

18-2004

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las trece horas del día nueve de diciembre de dos mil nueve.

El presente proceso de amparo se inició mediante demanda presentada el 13-I-2004 por el señor *José Francisco García*, mayor de edad, consultor, del domicilio de San Salvador, en la cual impugnó acto de autoridad producido por el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro del Ministerio de Gobernación, el cual considera lesivo a sus derechos constitucionales de: (i) igualdad, y (ii) libre asociación.

Han intervenido en el proceso, además de la parte actora, la autoridad demandada y el Fiscal de la Corte.

Analizado el proceso, y considerando:

I. I. El peticionario expresó en síntesis en su demanda, que el día 15-II-2001, junto a otros ciudadanos, solicitó al Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro la personalidad jurídica de la "Asociación Para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa", como una entidad sin fines de lucro, no religiosa y apolítica que velara por los derechos humanos de las personas homosexuales travestis de El Salvador. Que el mencionado funcionario notificó, con fecha 30-IV-2001, la resolución que había pronunciado el 12-III-2001, por la cual declaró sin lugar dicha petición, debido a que, a su criterio, se violentaban normas de derecho natural, los fines que persigue la familia, la constitución del matrimonio, las buenas costumbres, la moral y el orden público; como también porque lo pretendido por la entidad en formación iba en contra de los principios establecidos en el art. 3 inc. 2° de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro (LAFSFL), el cual establece que los fines de las asociaciones y/o fundaciones no deben contrariar "el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres".

La anterior resolución —afirmó el demandante— viola sus derechos constitucionales de libre asociación e igualdad en los siguientes términos:

A. Violación al derecho de libre asociación.

Respecto de este derecho, dijo que asociación y persona jurídica son términos que se equivalen, pues no hay asociación si no hay un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. En su opinión, la asociación no precisa del reconocimiento formal del Estado para ser persona jurídica, pero por razones técnicas, el Estado otorga personalidad jurídica a las asociaciones que cumplan con determinados requisitos que le son exigidos; sin embargo, las asociaciones sin esa "personería", también son personas jurídicas.

Entre tales requisitos se encuentra el establecido por el propio art. 7 Cn. —que reconoce el derecho de libre asociación—, relativo a que debe haber "objeto lícito". Tal fórmula, para el actor, se refiere a que los fines de la asociación no sean nocivos, lo cual equivale a que no sean ilícitos; pero si ellos son inútiles (ni útiles ni nocivos) sería difícil argumentar su inconstitucionalidad. Por tanto, considera que la única limitante a la libre

asociación, limitante natural permitida por la Constitución, se da cuando la organización está dirigida a realizar actividades que están penadas por la ley.

Respecto del supuesto carácter nocivo de la conducta homosexual travesti, afirmó el demandante que ella no violenta los fines que persigue la familia, pues los homosexuales pueden reproducirse con sus parejas heterosexuales correspondientes, y seguir siendo homosexuales. Tampoco violenta las buenas costumbres y el orden público, pues no es una conducta violenta, y lo mismo vale para la moralidad "en su concepción filosófica".

En consecuencia, considera que tanto él como los otros miembros que pretenden constituir la asociación (aproximadamente ciento veinte miembros afiliados) sufren un perjuicio tangible dado que, al carecer de personalidad jurídica, no puede, v. gr., recibir ayuda o patrocinio a sus proyectos por parte de agencias o del propio Ministerio de Salud.

B. Violación al derecho de igualdad.

En cuanto a este motivo, el demandante afirmó que la desigualdad se traduce en denegar a la asociación "El Nombre de la Rosa" la personalidad jurídica, mientras que a todas las otras que lo piden se les concede; lo cual, según el actor, sería una forma de hostilidad a los derechos de sus miembros.

Por todas las razones expuestas, pidió se declarara ha lugar al amparo solicitado y "se ordene la personalidad jurídica por esta Corte", para dicha asociación.

2. Por resolución de 15-I-2004 se previno al peticionario para que: (i) estableciera la calidad en la que pretendía actuar —personal o en representación de la mencionada asociación en formación—; (ii) expusiera los conceptos de violación al derecho de igualdad que invocaba, es decir, las razones justificativas por las que consideraba que el acto impugnado vulneraba tal derecho.

La prevención fue evacuada satisfactoriamente mediante escrito y documentación presentados el 26-I-2004, en el cual, por una parte, dijo que actuaba en su calidad de socio fundador de la Asociación para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa, y miembro secretario de su Junta Directiva; por otra parte, afirmó que, para la Dirección del Registro, los homosexuales carecen de derechos y no pueden defender los derechos de otros homosexuales, y asimismo, se les discrimina por razones de sexo, criterio que, según el actor, también comprende la discriminación por preferencia sexual y por el desarrollo de la sexualidad de la persona).

