
CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N
(De jueves 16 de febrero de 2023)

POR EL CUAL SE DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES: -LA FRASE «ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER», CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. -LA EXPRESIÓN «LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO», INCLUIDA EN EL PRECEPTO 34, NUMERAL 1, TAMBIÉN DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.-LA DISPOSICIÓN 35 DE LA LEY NO. 61 DE 7 DE OCTUBRE DE 2015, QUE SUBROGA LA LEY NO.7 DE 8 DE MAYO DE 2014, QUE ADOPTA EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, CUYO TEXTO ES EL QUE SIGUE: «SE PROHÍBE EL MATRIMONIO ENTRE INDIVIDUOS DEL MISMO SEXO».

2107

N°1042-16 (acumulada a la Entrada N°315-17) PONENTE: MGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA FIRMA FORENSE MORGAN & MORGAN, APODERADA ESPECIAL DE ENRIQUE RAÚL JELENSKY CARVAJAL Y ÁLVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY, PARA QUE SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FRASES «ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER» Y «LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO», CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 26 Y 34 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Y EL TENOR COMPLETO DEL CANON 35 DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.



REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- PLENO



Panamá, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

V I S T O S:

Bajo el conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran las Advertencias de Inconstitucionalidad, acumuladas, impulsadas por la firma forense **MORGAN & MORGAN**, en nombre y representación de **ENRIQUE RAÚL JELENSKY CARVAJAL** y **ÁLVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY**, para que, luego del escrutinio y control correspondiente, **SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD** de:

- La frase «**entre un hombre y una mujer**», contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá.
- La expresión «**las personas del mismo sexo**», incluida en el precepto 34, numeral 1, también del Código de la Familia de la República de Panamá.
- La disposición 35 de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley N°7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, cuyo texto es el que sigue: «**Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo**».

Al tratarse de dos (2) acciones con objeto similar, esta Corte, en Sala Unitaria, una vez superada la fase de admisión, dispuso la

2108

acumulación de la Entrada N°315-17 a la N°1042-16, por medio de Resolución de siete (7) de junio de dos mil diecisiete (2017), de modo que, su trámite y decisión, se surtieran bajo una misma cuerda procesal (cfr. fs. 240-242).



Concluida la tramitación dispuesta por la Ley para este tipo de iniciativas, como resultado, constan en el expediente, por un lado, las opiniones, tanto del Procurador de la Administración, como de la Procuradora General de la Nación del momento, y, por el otro, los argumentos por escrito, de los demandantes y de un abanico de personas interesadas.

1. NORMAS SEÑALADAS COMO INCONSTITUCIONALES.

Como fue anticipado, los mecanismos de control constitucional impetrados tienen por propósito la Declaración de Inconstitucionalidad de enunciados que son parte de la redacción de los cánones 26 y 34 (numeral 1), del Estatuto Recolector del Régimen de Familia, y del artículo 35 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.

Se procederá con la transcripción completa de estas normas, para una referencia inmediata.

«**Artículo 26.** El matrimonio es la unión voluntariamente concertada **entre un hombre y una mujer**, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común».

«**Artículo 34.** No pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Las personas del mismo sexo».

«**Artículo 35. Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo».**

2. FUNDAMENTOS DE LAS ADVERTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD – DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN TRANSGREDIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

2109

2.1 ENTRADA N°1042-16 (fs. 44-59).

El despacho de abogados **MORGAN & MORGAN**, en representación de **ENRIQUE RAÚL JELENSKY CARVAJAL**, advierte la inconstitucionalidad de la frase «**entre un hombre y una mujer**» consignada en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá, a ser aplicado dentro del Proceso Administrativo de Inscripción de Matrimonio celebrado en el Extranjero, instaurado ante la Dirección Nacional del Registro Civil.



Expresa el accionante que, este precepto, transgrede el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá, ya que la autoridad administrativa no acató los cánones 24 de la Ley N°15 de 28 de octubre de 1977 (Convención Americana sobre Derechos Humanos) y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que adoptan la igualdad ante la Ley de todas las personas, sin distinción, y que, al formar parte del Bloque de Constitucionalidad, debían ser atendidos.

Indica, como primer punto que, el que el legislador establezca que el matrimonio es la unión voluntaria entre un hombre y una mujer, vulnera el Principio de Igualdad consagrado en la normativa convencional ya que, se está limitando la unión en matrimonio de parejas del mismo sexo.

Sustenta lo anterior en que la Carta Magna no contiene ninguna disposición que acepte, promueva, impida o condene estas uniones matrimoniales, conceptuando que, la negación por parte del Estado Panameño de inscribir el matrimonio de su representado, es una decisión discriminatoria, a la que no se le puede dar carácter legal. Considera que,

no existen razones justificables en derecho para hacer diferencias entre parejas por causa de su orientación sexual.

Estima que el matrimonio es una institución civil, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, de aplicación general, en circunstancias que, el religioso, está supeditado a la legislación civil, y es optativo para quien profesa la religión de que se trate, con lo que, toda lógica de regulación (del matrimonio) debe sustentarse en motivos de interés general, en la justicia, en la protección de derechos humanos, en el reconocimiento del valor intrínseco de todos los seres humanos y, principalmente, de su dignidad.

Asevera que, al no tener la posibilidad de unirse en matrimonio, las parejas del mismo sexo están en una situación desventajosa respecto de las que sí pueden hacerlo.

En ese sentido, manifiesta que, las parejas de idéntico sexo, no podrán gozar de los beneficios que emergen del instituto matrimonial, entre los que enumera los siguientes:

«...

- a. *Las parejas del mismo sexo no pueden cambiar su estado civil, por tanto, no generan relaciones de familia o parentesco.*
- b. *Las parejas del mismo sexo no poseen derechos ni deberes, tales como los tienen las parejas heterosexuales matrimoniales.*
- c. *A diferencia de las parejas heterosexuales casadas, las parejas del mismo sexo no podrán constituir un régimen patrimonial para administrar sus bienes.*
- d. *Si un miembro de la pareja del mismo sexo falleciese, el otro no podrá ser beneficiado con la herencia intestada.*
- e. *El miembro sobreviviente de una pareja del mismo sexo, no podrá decidir sobre el destino de los restos del fallecido.*
- f. *En caso de conflictos al interior de la pareja, no tienen acceso a la jurisdicción especializada de tribunales de Familia, como lo haría una pareja matrimonial heterosexual.*
- g. *No existe legitimación judicial de un miembro de la pareja del mismo sexo, para la defensa o protección de otro miembro, como por ejemplo ocurre en la declaración de interdicción o en la persecución de responsabilidades penales.*
- h. *Si un miembro de la relación del mismo sexo sufre un accidente, su pareja no podrá beneficiarse de las protecciones de*



2111

la Seguridad Social, incluyendo el caso de muerte del trabajador, la pareja sobreviviente no podrá solicitar el pago de las remuneraciones adeudadas.

i. Las parejas del mismo sexo no pueden adoptar. Incluso, cuando están casadas en el extranjero y adoptan a un menor, el reconocimiento de ese menor como hijo no es posible en el Registro Civil.

...» (Foja 52, Tomo I)



Por otro lado, encamina críticas hacia los llamados «argumentos en contra del matrimonio igualitario» que, a su juicio, no tienen asidero ni base real, mencionando, entre estos, la tradición, la definición del matrimonio, la procreación, la presunta ineptitud de las parejas homosexuales para criar niños, el reproche a ese estilo de vida, la orientación sexual comparada con la identidad de género, el no reconocimiento de los diversos tipos de familia, y del derecho a elegir pareja y formar una familia, ofreciendo alegaciones centradas en el rechazo de estas argumentaciones que, considera, son excusas sin propósito legítimo.

