir la constante vulneración del principio de igualdad y no discriminación de la diversidad sexual.

Órgano Ejecutivo

Crear políticas de sensibilización en la sociedad para que se tolere y promueva el respeto a la diversidad sexual en el entorno social.

Promover a través del ministerio de educación, estudios sobre derechos humanos en todos los centros educativos públicos y privados a fin de hacer una sociedad conocedora que los derechos humanos tienen como fin último la persona humana sin distinción en razón a la orientación sexual.

Crear en acompañamiento a las asociaciones o colectivos de la comunidad LGBTTTIQ, políticas que permitan la inclusión, erradicando cualquier tipo de discriminación o violación a las personas de referida comunidad.

Apoyar a través de la facultad de derecho las implicaciones de índole jurídica tanto nacional como internacional, de la figura del matrimonio igualitario a través de debates, disertaciones, promoviendo y divulgando de este tipo de investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Aguirre, Javier Orlando. Dignidad derechos humanos y la filosofía de práctica de Kant. Colombia: Ed. Pabón. 2011.

Altamarino Gonzalo, Dimas. Matrimonio igualitario. Centro de estudios sociales y de opinión pública. México: Ed. Cesop. 2017.

Alterio, Ana Micaela y Roberto Niembro Ortega. La Suprema Corte y El Matrimonio Igualitario en México. México: Ed. Investigaciones Jurídicas. 2017.

Belluscio, Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. 7ª ed. Argentina: Ed. Astrea. 2004.

Bertrand Galindo, Francisco. José Albino, Tinetti. Silvia Lizette, Kuri de Mendoza. María Elena, Orellana. Manual de Derecho Constitucional. El Salvador: Ed. Talleres Gráficos UCA. 1992.

Bobbio, Norberto. Liberalismo y Democracia. 6ª ed. Colombia: Ed. Cenzontle. 1993.

Borisonik, Diego y Lucia Bocca, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. LGBTI: “Compendio regional de buenas prácticas gubernamentales de garantía y protección de derechos”. Argentina: Ed. irap-servicios gráficos. 2017.

Boswell, John. Cristianismo. Tolerancia social y Homosexualidad. Barcelona: Ed. Muchnik.1992.

Champdor, Albert. El libro egipcio de los muertos. 2ª ed. Francia: Ed. Edaf.1982.

Dalin, Liu. El Imperio del deseo. Historia de la sexualidad en China. Madrid: Ed. Alianza. 2010.

Damián, Pedro. Libro de Gomorra. Italia: Ed. Kindle. 2017.

Fernandez del Valle, Agustín Basave. Filosofía de Derecho Internacional. México: Ed. UNAM. 2001.

Fernández, Eusebio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos. España: Ed. Debate. 1991.

García Ramírez, Sergio. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. México: Porrúa. 2002.

García, Joaquín Esteban. La homosexualidad en Grecia y Roma. Ed. Caligrama. 2017.

Gil De la Torre, Héctor Morales. Derechos humanos. Dignidad y conflicto. Ed. Universidad Iberoamericana. México. 1996.

Gómez Aragón, Anjhara. El patrimonio cultural como punto de encuentro. Japón y Occidente. España: Ed. Satori. 2016.

Gómez Robledo, Alonso. Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. México: Ed. Porrúa. 2000.

Hübner Gallo, Jorge Iván. Los derechos humanos. Historia. Fundamento. efectividad. Chile: Ed. Jurídica. 1994.

Lawrence, T.J. Manual de Derecho Internacional Público. Ed. Infojus. 1902.

Leret, María Gabriela. Exposición y Análisis de los Principios y Conceptos Fundamentales para la Comprensión de la Bioética a la Luz de las Ciencias Jurídicas. Venezuela: Ed. Cecsá. 2005.

Linares Quintana. Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional. Argentina: Ed. Alfa. 1953.

Meléndez, Florentín. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio Constitucional comparado 8ª ed. Colombia: Ed. Universidad del Rosario. 2012.

Pecheny, Mario. Rafael, De la Dehesa. El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía. Argentina: Ed. Universitaria. 2010.

Peña García, Carmen. Homosexualidad y Matrimonio. Estudio sobre la doctrina canónica. España: Ed. Icade. 2004.

Pérez Tremps, Pablo. Derecho Constitucional. España: Ed. Tirant lo Blanch. 1991.