Ante ello, por auto de las once horas y treinta y seis minutos del 2-III-2004, se admitió la demanda presentada, circunscribiendo dicha admisión al control de constitucionalidad de la decisión del Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro, de negar la inscripción de la "Asociación para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa", por contrariar supuestamente el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres; decisión que sería lesiva a los derechos de asociación e igualdad del demandante, al apoyarse en una supuesta discriminación basada en la preferencia sexual de los interesados.

En dicha interlocutoria, además, se declaró sin lugar la suspensión de los efectos del acto reclamado, y se pidió informe a la autoridad demandada, quien, al rendirlo, expresó, en lo pertinente: "Se pronunció resolución final a las catorce horas del día doce de marzo de dos mil uno, misma que fue notificada en legal forma a las doce horas y veinte minutos del treinta de abril del mismo año, al señor José Francisco García, actuando en su calidad de comisionado. Asimismo los administrados, al notificárseles la resolución en legal forma consintieron la misma, al no hacer uso del recurso que le franqueaba la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, en su art. 90".

Posteriormente, de conformidad al art. 23 de la L. Pr. Cn., se confirió audiencia al Fiscal de la Corte, quien no hizo uso de la misma.

3. Por auto del 29-III-2004, se confirmó la negativa a suspender los efectos del acto reclamado, y se pidió informe justificativo a la autoridad demandada. Al rendirlo, el funcionario demandado expresó que, según el art. 65 de la Ley de Asociaciones mencionada, es su obligación realizar consultas y prevenciones a los interesados en el caso de advertir contravenciones a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. En la escritura constitutiva de la asociación en formación de la cual el impetrante pretendía formar parte literalmente dice: "Podrán ser miembros (as) 'todas aquellas personas que sean homosexuales transvesti (*sic*), mayores de dieciocho años' (...), lo cual constituye una aberración (*sic*) contraria a la moral y a las buenas costumbres que el orden jurídico y la sociedad salvadoreña convive en esa dirección jurídica-moral (*sic*)".

En ese orden expositivo, agregó que si bien, posteriormente, mediante sentencia pronunciada a las doce horas del 23-III-2001, esta Sala declaró inconstitucionales varios incisos y artículos de la citada ley, al momento de dictarse la resolución que ahora se impugna, aquella aún no había sido pronunciada, por lo que el argumento jurídico esgrimido "era constitucional"; razones todas por las cuales solicitó se declarara no ha lugar el presente amparo. Y, para reforzar su resistencia a la pretensión planteada, presentó documentación consistente en copias certificadas de la resolución cuestionada, y de los estatutos de la asociación en formación de la cual el actor es parte.

4. Se confirieron los traslados que ordena el art. 27 de la L. Pr. Cn., al Fiscal de la Corte y a la parte actora. El Fiscal, como repetitivamente afirma en este tipo de traslados, dijo: "No obstante lo planteado por el impetrante en su demanda de fs. Uno pero, a la fecha no existe prueba de lo afirmado por él y, visto el informe rendido por el Funcionario demandado, el que goza de la presunción de veracidad, corresponde al actor la carga de la prueba, para poder así determinar si le han sido violados los derechos diz que infringidos (*sic*)". Por su parte, el impetrante se abstuvo de evacuar el traslado conferido.
5. Mediante providencia pronunciada a las nueve horas con cuatro minutos del día 14-VI-2004, se abrió a pruebas el presente proceso por el plazo de ocho días, período dentro del cual el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro presentó documentación; mientras que el peticionario anexó un escrito en el cual, amplia y pormenorizadamente, recalcó los conceptos vertidos en sus anteriores intervenciones, y afirmó que aunque la resolución cuestionada fue emitida antes de que esta Sala declarara inconstitucionales varios artículos de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin

Fines de Lucro, es absurdo que el funcionario demandado, como abogado que es, no pudiera reconocer la inconstitucionalidad existente en dichos preceptos.

Por otra parte, agregó que la mencionada autoridad ha expresado claramente opiniones que no están en el marco jurídico constitucional salvadoreño, pues no solo se ha limitado a decir que la persona jurídica que se pretende inscribir lleva implícitas conductas en contra de la moral y las buenas costumbres, sino que ha afirmado que los miembros de la asociación son "aberrativos", término que —según el demandante— causa una grave preocupación al constituir "una apreciación homofóbica". Asimismo, recalcó que nuestra legislación no prohíbe la homosexualidad, y citó numerosos estudios psiquiátricos y médicos para enfatizar que dicha condición no es una enfermedad.

Finalmente, solicitó que esta Sala ordenara a la autoridad demandada la remisión de las opiniones que le fueron vertidas a la Dirección cuando realizó las consultas prescritas en el art. 65 de la LAFSFL, pero tal petición fue declarada sin lugar por auto del 16-VII-2004, en virtud que el demandante no le había dado cumplimiento previamente al art. 83 de la L. Pr. Cn.