Concluye que, la Declaración Universal de Derechos Humanos, no hace distinción alguna entre hombres y mujeres, lo que debe dirigir toda interpretación a determinar que, toda persona – independiente de su sexo – puede constituir una familia, cualquier tipo de familia, incluida la matrimonial.

En estos términos, solicita se declare la inconstitucionalidad de la frase «**entre un hombre y una mujer**», contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá.

2.2 ENTRADA N°315-17 (FS. 1,062 A 1,086).

En esta segunda acción, la firma forense **MORGAN & MORGAN**, en procura de los intereses de **ÁLVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY**, no solo advierte

2112

la inconstitucionalidad de la frase «**entre un hombre y una mujer**» inserta en el artículo 26 del Código de la Familia, sino que, además, cuestiona la conformidad con el texto constitucional de la proscripción para contraer matrimonio entre sí, que encierra el numeral 1 del canon 34 de dicho Estatuto, bajo la fórmula «**las personas del mismo sexo**», y de la totalidad de lo dispuesto en el precepto 35 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, que enuncia que «**Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo**».



Es su entendimiento que las normas advertidas contravienen (en ese orden), los artículos 19, 4 y 56 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Indica el legista, que el artículo 19 de nuestra Carta Magna, que contempla derechos humanos inalienables, ha sido transgredido, en vista que, la negación del matrimonio igualitario, implica, necesariamente, discriminación contra las personas con diferente orientación sexual.

Reitera la firma de abogados demandante en esta iniciativa constitucional que nuestra Ley Fundamental no contiene disposición alguna que acepte, promueva, impida o condene la unión matrimonial de personas del mismo sexo; y que, la discusión de fondo debe centrarse en determinar, si excluir a las parejas del mismo sexo, del acceso a la institución del matrimonio, constituye o no una discriminación arbitraria. En tales circunstancias, colige el propulsor constitucional que, no existen razones justificables, en derecho, para hacer tal diferenciación, en virtud de que, la negativa a esa accesibilidad, ataca, entre otras cosas, la dignidad de la persona humana y, especialmente, la igualdad ante la Ley.

2113

Asimismo, repite la idea que expuso en la Entrada N°1042-16 en cuanto a que, el matrimonio, es una institución civil desde el punto de vista del ordenamiento jurídico aplicable, en condiciones que, el religioso, está supeditado a la legislación civil y es optativo para quien profesa la religión de que se trate, con lo que, toda lógica de regulación (del matrimonio) debe sustentarse en motivos de interés general, en la justicia, en la tutela de los derechos humanos, en el reconocimiento del valor intrínseco de todos los seres humanos, y, principalmente, de su dignidad.



En torno al artículo 4 constitucional, reitera los planteamientos que enunció en la otra demanda, y que se sostienen en la inobservancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estima que el estudio constitucional de la causa que nos ocupa debe tomar en cuenta el concepto de «familia» y el alcance de las protecciones fundamentales garantizadas por medio del término «otra condición social», bajo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para esos efectos, cita la sentencia *Atala Riffo y niñas vs. Chile* de veinticuatro (24) de febrero de dos mil doce (2012), en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo la inadmisión de cualquier discriminación basada en la orientación sexual.

Por otra parte, agrega que, mientras la protección de la familia es un mandato del Estado, el derecho al matrimonio es un derecho fundamental de toda persona, y que la fundación de una familia matrimonial, al tenor del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es solo una de las tantas formas que existen de

2114

fundar una familia, pero no es la única, ni la principal; y que la Declaración Americana de Derechos Humanos, en cuanto al Principio de Igualdad, no hace distinción alguna entre «hombres» y «mujeres», sino que extiende el amparo respectivo «toda persona», lo que contempla a las parejas del mismo sexo.



Finalmente, en cuanto a la vulneración del artículo 56 de nuestro Estatuto Fundamental, entiende que esta se produce de forma directa, por omisión, ya que, en su opinión, el impedir a parejas del mismo sexo unirse en matrimonio no solo les niega, arbitrariamente, los derechos indispensables para constituirse en el fundamento de la familia, sino que, además, tal negativa debe ser entendida como un «ataque» extensivo a la sociedad misma, ya que, se les impide establecer un núcleo social.

A consecuencia de todo lo anterior, solicita a esta Corporación de Justicia, declare la inconstitucionalidad **de las frases «entre un hombre y una mujer» y «las personas del mismo sexo»**, contenidas en los cánones 26 y 34, numeral 1, del Código de la Familia, y **de la totalidad del precepto 35** de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley N°7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.

3. LAS VISTAS DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN.

3.1 DICTAMEN DEL SEÑOR PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ENTRADA N°1042-16 (FS. 108 A 146).

Con base en el artículo 2563 del Código Judicial, se envió el negocio constitucional a la Procuraduría de la Administración, autoridad que emitió concepto a través de la Vista N°503 de once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017) recalando que, a su juicio, el tema controvertido, vía

2115

Advertencia de Inconstitucionalidad, debe ser abordado desde la óptica de lo que entraña un Estado Laico, lo que permitirá darle un mejor tratamiento a la cuestión constitucional formulada a la hora de entrar a resolverla, ya que se tendrán presentes los valores y principios de respeto a la dignidad de toda persona y de trato igualitario ante la Ley.



Así las cosas, concluyó el Procurador de la Administración, que la frase «**entre un hombre y una mujer**», comprendida en el cañon 26 del Código de la Familia, si bien **NO ES CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA** de la República de Panamá, requiere que la Corte Suprema de Justicia condicione su interpretación y consiguiente aplicación, al principio de Interpretación Constitucional, de manera que se garantice a las personas del mismo sexo que, ante la Ley, recibirán igual trato, tomando en consideración aquel que se dispensa a las de sexos opuestos cuando, libremente, deciden contraer matrimonio.

Es su estimación que, con ello, se darían las condiciones materiales que harían efectiva la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual, y se respetaría la dignidad de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, independientemente de su preferencia sexual.

3.2 DICTAMEN DE LA SEÑORA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA ENTRADA N°315-17 (FS. 1,110 A 1,118).

Para esta demanda, le tocó el turno de pronunciarse a la Procuradora General de la Nación de entonces, lo que, efectivamente, hizo por vía de la Vista N°15 de dos (2) de mayo de dos mil diecisiete (2017), en la que concluye solicitándole a la Corte Suprema de Justicia que declare que las expresiones «**entre un hombre y una mujer**» y «**las personas del mismo sexo**», incorporadas en los artículos 26 y 34, numeral 1, del

2116

Código de la Familia, y la integralidad de la disposición número 35 de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley N°7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, **NO SON INCONSTITUCIONALES.**



Es su apreciación que lo sostenido por el advirtiente carece de sustento jurídico, ya que desconoce que el artículo 15 de la Carta Magna establece que, tanto nacionales como extranjeros están sometidos a la Constitución y a las leyes, lo que implica que el ordenamiento jurídico interno, no debe ser alterado antojadizamente, por voluntad de los particulares, principalmente cuando se trate de normas de orden público e interés social, lo que quiere decir que, en la materia que nos incumbe, los actos jurídicos realizados en el extranjero que involucren a ciudadanos panameños, solo pueden ser reconocidos si no son contrarios a ese ordenamiento jurídico patrio.

Para concluir, en ese mismo sentido, rechaza las argumentaciones presentadas respecto al presunto establecimiento de un trato desigual o discriminatorio basado en la inclinación sexual de la persona.