Pineda Argueta, Hugo Dagoberto. El derecho internacional público y su incorporación en El Salvador. El Salvador: Ed. Aequus. 2015.

Renata Hiller, Laura Clérico. Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas. Argentina: Ed. Eudeba. 2010.

Rodríguez Ruiz, Napoleón. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas. San Salvador: Ed. Universitaria. 1959.

Sagues, Nestor Pedro. El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. Argentina: Ed. UNAM. 2008.

Simpson, William Kelly. The literature of ancient egypt. An Antology of Stories. Instructions. Stelae. Autobiographies. 3^a ed. Estados Unidos. 1973.

Van Gulik, Robert Hans. La vida sexual en la antigua China. Madrid: Ed. Siruela. 2000.

Vial Solar, Tomas. Centro de derechos Humanos. Informe sobre derechos humanos en Chile: Derechos de las personas LGBTI en Chile. Chile: Ed. Diego Portales. 2017.

Tesis

Araujo Velásquez, Ivette Rocío y Luis Enrique, Portillo López. Matrimonio igualitario. Estudio jurisprudencial en el derecho comparado. Tesis de grado. Universidad Gerardo Barrios. San Miguel. 2016.

Arévalo Quintanilla, Carolyn Mercedes. Karina Vanessa, Sánchez Grande. “El principio de igualdad regulado por la constitución y su vigencia en las relaciones familiares”. Tesis de grado. 2009.

Ascencio Turcios, Emely Guadalupe. et al. “El matrimonio homosexual”. Tesis de grado. Universidad de El Salvador. 2008

Barahona Cruz, María Angélica. El Matrimonio en la Nueva Normativa Familiar. Tesis de grado. Universidad de El Salvador. Facultad Multidisciplinaria de Oriente. 1996.

Cáceres Varas, Viviana Mariluz. “La aprobación de la unión civil y la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de acuerdo a la percepción de la comunidad LGBTI”. Tesis de grado. Perú 2017.

Carrillo Ugalde, Rafaél Ángel. “Análisis legal de la posible inconstitucionalidad del artículo 14 inciso 6 del Código de Familia. Basado en que el Derecho al matrimonio es un derecho humano independientemente de la orientación sexual de las personas”. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. 2017.

De Greñu Domingo, Sofía Díaz. “Discriminación o igualdad. La educación en el respeto a la diferencia a través de la enseñanza de la historia”. Tesis doctoral. Universidad de Valladolid. España. 2010.

Erazo Ramírez, Yoana Maricela y Maritza del Carmen, Reyes Henríquez. “Discriminación hacia la comunidad LGBTI de la escuela de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias y Humanidades de la Universidad de El Salvador”. Tesis de grado. Universidad de El Salvador. 2016.

García Devesa, Jenifer. “Uniones de hecho”. Tesis de grado: Universidad de Rioja. España. 2013.

Henricksen, Margrethe. “La imagen de los homosexuales en la cultura española”. Tesis de grado. Universidad Tromso. España. 2017.

Hernández Leiva, Mónica y Carmen Laura Valverde Phillips. “Estudio sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo”. Tesis de grado. Universidad de Costa Rica. 2007.

Legislación

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Gaceta Oficial. Reforma al código Civil. Diciembre 2009.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Ley de Convivencia para el Distrito Federal. México. 2007

Código de Familia. El Salvador. Asamblea Legislativa. 1994.

Código Penal. El Salvador. Asamblea Legislativa. 1998.

Constitución de la República de El Salvador. Asamblea Legislativa. 1983.

Convención Americana de Derechos Humanos. Costa Rica. Organización de Estados Americanos. 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Comisión de Derechos Humanos. Francia. 1948.

Decreto Ejecutivo 56. El Salvador. Órgano Ejecutivo. 2010.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. New York. Órgano Judicial principal de las Naciones Unidas. 1945.

Ley de Convivencia para el Distrito Federal. México. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 2007.

Ley de la Procuraduría para la Defensa de Derechos Humanos. El Salvador. Asamblea Legislativa. 1992.

Ley de la unión marital de hecho. Colombia. Congreso de Colombia 2005.

Ley de Unión Concubinaria. Uruguay. Cámara de Senadores. 2007.

Ley General de Educación. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador. 1996.