6. A continuación, se confirieron los traslados que ordena el art. 30 de la L. Pr. Cn., al Fiscal de la Corte, al actor, y a la autoridad demandada. El Fiscal, al evacuarlo, se limitó a ratificar los conceptos vertidos en su primer traslado, mientras que el actor se abstuvo de contestar. Por su parte, la autoridad demandada recalcó que su resolución fue pronunciada de conformidad con la normativa vigente en el momento respectivo, y reiteró nuevamente lo dicho en su informe justificativo, específicamente, que el requisito para ser miembro de la asociación de la cual forma parte el impetrante es ser una persona homosexual travesti mayor de dieciocho años, lo cual constituye "una aberración contraria a la moral y a las buenas costumbres". Con esta última intervención quedó el presente proceso en estado de pronunciarse sentencia definitiva, el 1-X-2004.

II. Reseñado el trámite de este proceso y para efecto de emitir la sentencia que corresponda con la Constitución, se dilucidará, en primer lugar, lo alegado por la autoridad demandada al contestar su segundo informe, en el sentido que no se ha cumplido con el agotamiento de recursos que prescribe el art. 12 inc. 3° de la L. Pr. Cn., por lo cual el presente amparo no habría cumplido con este presupuesto procesal (1); luego se determinará el *thema decidendum* y el iter lógico que habrá de seguirse para decidirlo (2).

I. A. Al analizar la Ley de Asociaciones citada, se advierte que, en el Capítulo VI, denominado "Registro de Asociaciones y Fundaciones", no aparece un recurso específico para la resolución que niega a la inscripción de una asociación; es más, ni siquiera aparece específicamente que el Director tenga la facultad de emitir tal negativa, aunque ella es deducible *a contrario sensu*, del art. 65 inc. 4° de dicho cuerpo normativo, en la parte que dispone: "si no se advirtieren observaciones o si estas hubieren sido subsanadas, el Órgano Ejecutivo por medio del Ministerio del Interior [ahora Ministerio de Gobernación] otorgará el reconocimiento de la personalidad y existencia jurídica, aprobará los Estatutos y mandará a publicarlos en el Diario Oficial e inscribirá la entidad en el Registro en un plazo no mayor de sesenta días hábiles".

Más adelante, en el Capítulo IX, denominado "Infracciones, Sanciones, Recursos y Procedimientos", sí aparece en los arts. 87 y 88, respectivamente, los recursos de revocatoria y apelación; pero ambos artículos hacen referencia al titular de los recursos como: "el infractor". Por su parte, el art. 90, invocado por la autoridad demandada, dice que "los procedimientos en segunda instancia y en los recursos extraordinarios, serán los mismos que se han establecido en el Libro III del Código de Procedimientos Civiles y en la Ley de Casación, en su caso".

B. El tenor literal de los arts. 87 y 88 de la mencionada ley, y la inexistencia de una ley que regule los procedimientos administrativos en general —entre ellos los recursos—, hace razonable pensar que el actor no consideró que tuviera disponible algún medio impugnativo contra la negativa de inscripción, sino que tales recursos están previstos exclusivamente para los supuestos de sanciones a asociaciones ya inscritas; además de que no es cierto que el art. 90 del mencionado cuerpo normativo prevea el supuesto específico de tal recurso.

Por tanto, siendo que la exigencia del agotamiento de recursos debe hacerse de manera razonable, atendiendo a su finalidad —permitir que las instancias judiciales ordinarias o administrativas reparen la lesión al derecho fundamental en cuestión, según sus potestades legales y atendiendo a la regulación normativa de los "respectivos procedimientos"—, se desestima lo aseverado por la autoridad demandada, en el sentido que no se ha cumplido con el presupuesto procesal del art. 12 Inc. 3° de la L. Pr. Cn.

2. En síntesis, la pretensión radica en la denuncia de que el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, denegó la inscripción de la "Asociación para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa" —de la cual el demandante es socio fundador y secretario de Junta Directiva— basándose en supuestas razones discriminatorias por tratarse de una asociación de homosexuales travestis.

Dicha asociación tiene como finalidad, según el art. 3 de sus estatutos, la promoción y tutela de los derechos humanos de los homosexuales travestis de El Salvador, la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, así como promover y desarrollar programas y proyectos de educación formal e informal que se requieran.

Por su parte, la autoridad demandada ha aceptado que negó la inscripción solicitada y ha centrado su defensa, esencialmente, en que la ley vigente le impide autorizar la inscripción de una asociación que conlleve fines contrarios al derecho natural, los fines de la familia, la constitución del matrimonio, la moral, el orden público, las buenas costumbres y la ley.