De este modo, enfatiza que, la prohibición de fueros o privilegios, consagrada en el artículo 19 de nuestra Constitución Política, es consecuencia o derivación lógica del principio de igualdad ante la Ley contenido en su precepto 20, y entraña la necesidad de que el acto impugnado desmejore la condición de la persona frente a otra, lo que, dicho de otra manera, significa que todos los panameños deben recibir un trato igualitario, siempre y cuando se encuentren en situaciones iguales, similares o parecidas, sin que identifique que, a través de las frases

2117

demandadas, se otorguen privilegios, ventajas o excepciones para favorecer a determinado grupo de personas, indiscriminadamente.

4. RESUMEN DE LA FASE DE ALEGATOS SURTIDA EN RELACIÓN CON LAS ENTRADAS N°1042-16 Y N°315-17.



Un nutrido grupo de personas interesadas acudió al llamado efectuado, en los términos establecidos en el artículo 2564 del Código Judicial, para, junto a los demandantes, formular argumentos por escrito sobre el caso.

Así, dentro del término de Ley, fueron recibidos memoriales de los participantes siguientes:

- Licenciado Leonardo Fabio Bonadies Mora (fs. 251-262; 1,364-1,373); Licenciado Gabriel D'Annunzio Rosania Villaverde (fs. 263-294; 1,136-1,221); Licenciado Marco Antonio Herrera Mow (fs. 295-300); Frente Jurídico de Abogados Cristianos (fs. 301-310); Licenciada Joyce Araujo Lasso (fs. 326-350, 1,538-1,562); Licenciada Marlin González (fs. 376-400; 937-958; 1,484-1,508); Licenciada Ana Gilza Córdoba Pinilla (fs. 412-436; 1,390-1,413);
- Fundación Latinoamericana para la Promoción y Protección de las Poblaciones LGBTI – Igualitos (fs. 441-478); Estudio Jurídico Cedeño (fs. 480-502; 1,230-1,249); Licenciado Álvaro Antonio Cabal Ducasa (fs. 503-523; 1,582-1,587); Alianza Panameña por la Vida y la Familia (fs. 524-623; 1,253-1,279); Licenciado Iván Allonca (fs. 624-636); señora María Mercedes García de Hernández (fs. 637-651);
- Firma Forense Castro y Berguido (fs. 652-702; 1,606-1,641); Señor Hernán A. Bonilla G. (fs. 703-705); Licenciada Carmen Cecilia Cal de Carles (fs. 706-731; 1,284-1,308); Licenciado Ramón De La O Fernández (fs. 733-748); Licenciado Iván Chanis Barahona (fs. 751-840); Doctor Emmanuel García Moreno (fs. 841-842); Fundación CEJIL Mesoamérica (fs. 843-857);
- Firma Forense Morgan & Morgan (fs. 858-861; 1,642-1,664); Licenciado Aristides Blanco Peña (fs. 875-899; 1,429-1,453; 1,510-1,521); Licenciada Idalia Pérez de Martínez (fs. 900-915; 1,310-1,342); Doctor Ítalo Isaac Antinori Bolaños (fs. 916-935; 1,801-1,815); Licenciado Roberto Antonio Morán De León (fs. 959-960); Firma Forense Aparicio, Alba y Asociados

2118

(fs. 961-969; 1,822-1,829); Licenciado Ángel Luis Álvarez Torres (fs. 970-1,046).

- Licenciado Juan Eduardo Lombardi Tribaldos (fs. 1,281-1,282); Licenciado Rubén Elías Rodríguez Ávila (fs. 1,344-1,346); Licenciada Ana Melissa España Videgain, en representación de la Fundación Vida y Familia (fs. 1,350-1,362); Licenciado Virgilio E. Vásquez Pinto (fs. 1,564-1,566).
- Magíster Sofanor Espinosa Valdés (q.e.p.d.), en conjunto con el Licenciado Diego J. Rivera Núñez (fs. 1,568-1,580); Licenciado Fernando Berguido Guizado, en su calidad de apoderado especial de la Doctora Catalina Botero Marino (fs. 1,589-1,604); Licenciado Jorge Molina Mendoza (fs. 1,665-1,800); y el Licenciado Robinson Richards Fernández (fs. 1,816-1,821).



4.1 LICENCIADO LEONARDO FABIO BONADIES MORA (FS. 251-262; 1,364-1,373).

Destaca su disenso con los advirtientes señalando que la pretensión es improcedente, pues ya la Autoridad había aplicado las normas que se advierten de inconstitucionales, aunado a que, en el derecho interno, existen una multiplicidad de normas, distintas a las demandadas, que operan exclusivamente para parejas de distinto sexo, entre las cuales menciona los artículos 1 y 5 del Código Civil; 3, 6, 7, 9, 224 y 225 del Código de la Familia; y 18, 20 y 209 del Código Penal.

4.2 LICENCIADO GABRIEL D'ANNUNZIO ROSANIA VILLAVERDE (FS. 263-294; 1,136-1,221).

Al igual que quien lo precedió en orden, considera que la Advertencia de Inconstitucionalidad debe rechazarse por improcedente pues, ya la Autoridad había aplicado las normas impugnadas.

Continúa diciendo que la no existencia de la unión civil reconocida para la comunidad LGBTI, no supone una transgresión de derechos y garantías ya que, ni siquiera entre los heterosexuales, el matrimonio es

la única, suficiente y mayor fuente de derechos y obligaciones entre los integrantes de una familia.

Añade que las Opiniones Consultivas únicamente sirven de orientación para el resto de los Estados Partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con lo cual, no pueden emplearse como criterios unívocos a seguir, en circunstancias que, es dable advertir que son pocos los países que han optado por la vía jurisprudencial para lograr el reconocimiento o instrumentación de los matrimonios igualitarios y que, en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco ha ordenado a ningún Estado que reconozca la validez de la unión de parejas del mismo sexo.

Para fundamentar su postura, aporta pronunciamientos del Tribunal Constitucional de la República de Chile (Causa sobre Recurso de Protección caratulada "Peralta Wetzel, César Antonio y otros con Soto Silva, Juana", de tres (3) de noviembre de dos mil once [2011]), y lo externado en sus Salvamentos de Voto por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, de la Corte Constitucional de Colombia, dentro de la Sentencia N°SU214/16.

4.3 LICENCIADO MARCO ANTONIO HERRERA MOW (FS. 295-300).

Coincide en que la presente Advertencia debe decretarse no viable, al no haber sido presentada dentro de un proceso instaurado; pone de relieve que la norma constitucional emplea la palabra «cónyuge», enunciado que no excluye a las parejas homosexuales pues, de querer hacerlo, el constituyente hubiese utilizado los términos «marido» y «mujer». De esta manera, considera que los advirtientes pasan por alto el contenido del artículo 9 del Código Civil.

2120

Destaca el fallo de nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, por mayoría absoluta, sostuvo que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es un derecho humano, y que no es sostenible el reconocimiento obligatorio de la igualdad jurídica del matrimonio heterosexual con las uniones de parejas del mismo sexo.



4.4 LICENCIADOS ORLANDO QUINTERO MARTÍNEZ Y DANIEL HENDERSON MORA, DEL FRENTE JURÍDICO DE ABOGADOS CRISTIANOS (FS. 301-310).

Ambos letrados indican que las normas demandadas en nada contravienen a nuestra Máxima Excerta Legal, y solicitan se declare la improcedencia de la presente Advertencia, en vista de que concurren un sinnúmero de razones, tanto jurídicas como de índole moral, que así lo determinan.

4.5 LICENCIADOS JOYCE ARAUJO LASSO, MARLIN GONZÁLEZ, ANA GILZA CÓRDOBA PINILLA Y ARISTIDES BLANCO PEÑA (AMICUS CURIAE) (FS. 326-350; 376-400; 412-436; 875-899; 937-958; 1,390-1,413; 1,429-1,453; 1,484-1,508; 1,538-1,562).