Ley sobre matrimonio igualitario. Uruguay. Cámara de Senadores. 2013.
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Organización de Estados Americanos. El Salvador. 1988.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica. 2009.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU214/16.Colombia. Corte Constitucional. 2016.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.133-17-sep-CC. Ecuador. Corte Constitucional de Ecuador 2017.

Corte Constitucional. Sentencia No.184-18. Ecuador. Corte Constitucional de Ecuador. 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humano. Sentencia caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/2017. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva: OC-4/84. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1984.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Costa Rica. 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Contreras y Otros Vs. El Salvador. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Duque Vs. Colombia. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Ruano Torres y Otros Vs. El Salvador. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. 2006.

Corte Internacional de Justicia. Sentencia Caso Costa Rica Vs. Nicaragua Palacio de la Paz. Corte Internacional de Justicia. 2009.

Corte Internacional de Justicia. Sentencia. Costa Rica Vs. Nicaragua. La Haya. Países bajos. Corte Internacional de Justicia. 2017.

Corte Provincial. Sala Penal. Sentencia No.1714724539. Ecuador. Corte Provincial. 2018.

Corte Suprema de Justicia. Pareatis. Referencia: 40- P-2013. El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2017.

Poder Judicial. Amparo Canevaro Martin y otro Exp.34292/0. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Exp.34292/0. Argentina. Poder Judicial. 2010.

Poder Judicial. Amparo. Referencia: Exp.34292/0. Buenos Aires. Poder Judicial.2010.

Sala Constitucional de Costa Rica. Inconstitucionalidad. Referencia: N°2018-12782. Costa Rica. Sala Constitucional de Costa Rica. 2018.

Sala Constitucional de Costa Rica. Inconstitucionalidad. Referencia. N°2018-12782. Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. 2018.

Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia N°2018-12782. Costa Rica. Sala Constitucional. 2018.

Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad 76-2004 y 35-2013. Honduras. Corte Suprema de Justicia. 2013.

Sala de lo Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad. Referencia: 56-2015. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2018.

Sala de lo Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad. Referencia 18-2018. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2019.

Sala de lo Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad. Referencia 149-2016 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2019.

Sala de lo Constitucional. Sentencia 4-IV-2001 Amp. 348-99. El Salvador: Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2001.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia 167-97. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 1999.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia. 749-2014. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2015.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia: 145-2018 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2018.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia: 19-2017 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2017.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia: 261-2017 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2018.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo. Referencia: 749-2014 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2015.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad. Referencia: 33-2016 El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2018.

Sala de lo Constitucional. Sentencia. Referencia: 368-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia. 2019.

Sala Penal. Referencia. No.1714724539. Ecuador. Corte Provincial de Ecuador. 2018.

Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador. Referencia 222-3-2013. El Salvador. Tribunal de Sentencia. 2013.

Instituciones

Consejo Nacional de la Judicatura. Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos. Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador: Ed. CNJ. 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aceptación de competencia del máximo tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos3.htm>.

Ministerio de Educación. República de El Salvador. Política de Género. San Salvador. 2017. <https://www.mined.gob.sv/index.php/programas/educativos/unidad-de-genero>.

Ministerio de Gobernación y Desarrollo Territorial, Registro de Organizaciones No Gubernamentales, <https://www.gobernacion.gob.sv/>

Ministerio de Salud. República de El Salvador. Foro: Atención en salud hacia las poblaciones de mujeres, trabajadoras sexuales y personas LGBTI. San Salvador. 2018. <http://www.salud.gob.sv/estructura-organizativa/>.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Republica de El Salvador, <http://www.mtps.gob.sv/>

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Nacidos Libres E Iguales: Orientación Sexual e Identidad de Género en las normas internacionales de Derechos Humanos. New York. 2012.

Revistas

Aparicio Serna, Helena. “El verdadero color de la diversidad sexual. La actitud de los adolescentes. n.1 (2014):12-20.

Atienza Macías, Elena. “La transexualidad. Aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”. n.3 (2006): 2-8.

Barrientos Grandón, Javier. “De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno”. n.2 (2006): 17.

Chávez, Nicola. “La cronología del movimiento LGTBQ en El Salvador”. n.1 (2016): 24.