Por tanto, y en atención a lo expuesto por los intervinientes, el análisis de la pretensión deberá ajustarse, necesariamente, al siguiente orden: previa clarificación del contexto democrático-pluralista en el que surge el derecho de asociación (III 1), se analizará la exigencia constitucional de que las asociaciones tengan objeto lícito (III 2) y la legitimidad constitucional de los criterios que en este caso se utilizaron para denegar el reconocimiento de la personalidad y existencia jurídica de la asociación (III 3), para establecer, en el caso concreto, si con la actuación del Director General se produjo una vulneración al derecho a la libre asociación del demandante (III 4); luego se hará un breve análisis del derecho de igualdad y la consiguiente prohibición de discriminar por

el criterio de la orientación sexual, dadas las particularidades del caso (IV 1); y se verificará si, con la denegativa de la inscripción de la asociación de la cual el actor forma parte, la autoridad demandada vulneró los derechos constitucionales de libre asociación e igualdad del actor en este amparo (IV 2); finalmente, se precisará el efecto restitutorio de esta sentencia (V).

III. 1. En la sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VI 3, se ha afirmado que, en el Estado Constitucional Democrático, los derechos fundamentales se pueden considerar, en conjunto, como un sistema valorativo que permite, desde el punto de vista político, la integración material de la comunidad estatal, y desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden estatal; sistema que tiene asimismo un claro carácter social —pues el ejercicio de tales derechos es una actividad social—, y un carácter político —pues ellos constituyen *la base funcional de la democracia*— (resaltado suplido).

Es cierto que la democracia implica la toma de decisiones por la voluntad de la mayoría y la atención preferente a los intereses de la misma; pero ello no releva de la obligación de *respetar a las minorías, que no por serlo pasan a estar integradas por ciudadanos de segunda categoría*. Consecuencia de ello es, entonces, que *para la democracia es esencial la tolerancia y el pluralismo en todas sus versiones, entre las cuales —para lo que aquí interesa— se encuentra el pluralismo asociativo*. Y es que, como se dijo en la Sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99, Considerando V 2, el sistema político que el art. 85 inc. 2° Cn. califica como pluralista, no se limita al ámbito del Gobierno —es decir al conjunto de instituciones y autoridades estatales—, sino que trasciende a la sociedad, pues la representación de intereses no se agota en los partidos políticos, sino que encuentra cauce en todas las formas colectivas de defensa que integran las personas naturales. Es más, el rol de las asociaciones en la representación de intereses y en la canalización de demandas y apoyos a las instituciones estatales es tan importante en los estados contemporáneos que se ha sostenido el surgimiento de un "Estado de asociaciones". Dicho rol se encuentra plasmado en el considerando II de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro al afirmar que las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro brindan resultados positivos en el mejoramiento de las condiciones de vida de las familias salvadoreñas y del desarrollo económico y social del país.

2. A. El art. 7 Cn. reconoce el derecho fundamental de libre asociación, el cual está condicionado a que se ejerza para "cualquier objeto lícito".

En el constitucionalismo comparado, es usual que este límite inherente al derecho de libre asociación se vincule a *aquello que no esté prohibido por la legislación penal*. Así, v. gr., el art. 9.2 de la Ley Fundamental alemana ("se prohíben las asociaciones cuyos fines o cuya actividad contravengan las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos"), el art. 18 de la Constitución italiana ("los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente, sin necesidad de autorización, para fines que no estén prohibidos a los individuos por la ley penal"), o el art. 22.2 de la Constitución española ("las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales"). Mientras que en los instrumentos internacionales no se hace referencia a los límites inherentes, sino a *las limitaciones necesarias (vale decir, razonables y proporcionales) que el legislador puede establecer a su ejercicio*. Así, v. gr., el art. 16.2 de la Convención Americana de Derechos

Humanos ("el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás") y el art. 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (con un tenor literal casi idéntico).

En las constituciones latinoamericanas se regula de igual forma este derecho fundamental: El artículo 38 de la Constitución colombiana "garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad". El artículo 14 de la Constitución argentina consagra que los habitantes tienen derecho de "asociarse con fines útiles". La Constitución de Costa Rica prevé en su artículo 25 que los habitantes "tienen derecho a asociarse para fines lícitos".

B. Por otra parte, en la mencionada Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VII, se dijo que el entendimiento del límite inherente "objeto lícito" debe hacerse a partir del derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 y 8 Cn. Este último derecho, además de los contenidos que se le han asignado en la Sentencia de 31-I-2001, Inc. 10-95, Considerando III 2 —un derecho de alcance general y residual, vinculado al ordenamiento jurídico, el cual puede establecer obligaciones o prohibiciones siempre que sean razonables y proporcionales— *protege*: en primer lugar, el *fuero interno*, es decir, los pensamientos, las ideas, las emociones, los deseos, etc., exentos a la intervención del Estado y el Derecho, pues éstos sólo puede incidir en las conductas externas de las personas; en segundo lugar, las conductas que, aunque externas, producen efectos que se revierten sobre el mismo individuo —*conductas autorreferentes*, v. gr., el consumo de alcohol o drogas, promiscuidad sexual— o tienen una incidencia en los derechos de terceros tan mínima que no se justifique la intervención estatal —*conductas inocuas*, entre las cuales se incluye, v. gr, las formas de vestir—. Por tanto, excluyendo el fuero interno, las conductas autorreferentes y las conductas inocuas, la regulación estatal sólo es constitucionalmente legítima —en cuanto respetuosa de la libertad inherente al ser humano— cuando se refiere a las *conductas intersubjetivas*, aquellas que producen efectos de una mínima trascendencia en los derechos de terceros o en bienes colectivos.