En sendos escritos, aportados para una y otra Advertencia de Inconstitucionalidad, en documentos idénticos en contenido, argumentan la existencia, en los actos demandados de inconstitucionales, de discriminación y contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Consideran que la Autoridad debió realizar una interpretación con base en el principio *pro homine*.

2119-419
2121

Por otro lado, destacan que la Constitución, en su artículo 57, habla de «cónyuges», sin establecer una distinción o diferenciación respecto de la orientación sexual que deben tener dichos cónyuges.



Concluyen expresando que las parejas homosexuales en Panamá viven en un estado de completa vulnerabilidad, por la discriminación institucional y legal existente al no permitírseles el goce específico del derecho a contraer matrimonio, en función del artículo 26 del Código de la Familia, por lo que, declarar la inconstitucionalidad de lo demandado es, a su vez, convalidar un derecho legítimo que tiene toda persona, sin vulnerar el de nadie más.

Sostienen que las minorías sexuales existen, y pertenecen a un Estado que tiene el deber de reconocerles y respetarles su dignidad, mediante la materialización del disfrute de sus derechos fundamentales humanos, sin ningún tipo de restricción; de allí estiman que la negativa del Registro Civil de registrar el matrimonio de parejas del mismo sexo tiene ribetes discriminatorios, al crear un fuero o privilegio en favor de parejas heterosexuales.

Culminan su escrito de alegatos aportando un examen de las Sentencias de los casos «Atala Riffo y niñas vs Chile» y «Ángel Alberto Duque vs Colombia», ambos pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.6 LICENCIADO IVÁN CHANIS BARAHONA, EN REPRESENTACIÓN DEL CIUDADANO SALVADOREÑO HERMAN MANUEL DUARTE IRAHETA, DE LA FUNDACIÓN LATINOAMERICANA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS POBLACIONES LGBTI – IGUALITOS (AMICUS CURIAE) (FS. 441-478).

En su escrito plasma que la dignidad humana no puede ser disminuída por razones discriminatorias (por orientación sexual), tal como

2/22

ocurre con la normativa impugnada en el presente proceso, lo que ha sido reconocido por la Sala Constitucional de El Salvador la cual, si bien no es vinculante jurídicamente, sí lo es moralmente, en su opinión.



Explica que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, y que, por tanto, debe entenderse a la orientación sexual como una de las categorías por las cuales está proscrito todo tipo de discriminación. Y es que la discriminación de la que son víctimas las parejas del mismo sexo trae como consecuencia que se les conculquen, al menos, veintiséis (26) derechos reconocidos a las parejas heterosexuales, mencionando, entre ellos, el derecho a la manutención del cónyuge, derecho a tomar la última decisión en aspectos relacionados a la salud del cónyuge, derechos de pensión de vejez, derecho a ser heredero, derecho a recibir beneficios de la Seguridad Social, y el derecho a formar una familia.

4.7 ESTUDIO JURÍDICO CEDEÑO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA ALIANZA EVANGÉLICA DE PANAMÁ (FS. 480-502; 1,230-1,249).

Tal como han apuntado otros letrados, coincide en que la Advertencia de Inconstitucionalidad debe ser declarada no viable, habida cuenta que la norma principal advertida ya había sido aplicada por el Director Nacional del Registro Civil, aunado a que el legislador, al compilar los artículos contentivos de las frases advertidas de inconstitucionales, tenía la intención de concebir al matrimonio como la unión voluntaria concertada entre un hombre y una mujer con el fin de procrear hijos y fundar una familia.

2123

Afirma que las normas de derecho internacional ratificadas por nuestro país no tienen jerarquía constitucional y que, solo por vía excepcional, algunas de estas pueden ser parte del Bloque de la Constitucionalidad, en la medida que no contraríen los principios básicos del Estado de Derecho.



Concluye que lo que se pretende con las acciones de constitucionalidad suscritas es «redefinir» y «desarticular», por completo, uno de los pilares fundamentales de la familia panameña, que es el matrimonio, resaltando lo dispuesto en el artículo 58 de la Carta Magna.

4.8 LICENCIADO ÁLVARO ANTONIO CABAL DUCASA (FS. 503-553; 1,582-1,587).

Arguye que, tanto la Advertencia de Inconstitucionalidad identificada con el número 1042-16, como la distinguida con la numeración 315-17, deben declararse no viables, ya que no se contraviene el ordenamiento constitucional, en condiciones que, la norma ya ha sido aplicada por parte del Tribunal Electoral, a través de la Dirección Nacional del Registro Civil, y, además porque, en ellas, concurren errores formales insubsanables.

Por otra parte, llama la atención sobre el hecho que la propia Constitución infiere que el matrimonio es la unión entre personas de distinto sexo, tal como dispone en sus artículos 58 y 63, a los cuales responden los cánones 26 y 34, numeral 1, del Código de la Familia, y 35 del Código de Derecho Internacional Privado.

2124

4.9 ALIANZA PANAMEÑA POR LA VIDA Y LA FAMILIA (FS. 524-623; 1,253-1,279).

Concorre en la inviabilidad de las Advertencias de Inconstitucionalidad, por haber sido aplicada la norma por parte de la autoridad.



Hace hincapié en que, el derecho de familia y de menores es de orden público y, por tanto, es inderogable por voluntad de las partes, aunado a que el derecho interno panameño no admite la unión en matrimonio de personas del mismo sexo.

Aporta, junto a su escrito, copias simples de las Sentencias emitidas por el Tribunal de Estrasburgo en el caso "Schalk y Kopf vs Austria", y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá de cuatro (4) de septiembre de dos mil doce (2012) y treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015).

Externa sus consideraciones hacia la Advertencia de Inconstitucionalidad distinguida con el número 315-17, trayendo a colación que el artículo 33 del Código de Derecho Internacional Privado se encontraba vigente en la República de Panamá al momento en que los señores Álvaro José López Levy y Kenneth Hay Gilberg contrajeron nupcias en el estado de Illinois, Estados Unidos de América, con lo que la unión es nula ante el derecho patrio, puesto que, el precepto mencionado manifiesta que, si un panameño contrae matrimonio en un país extranjero, contraviniendo de algún modo las leyes de la República, la transgresión producirá en Panamá los mismos efectos que si se hubiera cometido en el territorio.

2125

No obstante, lo anterior, es del criterio que, aunque no cabe duda que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, tiene la facultad controladora de la constitucionalidad, no puede pretenderse que sea esta Corporación, la que entre a crear un nuevo sistema matrimonial, que varíe el régimen jurídico que rige en el Derecho de Familia.



4.10 LICENCIADO IVÁN ALLONCA (FS. 624-636).

Estima que, de accederse al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, a pesar de lo exigido por nuestra propia Constitución Política para la unión o matrimonio de hecho, se estaría, a su vez, discriminando a estos grupos sociales para que sus uniones libres califiquen como un matrimonio de hecho, lo cual es salvable únicamente a través de una reforma constitucional.

4.11 CIUDADANA ESPAÑOLA MARÍA MERCEDES GARCÍA DE HERNÁNDEZ (FS. 637-651).

Considera que la Advertencia presentada atenta notoriamente contra el Principio de Universalidad Constitucional, puesto que, el ejercicio de ningún Derecho Humano puede violentar los Derechos Humanos de sus semejantes.

Ello la hace inferir que, el solicitar que se declare inconstitucional el artículo 26 del Código de la Familia, aduciendo principios de igualdad, no es la ruta correcta para lograr el respeto a los derechos humanos de los homosexuales.

2/26

4.12 FIRMA FORENSE CASTRO Y BERGUIDO, APODERADOS ESPECIALES DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE NUEVA YORK [THE NEW YORK BAR ASSOCIATION] (FS. 652-702; 1,606-1,641).