Clínica Legal de derechos humanos internacionales. “Diversidad sexual en El Salvador”. Universidad de California. Berkeley. n.1 (2012): 7-8.

Comcavis Trans. “Equipo de trabajo en Sexualidades y Géneros”. Situación de las Personas Lesbianas. Gay. Bisexuales. Trans e Intersexuales (LGBTI) en El Salvador. n.1 (2018): 2-4.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Violencia contra personas LGBTI”. n.36 (2015): 91.

Comisión Internacional de Juristas. “Orientación Sexual e Identidad de Género y los Derechos Humanos Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Guía para Profesionales. n.4 (2009): 53-54.

Comisión Internacional de Juristas. “Orientación Sexual e Identidad de Género”. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. n.4 (2009): 53-54.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observaciones Generales a Ginebra”. n.1 (2005): 9.

Comité de Derechos Humanos. “Observaciones finales del comité de derechos humanos a Rusia”. n.6 (2009): 12.

Comité de Derechos Humanos. “Observaciones finales del comité de derechos humanos al Estado de Camerún”. n.1 (2010): 2.

Coronel Gamboa, Luis Eduardo. “El matrimonio entre personas del mismo sexo”. n.1 (1993): 8-12.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Corte IDH_CP-01/18”. n.1 (2018): 1-4.

Davenport, Allison. “Diversidad sexual en El Salvador”. n.1 (2012): 9-12.

E. Germon, Jennifer. “Kinsey y la política de autenticidad bisexual. Universidad de Sydney”. n.1 (2008): 23-26.

Etxazarra, Leire. “La legalización del matrimonio homosexual”. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko. n.1 (2007): 27-30.

García Rubio, María Paz. “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”. n.10 (2006): 114.

Gros Espiell, Hector, “Algunas cuestiones relativas al derecho interno de la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y justicia Constitucional”. n.3 (2000): 146.

Javier Barrientos Grandón. “De la inexistencia del matrimonio en el derecho chileno”. n.2 (2006): 17.

Manz, Beatriz. Guatemala. El Salvador. Honduras. Nicaragua. “Patrones de violaciones de los derechos humanos”. n.1 (2008):1-3.

Mendos, Lucas Ramón. “Niñas, Niños y Adolescentes LGBTI como sujetos de derecho frente al hostigamiento escolar”. n.4 (2014): 925.

Molina Ricaurte, Carlos Jesús. “El matrimonio de parejas del mismo sexo y la Corte Constitucional de Colombia”. n.1 (2018): 5-8.

N. Eskridge, William. Jr. “La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad”. Universidad de Palermo. n.1 (1999): 209-210.

Oficina Internacional del Trabajo. Orgullo (Pride) en el Trabajo. “Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica”. n.1 (2016): 31

Pangas, Julio Cesar. Estudios sobre la sexualidad en la Antigua Mesopotamia. n.3 (1991): 5-15.

Paniagua Redondo, Ramón. “Aproximación conceptual al derecho internacional público”. n.14 (1998): 6-10.

Ramírez Lemus, Jhaslen Ricardo. “Matrimonio Civil entre parejas del mismo sexo en Colombia. Reificación Evitable”. Universidad Santo Tomas. Bogotá. n.1 (2011): 52-54.

Reyes Torres, Amaury A. “El principio de igualdad y no discriminación como límite al margen de apreciación en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo”. n.4 (2014): 783.

Sánchez, María Martin. “Los Derechos de las Parejas del mismo Sexo en Europa”. n.107 (2016): 243.

Stewart, Julia. “Promoviendo los derechos humanos y la inclusión de las personas LGBTI”. n.1 (2017): 8-12.

Troncoso Zúniga, Camila y Natalia Paz, Morales Cerda. “Caso Duque con Colombia: Un caso de discriminación Estructural”. Universidad de Chile. n.13 (2017): 142-143.

Ventura Robles, Manuel. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente”. n.32 (2001): 273.

Artículos de Periódicos

Calderon, Beatríz. “Desde vehículo sujetaron a miembro de la comunidad LGBTI y lo arrastraron en bulevar Los Héroes hasta matarlo”. La Prensa Gráfica. 27 de Octubre. 2019.

Yer, Matias. “Géneros y sexualidades”. La izquierda. 17 de mayo de 2017. sección Género y sexualidades.