C. En la citada Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando VII 1, se dijo que por "objeto lícito", en el art. 7 Cn., debe entenderse "una finalidad que no contraría los fines y valores constitucionales ni a otros bienes jurídicos protegidos por disposiciones legales emitidas bajo los criterios de proporcionalidad y necesidad". De tal criterio jurisprudencial se infiere claramente que la determinación de cuándo una asociación persigue objeto ilícito, no puede hacerse positivamente, sino *negativamente*.

Quiere ello decir que ni el legislador que desarrolla el derecho de libre asociación ni el funcionario administrativo que registra las asociaciones, pueden fijarles fines a tales entes jurídicos; *en este ámbito, precisamente por el carácter democrático y pluralista del derecho fundamental en análisis, debe operar una libertad de fines y el Estado sólo puede determinar, con carácter excepcional, razonable y proporcional, los fines que no pueden perseguir las asociaciones, especialmente aquellos que se den lugar a actividades delictivas*.

Este tribunal es consciente del riesgo que conlleva el hecho de que un elemento esencial del derecho de libre asociación, como es el objeto lícito, quede a merced de la

configuración que quiera darle el legislador. Sin embargo, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerandos III, IV, V y VI, se ha identificado suficientes elementos constitucionales para controlar los abusos en que pudiera incurrir la regulación penal o administrativo-sancionadora de las asociaciones.

Esto nos conduce al siguiente aspecto: el relativo a la legitimidad constitucional de los criterios utilizados en este caso para negar el reconocimiento de la personalidad y existencia jurídica a la asociación: el derecho natural, los fines de la familia, la constitución del matrimonio, la moral, el orden público, las buenas costumbres y la ley.

3. Como se ha reseñado, los criterios expuestos fueron los que invocó el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones sin fines de lucro para negarle a la Asociación para la Libertad Sexual "El Nombre de la Rosa", su inscripción en el mencionado registro. Conviene analizar cada uno de ellos para determinar la constitucionalidad o no de la actuación de la autoridad demandada.

A. Respecto de *la moral, el orden público y las buenas costumbres*, en la ya varias veces citada Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando XII 3, se afirmó que el art. 65 inc. 2° de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro conlleva el riesgo de que, "por una subjetiva apreciación del funcionario administrativo encargado de tal revisión [del cumplimiento de los requisitos legales] una asociación podría ver negada su formación y consiguiente surgimiento a la existencia jurídica". Por tal motivo, tal inciso fue declarado inconstitucional por contrariar los arts. 7 inc. 1° y 246 Cn.; asimismo, fueron declarados inconstitucionales los arts. 74 y 75 del mismo cuerpo legal, por utilizar conceptos indeterminados como moral, seguridad y orden público, y contrariar con ello el contenido esencial del derecho de libre asociación y la seguridad jurídica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13-XI-1985 y en la OC-6/86 del 9-V-1986, manifestó que: "...puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de «orden público» y «bien común» ni que ambos conceptos puedan ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto, debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el «orden público» o el «bien común» como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo del contenido real (...). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".

Como se ha reseñado *supra*, conceptos como seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud pública, moral pública son usados, por los instrumentos internacionales citados como criterios que puede utilizar el legislador, en una sociedad democrática, para restringir el derecho en cuestión. Con lo cual, dado que tales instrumentos son leyes de la República según el art. 144 Cn., *tales criterios siguen*

siendo utilizables para restringir el derecho de libre asociación, pero interpretándolos conforme a la Constitución —específicamente conforme al valor seguridad jurídica del art. 1 Cn.—, es decir, de manera restrictiva, excepcional, reducida, para no alterar el contenido de tal derecho fundamental. En todo caso, el contenido de tales categorías corresponde caracterizarlo, caso a caso y según sus competencias procesales o procedimentales, a las instancias que interpretan dichos instrumentos internacionales y a esta Sala, intérprete supremo de la Constitución, en una labor de confluencia entre la dos instancias que en nuestro ordenamiento tienen encomendada la máxima protección a los derechos *fundamentales*.