Apoya los argumentos de las Advertencias de Inconstitucionalidad, aportando conclusiones a las que diversas asociaciones y grupos científicos arribaron, en favor de las uniones de parejas del mismo sexo.



4.13 SEÑOR HERNÁN A. BONILLA G. (FS. 703-705).

Indica que Panamá tiene un régimen constitucional vigente sobre la familia, cuyo cambio no es potestad del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ni de la Asamblea Nacional, sino del pueblo, vía referéndum o Asamblea Constituyente.

4.14 LICENCIADA CARMEN CECILIA CAL BARRÍA DE CARLES (FS. 706-731; 1,284-1,308).

Se muestra en contra de lo esgrimido en la Advertencia, señalando que el Estado tiene el deber de proteger el matrimonio, la maternidad y la familia, tal cual se contempla actualmente en nuestras leyes; y que Panamá, como nación soberana e independiente, no puede dejar que corrientes foráneas sean impuestas por organismos internacionales, ya que debe preservarse la democracia y el derecho de los pueblos que viven bajo sus reglas.

Asevera que, el reconocer o avalar la pretensión de los advirtientes significaría otorgar a un pequeño grupo, privilegios en menoscabo de los derechos de la mayoría de los panameños, contrariando una norma imperativa de derecho internacional general como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2127

4.15 LICENCIADO RAMÓN DE LA O FERNÁNDEZ, EN REPRESENTACIÓN DEL SEÑOR DIEGO DAL BONI HASENBERG (FS. 733-748).

Rechaza lo planteado en la Advertencia, y apela al carácter de orden público e interés social que tiene el Código de la Familia.

**4.16 LICENCIADO IVÁN CHANIS BARAHONA, EN PROCURACIÓN DE MARCELA SÁNCHEZ BUITRAGO Y LILIBETH CORTÉS MORA, DE LA ORGANIZACIÓN "COLOMBIA DIVERSA", Y DE LA FUNDACIÓN IGUALES (ALEGATOS Y AMICUS CURIAE) (FS. 751-840).**

Advierte el legista que, excluir a las parejas del mismo sexo del disfrute de los derechos que se reconocen a las que están conformadas por personas de distinto sexo, compromete la responsabilidad estatal al violarse el derecho a la igualdad ante la Ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues la Ley protege de manera diferenciada a las parejas, pero no justificada, objetiva y razonablemente, con base en su sexo, su orientación, y su vínculo afectivo.

4.17 CIUDADANO EMMANUEL GARCÍA MORENO (FS. 841-842).

Manifiesta su rechazo a lo pretendido mediante la Advertencia de Inconstitucionalidad, y ofrece razonamientos desde el punto de vista religioso.

4.18 FUNDACIÓN CEJIL MESOAMÉRICA A TRAVÉS DEL LICENCIADO IVÁN CHANIS BARAHONA (AMICUS CURIAE) (FS. 843-857).

Orienta a que se ejerza control de convencionalidad y se declaren inconstitucionales las frases demandadas. A su juicio, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados están obligados a reconocer legalmente las uniones de parejas del mismo sexo, así como los derechos patrimoniales derivados de estas, en atención al principio de no discriminación.

2128

4.19 FIRMA FORENSE MORGAN & MORGAN (FS. 858-861; 1,642-1,664).

El Licenciado Carlos Ernesto González Ramírez, de la firma forense Morgan & Morgan, reitera por medio memorial lo dicho en las dos Advertencias de Inconstitucionalidad presentadas.

**4.20 LICENCIADO ARISTIDES BLANCO PEÑA, EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN (FS. 1,510-1,520).**

Expone que el Estatuto Fundamental identifica tres (3) elementos vitales en la constitución jurídica del matrimonio: su condición de fundamento legal de la familia, la igualdad de derechos de los cónyuges, y la posibilidad de su disolución conforme lo disponga la Ley, con lo que el empleo de la palabra «cónyuge» salva cualquier confusión interpretativa, en vista de que «cónyuge» es «quien está unido en matrimonio», independiente de su género.

Con lo que, estima, la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas demandadas impondría las garantías fundamentales previstas en nuestra Carta Magna y otras integrantes del Bloque de Constitucionalidad, eliminando en nuestro país formas de profunda desigualdad y de trato discriminatorio hacia las personas que, en el ejercicio de sus libres derechos, sienten amor por otros que, incidentalmente, son de su mismo sexo.

4.21 LICENCIADA IDALIA PÉREZ DE MARTÍNEZ (FS. 900-915; 1,310-1,342).

Se muestra en contra de lo expuesto en las Advertencias ensayadas, ya que, afirma, la Ley no contempla las uniones entre personas del mismo sexo, y estas no son permitidas, ni siquiera previa interposición de recursos legales.

2129

De otra parte, trae a conocimiento del Pleno lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, mediante Sentencia, determinó que ningún Estado está obligado a incluir, en su derecho interno, el matrimonio de parejas del mismo sexo, al concluir que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, pronunciando que, si bien Panamá no está forzada a acatar, considera oportuno se estudie, por su gran importancia al haber sido emitido por un Tribunal competente para conocer de Derechos Humanos.



4.22 DOCTOR ÍTALO ISAAC ANTINORI BOLAÑOS (FS. 916-935; 1,801-1,815).

Discrepa con los advirtientes manifestando, en primer lugar, que lo pretendido se hace improcedente en vista de que, todo matrimonio celebrado en el exterior obliga a que los contrayentes cumplan con las disposiciones existentes en la Ley de la República de Panamá, indicando que si bien es válida la inscripción del matrimonio en cuestión en el país extranjero donde se celebró, es nula su inscripción en la República de Panamá puesto que el derecho interno lo prohíbe expresamente.

Por otro lado, sostiene que debe entenderse, siempre, que el Capítulo II del Título Tercero de la Constitución Política de la República de Panamá, denominado «La Familia», se refiere al entendimiento de la unión voluntaria entre un hombre y una mujer.

Apunta que, respecto de la presunta obligación del Estado panameño de acatar «de todas maneras las normas de derecho internacional», ello no es del todo cierto, puesto que, no debe hacerse el examen únicamente bajo el concepto señalado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá, sino conectado o en concordancia con el artículo 159, numeral 3, también de la Constitución,

2130

que obliga a la aprobación (de tales normas) por el Parlamento Panameño, de modo que se sancionen y promulguen como Ley de la República. Así, en esta línea de pensamiento, argumenta que, ninguna disposición internacional puede estar por encima del Derecho interno.



Cuestiona la mención que se hace en ambas Advertencias de Inconstitucionalidad respecto de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos «Atala Riffo y niñas vs Chile» y «Duque vs Colombia», puesto que, en ninguno de estos fallos se prevé que es obligación de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni tampoco se establece que debe procederse mediante el llamado «Control de Convencionalidad» a adoptar dicho matrimonio, con lo cual se desconocería y negaría a los Estados miembros su capacidad soberana de decidir su propia legislación.

4.23 LICENCIADO ROBERTO ANTONIO MORÁN DE LEÓN (FS. 959-960).

Solicita se declare que no es inconstitucional el artículo 26 del Código de la Familia al considerar, en lo medular, que no es aplicable, en esta causa, la aceptación de normativa internacional (Bloque de Constitucionalidad), ya que nuestra Constitución Política solamente reconoce las parejas de distinto sexo, sin que sea dable el incurrir en el análisis de situaciones que nada tienen que ver con el debate de derechos fundamentales propuesto, como lo sería un hipotético derecho de las parejas homosexuales a conformar una familia.