Sitios Web

Géneros y sexualidades. <https://www.laizquierdadiario.com/17-de-mayo-el-DSM-y-Los-enfermitos>. 2017.

<http://revistafactum.com/la-cronologia-del-movimiento-lgtb-salvador/>.2016 24.
<https://cdigital.uv.mx/bitstream/handle/123456789/36379/vozppn2p20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Respeto y tolerancia a la diversidad sexual en la sociedad salvadoreña. es.slideshare.net/LaGabio/respeto-y-tolerancia-a-la-diversidad-sexual-en-la-sociedad-salvadoreña.

ANEXOS

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION CIENCIAS JURIDICAS 2019**



OBJETIVO: Conocer mediante el método de entrevista, la percepción sobre los derechos de personas de la diversidad sexual salvadoreña.

La presente va dirigida a personas de la diversidad sexual en El Salvador.

- 1) **Considera que pertenecer a la diversidad sexual, es un riesgo en la sociedad salvadoreña? Sí. No. Porque.**
- 2) **En alguna ocasión ha sufrido algún trato desigual en instituciones públicas o privadas en razón a su orientación sexual? Sí. No. Porque.**
- 3) **Ha exigido alguna vez ante una instancia la vulneración de alguno de sus derechos? Sí. No. Porque.**
- 4) **Tiene conocimiento de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por Costa Rica y en la que a su vez obliga a El Salvador a que legisle en favor del matrimonio igualitario? Sí. No. Porque.**
- 5) **En su vida privada ¿ha considerado formalizar una relación de pareja? Sí. No. Porque.**
- 6) **Considera que el Estado Salvadoreño debe reconocer el matrimonio igualitario? Sí. No. Porque.**
- 7) **En alguna ocasión ha realizado acciones tendientes a que el Estado reconozca el derecho al matrimonio? Sí. No. Porque.**
- 8) **Conoce los derechos que surgirían si se aprobara el matrimonio igualitario en El Salvador? Sí. No. Porque.**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION CIENCIAS JURIDICAS 2019



Objetivo: Analizar mediante el método de entrevista, la percepción jurídica sobre el matrimonio igualitario y la vinculación de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco jurídico salvadoreño.

La presente va dirigida a: Magistrados, Jueces, Diputados, Alcaldes y Notarios de la República de El Salvador.

- 1) Según sus conocimientos considera que las leyes deben dictarse o aplicarse según la moralidad o religión? Si o No. Porque**
- 2) Considera que los derechos humanos deben limitarse en razón a la orientación sexual de la persona? Si o No. Porque**
- 3) Cuales factores inciden en el reconocimiento de los derechos a las personas con diversidad sexual en El Salvador?**
- 4) Considera que al no regular el matrimonio igualitario en El Salvador se violentan derechos humanos a las personas con diversidad sexual? Si o No. Porque**
- 5) El no reconocimiento jurídico del matrimonio igualitario se está incumpliendo los tratados y convenios internacional, ratificados por El Salvador? Si o No. Porque**
- 6) En su opinión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una entidad jerárquicamente capaz de someter a los Estados miembros a las resoluciones dictadas por ella? Si o No. Porque**

7) Partiendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus resoluciones determina que las parejas del mismo sexo, tienen los mismos derechos que las parejas tradicionales, ¿Debe el Estado salvadoreño adecuar aquellos cuerpos normativos que contraríen la legislación internacional? Si o No. Porque

8) Conoce usted la opinión consultiva OC-24/17 sobre el matrimonio igualitario solicitada por el Estado de Costa Rica a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Si o No. Porque

9) En atención a la opinión consultiva OC-24/17 sobre el matrimonio igualitario solicitada por el Estado costarricense, tendría efectos jurídicos lo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación a las personas con diversidad sexual en El Salvador? Si o No. Porque

10) Considera que el Estado salvadoreño al no reconocer y garantizar los derechos de las personas con diversidad sexual, podría ser responsable internacionalmente al incumplir lo pactado en convenios y tratados ratificado previamente? Si o No. Porque

11) En su opinión, que pasaría si una pareja del mismo sexo quiere contraer matrimonio en El Salvador y como el Art. 11 del Código de Familia lo prohíbe, dicha pareja demanda al Estado salvadoreño ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

12) Está de acuerdo que en nuestro país, se apruebe el matrimonio igualitario? Si o No. Porque