B. En cuanto al *derecho natural* —y sin pretender repetir aquí el peculiar empeño del Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro para desvelar el contenido de tal orden suprapositivo—, es evidente que, *en cuanto nuestra Constitución reconoce explícitamente contenidos materiales en forma de valores constitucionales —justicia, libertad, igualdad, dignidad humana, democracia, bien común, seguridad jurídica— ningún funcionario puede invocar el derecho natural para producir actos jurídico-estatales*, como en el presente caso, la negativa de inscripción de la asociación en cuestión.

A eso se hizo referencia en la Resolución de Improcedencia de 11-VIII-2005, Inc. 52-2005, Considerando II, cuando se afirmó que "caracterizar a la Constitución como norma jurídica, implica necesariamente proclamar, por un lado, su vinculatoriedad para todos los poderes públicos y, por otro, su positividad, en tanto que creada por el Poder Constituyente, mediante la racionalización democrática de la Comunidad que se autogobierna, y no de un orden pre-positivo o superior que determine las opciones del constituyente mismo. Su normatividad y mutabilidad implican que en ella se agota el orden jurídico fundamental de la Comunidad, excluyendo la posibilidad de identificarla como la mera textualización o encriptación de unos valores metajurídicos, a los que haya que remitirse en la labor interpretativa de la misma". Si ello vale para la Constitución, mucho más para el ordenamiento infraconstitucional, lo que debió servir como fundamento a la decisión del Director General, y no un inaprensible "derecho natural".

C. Respecto de *los fines de la familia y la constitución del matrimonio*, en la resolución del Director General no se especifica cómo una asociación que tiene por finalidad "la promoción y tutela de los derechos humanos de los homosexuales travestis de El Salvador, la prevención y control de enfermedades de transmisión sexual, así como promover y desarrollar programas y proyectos de educación formal e informal que se requieran" afecte los fines de la familia. Tal vez eso se puede aclarar con su segundo informe, en el cual dijo que el art. 5 de los estatutos de la asociación, que dice: "Podrán ser miembros (as) todas aquellas personas que sean homosexuales transvesti (*sic*), mayores de dieciocho años", le pareció "una aberración contraria a la moral y a las buenas costumbres que el orden jurídico y la sociedad salvadoreña convive en esa dirección jurídica-moral (*sic*)".

A esa "subjetiva apreciación", discrecional con grave riesgo de caer en la arbitrariedad fue justamente a la que se refirió la Sentencia que declaró inconstitucionales los arts. 65 inc. 2º, 74 y 75 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro: *ningún funcionario tiene potestades para impedir el ejercicio de derechos fundamentales a partir de su peculiar visión de la "moralidad"*. En todo caso, la concepción expuesta

resultaría reduccionista, pues la función de reproducción de la especie humana es una entre varias de las que se reconocen a la familia, no la única: junto a ella, coexisten otras de diferente naturaleza —v. gr., económica, afectiva— lo cual da lugar a diferentes modelos de familia cuya concreción corresponde en cada momento histórico al Órgano Legislativo, no a este tribunal.

D. Finalmente, respecto de la ley como criterio limitativo al que se refiere el art. 65 inc. 2° de la citada ley —vigente al momento de producirse el acto de autoridad, y no declarado inconstitucional por este tribunal en la Sentencia de 23-III-2001—, como bien mencionó el demandante en el plazo de pruebas, *la legislación salvadoreña no prohíbe la homosexualidad, por lo cual una asociación integrada por personas homosexuales travesti, que tiene por fin promocionar y tutelar derechos, prevenir y controlar enfermedades, no podría considerarse ilegal o ilícita*. Aun con lo dicho, en los estatutos de la entidad que persigue su legalización no se advierte que la finalidad de ésta sea la promoción de la homosexualidad sino más bien el desarrollo y protección de los derechos que en tanto persona ostentan, así como la búsqueda de ayuda y patrocinio para la realización de sus programas de educación, salud, entre otros.

4. En este caso concreto se han examinado los criterios utilizados por la autoridad demandada, para negar la inscripción de la asociación en cuestión, y se ha advertido que aquéllos no tienen legitimidad constitucional pues su fundamento radica en una apreciación subjetiva discriminatoria por el hecho de considerar que los fines del ente que persigue su autorización contravienen la moral, la seguridad y el orden público sin más. Al respecto, esta Sala sostiene que si bien la Administración Pública tiene facultades para controlar a los particulares en el ejercicio de sus derechos fundamentales, éstas deben ser de las llamadas facultades vinculadas o regladas que otorgan una mayor seguridad jurídica. Ello significa que si bien el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro tiene las potestades para otorgar o no la autorización de inscribir o registrar una determinada asociación la discrecionalidad en su actuación no debe condicionarse a una interpretación subjetiva de aquellos conceptos jurídicos indeterminados ni traspasar las fronteras que impone la normativa constitucional.

En consecuencia, la actuación concreta de la autoridad ha sido arbitraria y, por tanto, corresponde otorgar el amparo al señor José Francisco García, por la violación a su derecho a la libre asociación.