2131

4.24 FIRMA FORENSE APARICIO, ALBA Y ASOCIADOS (FS. 961-969; 1,822-1,829).

Según quien alega, la normativa impugnada no es inconstitucional. En su opinión, para el presente negocio no debió aplicarse el «Control de Convencionalidad», puesto que, se ha pedido la declaratoria de inconstitucionalidad de tres (3) normas que delimitan y describen el alcance jurídico de la institución del matrimonio en el derecho panameño, con lo que no existe, *contrario sensu*, una norma jurídica convencional con la que pueda generarse una «disparidad» con el derecho interno en la materia, que obligue al juzgador o a la autoridad nacional a descartar la vigencia y efecto de las normas atacadas de inconstitucionales.



Hace mención de los únicos tres (3) fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de derechos a personas homosexuales destacando que, ninguno autoriza o abre las puertas al reconocimiento del matrimonio, tal como lo exigen los advirtientes.

4.25 LICENCIADO ÁNGEL LUIS ÁLVAREZ TORRES, DE LA FIRMA FORENSE VEGA & ÁLVAREZ (FS. 970-1,046).

Arguye que la pretensión de los demandantes es la creación, inclusión y adecuación de la legislación y el ordenamiento jurídico, en favor sus necesidades, requerimientos y pretensiones, soslayando el camino legal y constitucional de la necesaria legislación respecto a la unión de personas del mismo sexo, o, en otras palabras, la instauración o ampliación de nuevos derechos no previstos a favor de ningún otro ciudadano en el territorio nacional, lo cual es impropio de las funciones judiciales, y que se desprende, además, que lo que se persigue es la inscripción del matrimonio entre el solicitante y el señor John Winstanley,

2132

mismo que fue celebrado en Reino Unido, jurisdicción en la que existe una Ley de Matrimonios «*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*».

Continúa manifestando que, lo que se busca con la Advertencia es la «supresión» judicial de determinadas expresiones para alterar el régimen jurídico vigente, al punto que genere espacio suficiente a la petición de registro del señor Enrique Raúl Jelenzky que, de todos modos, seguirá ausente de respaldo jurídico, al no existir, en la República de Panamá, un cuerpo normativo tan completo como lo es el mencionado «*Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*» del Reino Unido.

Aporta, junto a sus alegatos, copia simple, íntegra, de la Ley de Matrimonios del Reino Unido, misma que fue recibida a insistencia por la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, al haberse aportado sin su traducción al idioma español.

4.26 LICENCIADO JUAN EDUARDO LOMBARDI TRIBALDOS (FS. 1,281-1,282).

Plantea que debe declararse que el artículo 26 del Código de la Familia no es inconstitucional, puesto que, en su opinión, la norma ordinaria únicamente sigue los lineamientos plasmados por nuestra Constitución Política, en su artículo 58.

4.27 LICENCIADO RUBÉN ELÍAS RODRÍGUEZ ÁVILA (FS. 1,344-1,346).

Se muestra en contra de la pretensión ya que estima que, el hecho de que una concreta persona (o personas), acogiéndose a una legislación de cualquier país que así lo permita, decida contraer matrimonio con cualquier ser, viviente o no, no se constituye, *per se*, en un derecho a que, por esta vía, se desconozcan las legislaciones de otros Estados que, en su ordenamiento jurídico, no autorizan tal unión. De este modo, infiere

2133

que la Advertencia carece de fundamento, al no violentar la normativa demandada ninguna disposición o derecho fundamental.

4.28 LICENCIADA ANA MELISSA ESPAÑÓ VIDEGAIN, EN REPRESENTACION DE LA FUNDACIÓN VIDA Y FAMILIA (FS. 1,350-1,362).



Considera que el matrimonio no puede interpretarse como equivalente a un contrato civil, ya que es un régimen complejo legal que las partes no pueden modificar, además que los impedimentos legales para contraerlo están taxativamente enumerados y no pueden ser ampliados de manera interpretativa (jurisprudencial).

Recalca que, la única labor del Pleno de la Corte Suprema de Justicia es la de garantizar la supremacía y la integridad de la Constitución, a fin de que se dé la debida tutela, aplicación, ejecución e interpretación correctas, y no la de analizar aspectos subjetivos e ideológicos que atañen, más bien, a un debate social.

4.29 LICENCIADO VIRGILIO VÁSQUEZ PINTO (FS. 1,564-1,566).

Manifiesta que lo pretendido por el demandante carece de sustentación material y jurídica, puesto que, el matrimonio es un derecho que solo pueden ejercitar dos personas de distinto sexo. No es un derecho unilateral de una persona o colectivo, aunado a que las disposiciones citadas por el demandante como infringidas no expresan nada relacionado con el denominado «matrimonio igualitario».

4.30 MAGÍSTER SOFANOR ESPINOSA VALDÉS (Q.E.P.D), EN CONJUNTO CON EL LICENCIADO DIEGO J. RIVERA NÚÑEZ (FS. 1,568-1,580).

Estiman importante que se estudie la intención de quienes redactaron la Carta Magna, ya que, debe ser tomada en cuenta al momento de decidir una acción como la que nos ocupa, entendiéndose

con ello que dicha intención fue, siempre, pensar al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, acorde a las formalidades prescritas en la Ley.

Recuerdan también que, no es necesario que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio para la garantía de sus derechos patrimoniales, tal como alegan los demandantes, ya que, para ello, existen institutos legales como lo son el testamento, el fideicomiso o las fundaciones de interés privado.

4.31 LICENCIADO FERNANDO BERGUIDO GUIZADO, APODERADO ESPECIAL DE LA DOCTORA CATALINA BOTERO MARINO (FS. 1,589-1,604).

Peticiona que las normas impugnadas se declaren no conformes al orden constitucional, aportando una opinión jurídica redactada por su mandante quien concluye que, las normas demandadas no se adecuan a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al constitucionalismo democrático, ya que fundan una distinción de trato discriminatoria, contraria al derecho a la igualdad y a la dignidad humana.

4.32 LICENCIADO JORGE MOLINA MENDOZA (FS. 1,665-1,800).

Conceptúa que la inconstitucionalidad de las normas demandadas se produce al establecer una prohibición, lo que resulta en una exclusión desde que, tan solo, comprenden el matrimonio heterosexual como matrimonio tradicional. Con base en ello, sostiene que la proscripción reflejada en dichas normas impide que, en nuestro país, el matrimonio contenga la variante de la unión legal entre personas del mismo sexo, lo que, a su vez, conlleva una discriminación que excede los límites constitucionales, al no dársele igual trato a las uniones heterosexuales y homosexuales.

2135

De seguido, realiza un recuento de aquellos países que, desde el 2001, han promulgado o reconocido el matrimonio igualitario, resaltando los ejemplos de Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Islandia, Portugal, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Escocia, Luxemburgo, Finlandia, Irlanda, Canadá, Argentina, Brasil, Uruguay, Estados Unidos de América, Puerto Rico, México, Colombia, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Taiwán.



4.33 LICENCIADO ROBINSON RICHARDS FERNÁNDEZ (FS. 1,816-1,821).

Destaca que la presente Advertencia fue presentada de manera extemporánea, ya que ha sido criterio de la Corte Suprema de Justicia el inadmitir aquellas Advertencias de Inconstitucionalidad en las cuales el servidor público haya aplicado la disposición tachada de inconstitucional, tal como estatuyen los artículos 2560 y 2561 del Código Judicial, lo que se aúna a que tampoco se ha explicado, de forma clara, el concepto de infracción de las normas constitucionales que se dice fueron transgredidas.

Por otro lado, estima que los proponentes constitucionales yerran al utilizar el principio de igualdad ante la Ley como fundamento de análisis para la presente advertencia de inconstitucionalidad, a sabiendas de que el tema está regulado en otras disposiciones legales, lo que califica de falta de lealtad procesal frente a los Magistrados que conforman esta Máxima Corporación.