IV. 1. En cuanto a la supuesta violación al derecho de igualdad, específicamente la prohibición de discriminación por orientación sexual, se tiene lo siguiente:

Según nuestra norma primaria, el derecho a la igualdad no se agota en su vertiente de igualdad como comparación con el derecho de otros, sino que implica la consiguiente prohibición de discriminar por las razones señaladas en el art. 3 Cn., las cuales *no son taxativas*, es decir, las causas de discriminación señaladas en la disposición antes mencionada son ilustrativas, y *no son las únicas por las cuales una persona puede ser discriminada*.

En complemento con lo anterior, debe acotarse que la interpretación de la prohibición de discriminación contenida en el mencionado precepto, puede complementarse a la luz de lo establecido en los tratados internacionales ratificados por El Salvador, como una

consecuencia de la fuerza normativa que el art. 144 Cn. otorga a los mencionados instrumentos. Para el caso en análisis, el artículo 1.1 de la Convención Americana, prescribe: "Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados partes en esta Convención *se comprometen* a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o *de cualquier otra índole*, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social* (itálica suplida).

Y es que, los motivos de discriminación son numerosos y, además, tienden desafortunadamente a aumentar según las más variadas situaciones o circunstancias, de modo que sería no sólo impráctico sino, antijurídico, pretender realizar una enumeración, catálogo cerrado o lista tasada de causales. Es por ello que, tal cual el constituyente lo hizo en nuestra Ley Suprema, se utiliza la técnica de la enumeración ejemplificativa o ilustrativa, a fin de orientar acerca de los criterios que pueden tomarse como base para identificar motivos discriminatorios.

En cuanto a la orientación homosexual, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido ciertas personas en algunas sociedades. En aplicación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o *de cualquier índole*, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o *cualquier otra condición social*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo contenida en tal artículo, comprende también la discriminación basada en la orientación sexual.

En vista de todo lo anteriormente expuesto, debe concluirse que *una exclusión del goce de los derechos fundamentales basándose en motivos discriminatorios por razones de la preferencia u orientación sexual de éstos, resulta totalmente inadmisibles desde el punto de vista constitucional.*

2. A. De la prueba agregada a este expediente judicial se tienen copias de la escritura de protocolización del acta de constitución de la "Asociación para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa", en la cual aparece el nombre del hoy pretensor no sólo como miembro fundador sino, también, como secretario de la Junta Directiva. Asimismo, cabe destacar que los fines de la referida asociación, consignados en dicho documento, son: "a) Promoción y tutela de los derechos humanos a favor de los homosexuales transvesti (*sic*) de El Salvador; b) La prevención y control de enfermedades de transmisión sexual de los homosexuales transvesti (*sic*); y c) Promover y desarrollar programas y proyectos de educación formal e informal que se requieran".

Además, se encuentran anexadas en autos original y copia de la certificación de la resolución pronunciada por el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones, el 12-III-2001, en la cual, respecto de la petición del impetrante y sus compañeros asociados relativa a darle trámite a la inscripción de la mencionada asociación, resuelve: "Del estudio realizado a la misma se concluye lo siguiente: I.- Se violentan las normas de Derecho Natural, los fines que persigue la familia, la constitución del matrimonio, las buenas costumbres, la moral y el orden público,

plasmado en nuestra constitución de la República en los artículos 3 y 32; y 11 y 12 del código de familia. II- En cuanto a lo pretendido por la referida entidad va en contra de los principios establecidos en el artículo 3 inc. 2° de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, el cual literalmente dice 'La capacidad de las Asociaciones y Fundaciones deberán atenderse a lo que dispone la presente ley y las normas específicas que rijan sus actuaciones. Lo anterior para el cumplimiento de la facultad que tiene para la realización de todas (*sic*) los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, establecidos en su norma interna, siempre que no contraríen el orden público, la moral, la ley las buenas costumbres'. En base a lo considerado y a las normas legales señaladas, se RESUELVE: Sin lugar lo solicitado".

B. Expuesto lo anterior resulta evidente que el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro del Ministerio de Gobernación fundamentó su decisión de denegar la inscripción de la asociación en cuestión, de la cual forma parte el ahora pretensor, en supuestas razones de protección a la moral y las buenas costumbres —conceptos jurídicos indeterminados—, al considerar que la petición de los asociados constituía algo aberrante en sí por tratarse de personas de una tendencia sexual diferente a la heterosexual.