5. CONSIDERACIONES DEL PLENO.

Agotados los trámites procesales propios de este tipo de causas, la Corte Suprema de Justicia se dispone a adelantar el estudio que exige el

2136

determinar si las disposiciones señaladas por los activadores constitucionales, ofenden, o no, la Constitución Política; esto, desde luego, teniendo en cuenta, para el análisis, el marco convencional forjado a propósito de la protección de los derechos humanos universales.



5.1 CUESTIÓN PREVIA

Antes de proceder con la atención del problema constitucional sometido a su consideración, esta Alta Corporación de Justicia hará unos breves comentarios en torno al mecanismo procesal por el que optaron los demandantes para presentar sus iniciativas de revisión de la constitucionalidad de frases contenidas en los artículos 26 y 34, numeral 1, del Código de la Familia, y del canon 35 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.

Para empezar, hay que reconocer que, en estricto derecho, de acuerdo con los criterios constitucionales, legales y jurisprudenciales que modelan la figura, ninguna de las dos Advertencias de Inconstitucionalidad debió superar la etapa de admisibilidad; sin duda, los accionantes equivocaron la vía. Aun así, a esta altura, no es factible, ni oportuno, discutir la viabilidad de las propuestas ensayadas.

Con todo, vale clarificar que, la Advertencia de Inconstitucionalidad, dentro de nuestro modelo de Justicia Constitucional, constituye uno de los procedimientos de control de la constitucionalidad¹, prescrito en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución y el canon 2558 del Código Judicial.

¹ Control que es exclusivo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sea que origine en una acción de inconstitucionalidad, una consulta o una advertencia de inconstitucionalidad o una objeción de inexecutableidad.

2137

Si se acude a la lectura de esos dos preceptos, de ellos se deduce que, quien eleva la consulta, debe cumplir con los siguientes requisitos básicos:

1. **Que haya un proceso en marcha;**
2. **Que alguna de las partes advirtiere que la disposición legal o reglamentaria es inconstitucional, siempre que esta sea aplicable al caso;**
3. **Que la norma de que se trate no haya sido aplicada aún;**
4. Que no exista pronunciamiento en torno a la constitucionalidad de la disposición advertida de inconstitucional;
5. Solo puede ser formulada por las partes una vez por instancia.



Además, por vía jurisprudencial, se ha determinado que las normas que no conceden un derecho sustantivo al interesado, y que, en consecuencia, no sean idóneas para decidir la causa, no pueden ser objeto de una Advertencia de Inconstitucionalidad².

Es del caso que, el asunto relativo a la Entrada N°1042-16, **ya había sido decidido, en primera instancia**, por la Dirección Nacional de Registro Civil a través de la Resolución N°526/DNRC/DPE de veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), resolviendo **NEGAR** la inscripción de la unión civil de **ENRIQUE RAÚL JELENSZKY CARVAJAL** y **JOHN WINSTANLEY**, luego convertida en matrimonio, bajo la Ley del Reino Unido, con fundamento en los «Artículos 12 numeral 3, 54 y 140 del Texto Único de la Ley 31 de 25 de julio de 2006; artículos 4 y 80 del Decreto N°3 de 11 de febrero de 2008; artículo 147 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; artículos 7, 9 y 34 numeral 1 del Código de la

² Verbigracia; confróntese la Sentencia de 29 de enero de 2021, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Cecilio A. Cedalise Riquelme, dentro del Expediente N°979-2020.

2138

Familia de la República de Panamá; y, artículos 33 y 35 de la Ley 61 del 7 de octubre de 2015» (cfr. fs 25 Tomo I), sin aplicar el precepto 26 del Código de la Familia, advertido, a la postre (en el trámite de reconsideración), de inconstitucional, y que, muy improbablemente, habría sido utilizado como base para solucionar una segunda instancia (así se desprende de la motivación que sustentó la resolución del Registro Civil [fraude a la Ley nacional y la existencia de impedimentos que afectan la validez del acto cuya inscripción se solicita, de conformidad con las disposiciones del Código de la Familia]).



Por lo que se refiere al Asunto N°315-17, la solicitud de inscripción del matrimonio celebrado en el Estado de Illinois, Estados Unidos de América, entre los señores **ÁLVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY** y **KENNETH JAU GILBERTG**, se presenta ante el Departamento de Actos y Hechos ocurridos en el Exterior, acompañándola de la Advertencia de Inconstitucionalidad, sin que todavía existiera, en propiedad, un proceso administrativo en curso, requisito que debió ser verificado por la Directora Nacional del Registro Civil, quien, al no hacerlo, terminó remitiendo el memorial al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, prematuramente.

Dicho de otro modo, el trámite que se llevaba a cabo en el Registro Civil, objeto de estas Advertencias, consistía en la solicitud de inscripción de parejas del mismo sexo que adquirieron o constituyeron su matrimonio en el exterior, no en la celebración de sus matrimonios en la República de Panamá; aunado a que el Registro Público no tenía que utilizar y/o aplicar el artículo 26 del Código de la Familia para decidir la solicitud, y tampoco lo tendría que aplicar para decidir cualquier trámite similar, al existir otros preceptos normativos de Derecho Interno que le sirven de sustento. Con

2139

lo que el remedio judicial empleado por los promotores nació ineficaz, para los propósitos declarativos que se aspiran.

A fin de cuentas, sometido a esta Corporación el escrutinio y control correspondiente de la constitucionalidad de frases contenidas en los artículos 26 y 34, numeral 1, del Código de la Familia y del canon 35 de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2014, que subroga la Ley N° 7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, será esta tarea de carácter objetivo la que abordará esta Sede de Justicia Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, constitucionales y legales, **como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución**, previniendo que, sus resultados, por lo tanto, tendrán eficacia general (para todas las personas), y, no en particular, para las causas administrativas dentro de las cuales, equivocadamente, fueron planteadas las Advertencias de Inconstitucionalidad que, al día de hoy, se sustancian bajo una misma cuerda procesal.

De modo que, esta Máxima Autoridad Constitucional, se ceñirá a examinar si las disposiciones señaladas, se ajustan o no al texto prescriptivo de la Carta Magna panameña, sin pasar por alto el obligado control de convencionalidad, visto que está involucrado un tema de derechos humanos.

5.2 LA CUESTIÓN ADVERTIDA DE INCONSTITUCIONAL.

Los censores son de la postura que, las normas que han prevenido de inconstitucionales, atentan contra la declaración que hace Panamá en cuanto a que acata las normas de Derecho Internacional, quebrantan el principio de igualdad ante la Ley de todo individuo (sin distinciones), e

2140

incurren en discriminación arbitraria por la orientación sexual, impidiéndoles el ejercicio de los derechos indispensables para constituirse en el fundamento de la familia y en núcleo social, excluyéndoles de acogerse a los beneficios que surgen del instituto matrimonial.



No obstante, al cabo, y al fin, lo que reclaman como anticonstitucional, y violatorio de derechos humanos, es que, el Código de la Familia, y, el Código de Derecho Internacional Privado, proscriben que, personas del mismo sexo, contraigan matrimonio entre sí, en ruptura del derecho a la igualdad ante la Ley y en contravención de la prohibición de discriminación, en perjuicio de las personas, por su preferencia sexual.

5.3 DECISIÓN DEL PLENO.

Esta Sala Plena atenderá los cargos de violación invocados, proveyendo una respuesta cabal y sistemática al asunto, sostenida en el Principio de Unidad Constitucional, previsto en el artículo 2566 del Código Judicial, y, en una interpretación conforme a la Constitución, considerándola como un todo, lo que, indefectiblemente, conducirá, además, al examen de la Carta Internacional de los Derechos Humanos (conformada, como es sabido, por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la Declaración Universal de Derechos Humanos), y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, con entrada en vigor a partir del 18 de julio de 1978 (en Panamá es la Ley N°15 de 28 de octubre de 1977, promulgada en la Gaceta Oficial N°18468 de 30 de noviembre de 1977).