En este punto es menester hacer notar que, ciertamente como lo apunta la autoridad demandada, la sentencia de 23-III- 2001, Inc. 8-97, que declaró inconstitucional el art. 65 inc. 2° de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro en lo referente a la utilización de los mencionados conceptos jurídicos, aún no había sido pronunciada, por lo que la mencionada disposición legal —esgrimida por la autoridad demandada en su defensa—y que está ligada íntimamente al art. 3 inc. 2° de la misma ley no había sido expulsada del ordenamiento jurídico, razón por la cual es relativamente explicable que el funcionario demandado haya aplicado dichos preceptos en la forma ahora denunciada. Empero, debe indicarse que las razones para haberse estimado la inconstitucionalidad del primer precepto mencionado fueron, esencialmente, que la indeterminación y falta de *parámetros objetivos* para potenciar los referidos conceptos de "moral, orden público y buenas costumbres", resultaban lesivas a la seguridad jurídica de los gobernados y al derecho de asociación misma, al restringir —y no ampliar— su contenido esencial.

C. Precisamente por la vaguedad de dichos conceptos es que se estimó que éstos eran susceptibles de una "subjetiva apreciación del funcionario administrativo encargado", *lo cual evidentemente ocurrió en el caso en estudio*, pues ha quedado demostrado que la autoridad demandada basó su denegativa en una *estigmatización* de la calidad *personal* de los miembros de la asociación en cuestión —entre ellos el señor José Francisco García—, concretamente, por su orientación sexual, al haber aplicado los conceptos jurídicos indeterminados tantas veces aludidos, no obstante como ya se mencionó en párrafos anteriores los fines de la entidad que persigue su legalización no están referidos a la promoción de la homosexualidad *per se* sino a la tutela de los derechos fundamentales de sus miembros.

Incluso, no consta que la autoridad en mención haya siquiera prevenido a los peticionarios a fin de subsanar posibles observaciones, tal como lo ordenaba procedimentalmente el art. 65 inc. 2° de la Ley de Asociaciones reseñada, sino que directamente declaró sin lugar la petición basándose en los mencionados conceptos de moral y buenas costumbres, *lo que se tradujo en un acto absolutamente discriminatorio*

que violenta el derecho constitucional de igualdad del impetrante, pues hizo una apreciación subjetiva trasladando un prejuicio del plano personal —y social— al plano institucional, impidiendo con ello el pleno ejercicio del derecho a la libre asociación reclamado por el actor. En consecuencia, al negarse inconstitucionalmente la inscripción y otorgamiento de personalidad jurídica a la entidad de la cual él forma parte, habrá que estimar la pretensión planteada, y declarar ha lugar al amparo solicitado.

D. Cabe aclarar que esta sentencia no implica una orden relativa al sentido final que deberá tener el trámite o resolución a la petición de inscripción realizada por la aludida asociación —pues ello depende del cumplimiento de otros requisitos legales cuyo examen no corresponde ni podría corresponder a esta Sala— sino, únicamente, que dicha resolución habrá de ser invalidada y sustituida por otra consecuente con la Constitución y la legislación vigente.

V. 1. Determinada la violación constitucional en la actuación de la autoridad demandada, procede establecer el efecto restitutorio de la sentencia estimatoria.

Cuando este tribunal reconoce en su sentencia la existencia del agravio reclamado, la consecuencia jurídica consiste en reparar el daño causado restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes del acto violatorio, restableciendo al demandante en el pleno uso y goce de sus derechos violados. Por ello, el art. 35 de la L. Pr. Cn. señala, en su primer inciso, dicho efecto como consecuencia normal y principal de la sentencia estimatoria, lo que redundará a su vez, en el restablecimiento del orden constitucional violado.

2. En este caso particular, el efecto reparador deberá concretarse en *invalidar la resolución pronunciada a las catorce horas del 12-III-2001 por el Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro del Ministerio de Gobernación, al haber quedado evidenciado que, con dicha providencia, se violentaron los derechos constitucionales de libre asociación e igualdad —con la consiguiente prohibición de discriminación— del impetrante; debiendo, en consecuencia, pronunciar la resolución sustitutiva dentro de los parámetros de constitucionalidad señalados en esta sentencia.*

POR TANTO, sobre la base de las razones expuestas, a nombre de la República y en aplicación de los artículos 3 y 7 de la Constitución y artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala

FALLA: (a) Declárase ha lugar al amparo solicitado por el señor *José Francisco García* contra actuaciones del Director General del Registro de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro del Ministerio de Gobernación, por violación a sus derechos de libre asociación e igualdad —con la consiguiente prohibición de discriminación—, en los términos expuestos; (b) Vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto reclamado, por lo que se *invalida la resolución pronunciada a las catorce horas del 12-III-2001 por el funcionario demandado al haber quedado evidenciado que, con dicha providencia, se violentaron los derechos del impetrante que ha alegado en este amparo; debiendo, en consecuencia, pronunciar la resolución sustitutiva dentro de los parámetros de constitucionalidad señalados en esta sentencia*

sin que ésta implique una reiteración de los criterios que en esta sentencia se están deslegitimando; y (c) Notifíquese

**F. MELÉNDEZ----- E. S. BLANCO R.-----R. E. GONZÁLEZ B.---
-----C. ESCOLAN.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C.-----
RUBRICADAS.**