Para los efectos, tomará en consideración, como cimiento, las proposiciones que, a renglón seguido serán expuestas, lo que, además,

2141

se hará sin dejar de lado, claro está, los valores relativos a la exaltación de la dignidad humana, la promoción de la justicia social y el bienestar general que, entre otros, inspiran a la Constitución Política de la República de Panamá.

Así, se partirá de que:

- El ordenamiento constitucional panameño, no reconoce un derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Y, se verá que, tampoco es posible concluir que se da por integración convencional.
- Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de los que es suscriptora la República de Panamá, consagran el matrimonio entre hombre y mujer, como institución base de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad.
- Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Panamá, no incluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho humano universal e inalienable.
- La ausencia de regulación de una institución denominada matrimonio igualitario (entre personas del mismo sexo), como una forma de variar el estado civil, no supone la transgresión del derecho a la igualdad, y, su contrapartida, el derecho a la no discriminación.

El tratamiento de estos enunciados, necesariamente, implica la consideración, de los derechos humanos, de la temática del control de convencionalidad y el Derecho de los Tratados, de los derechos fundamentales del matrimonio como fundamento jurídico de la familia y su andamiaje normativo, esto es, la carcasa establecida por el legislador ordinario (por virtud de la reserva de Ley que la propia Constitución le ha conferido a través de su artículo 56), en preservación y tutela del binomio representado en la configuración «familia/matrimonio».



2142

5.3.1 La cuestión vista desde la óptica convencional. ¿Qué significa que Panamá acata las normas del Derecho Internacional?

El tópico encerrado en esta interrogante deviene relevante, a raíz de las aseveraciones de los propulsores constitucionales y de aquellos que favorecen su postura³, considerando que hay transgresión del artículo 4 constitucional, por inobservancia del imperativo en él contenido, en específico, por razón de la desatención de lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo asentado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, específicamente en los cánones 24 y 7, respectivamente, en lo que hace a la igualdad ante la Ley.

Buena parte de su incomodidad tiene su génesis en el hecho de que, en la vía administrativa, se les impidió la inscripción de sus «matrimonios civiles», que fueron concertados (por dos parejas de personas de sexo masculino), bajo las Leyes del Reino Unido y del Estado de Illinois, de los Estados Unidos de América, con lo cual, a su parecer, se les está dispensando un trato desigual y discriminatorio, violatorio de derechos humanos; sin embargo, el que Panamá declare en su Constitución Política que *acata las normas del Derecho Internacional*, lisa y llanamente, lo que comporta es que sus autoridades públicas están obligadas a someterse a aquellos Convenios Internacionales que hayan sido ratificados y adoptados por el Estado en ejercicio pleno de su soberanía. Lo dicho, va directamente acorde con lo preceptuado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo 1969 (aprobada por nuestro país mediante la Ley N°17 de 31 de octubre de 1979,

³ Quienes son conscientes de que el Texto de la Carta Política no ampara el «matrimonio igualitario»; por esta razón, fundamentan sus aspiraciones en los Convenios Internacionales, y, específicamente, en la teoría del control de convencionalidad.

2143

promulgada por medio de la Gaceta Oficial N°19106 de 7 de julio de 1980), en el sentido de que, «Todo tratado en vigor obliga a las partes y **debe ser cumplido por ellas de buena fe**» (principio *pacta sunt servanda*).



De manera que, nuestra República, y, naturalmente, sus poderes públicos, están compelidos a atenerse al cumplimiento de los Tratados de Derechos Humanos de los que es Parte, que, por demás, están incorporados a su derecho interno, y son referente, imprescindible, a la hora de aplicar los mecanismos de protección de derechos humanos, en condiciones que la Carta Constitucional, expresamente advierte, en su canon 17 (a raíz del Acto Legislativo N°1 de 27 de julio de 2004), que los derechos y garantías que consagra deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, valores que son clave en la estructura y consolidación de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Debe tenerse claro entonces que, la República de Panamá, estará atada a la observancia de lo que se dispone, en concreto, en los Tratados que haya suscrito y ratificado, en el marco de los Sistemas Universal y Regional de Protección de los Derechos Humanos, con tal de que, las circunstancias que rodearon el momento en que externó su voluntad, de forma libre, facultativa y en *bona fide*, se mantengan incólumes. No en vano, las Convenciones Internacionales comprenden la posibilidad de formular reservas, propuestas de enmienda, protocolos adicionales, o denuncias.

Así, verbigracia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 31, prevé la alternativa de inclusión,

2144

«**progresiva**», en su régimen de protección, de otros derechos y libertades, que sean reconocidos, pero, siempre, previa implementación de los procedimientos establecidos en las cláusulas 76 y 77, es decir, por medio de enmiendas o protocolos adicionales, que, como el pacto original, requerirán de la ratificación de rigor, con preservación del derecho de los Estados a elevar reservas.



De suerte que, de ninguna manera, un Estado debería ser sorprendido en su buena fe y autodeterminación, por la atribución del carácter de derecho humano universalmente proclamado, a derechos que no han sido añadidos en el Acuerdo Internacional refrendado y ratificado, recurriéndose a interpretaciones extensivas que dan lugar, de facto, y con desconocimiento de los dispositivos legales, a una mutación convencional que, irremediablemente, sería contraria a la regla general de hermenéutica fijada por la Convención de Viena de 1969, que se basa en la buena fe, en el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, y en el objeto y fin de este (artículo 31).

Se tiene, en consecuencia, que con la homologación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, la República de Panamá, a lo que se comprometió fue, a no impedir el ejercicio de los derechos articulados en esos tratados, a tomar medidas que, positivamente, faciliten y garanticen su disfrute (en pie de igualdad y sin discriminaciones) y su tutela, y a restaurar tales derechos en el supuesto de que se produzca su infracción.

De modo que, en este marco, el control de convencionalidad, construcción teórica ideológica cuyo contenido y alcance ha ido

2145

moldeando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, como guía para los Estados, se plantea en el derecho interno como un baremo al que deben atender todas las autoridades públicas (no solo las judiciales), para ponderar si sus actuaciones e interpretaciones armonizan con los compromisos internacionales adquiridos por el Estado, en materia de Derechos Humanos.



En este sentido, el control de convencionalidad (difuso o interno en este caso), se perfila como una herramienta idónea, para que cada autoridad nacional ejerza el papel de vigía del fiel cumplimiento de las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado, en materia de Derechos Humanos, teniendo como norte el respeto, garantía y tutela de los derechos reconocidos en el Convenio de que se trate, en el territorio.

Explican Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábago en su ensayo «El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos», publicado en las páginas que van de la 127 a la 160 de la Revista IIDH, número 64, del año 2016, editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en cita del jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que:

«El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese *corpus iuris interamericano*» (p.131).

Y, seguidamente, precisan que:

«Dicho control implica reconocer la relevancia y la pertinencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico».

2146

La doctrina del control de convencionalidad tiene su antecedente temprano en los casos *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (Sentencia de 25 de noviembre de 2003) y *Tibi vs Ecuador* (Sentencia de 7 de septiembre de 2004), por vía de los votos concurrentes emitidos por el Juez Sergio García Ramírez.



Luego, el concepto «control de convencionalidad» es acuñado con ese nombre en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 26 de septiembre de 2006). En esa oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reflexionó sobre el ejercicio de «una especie de control de convencionalidad» (en diseño de su contenido), de esta forma:

«124. 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 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. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (el resaltado es del Pleno).

En términos muy sencillos, la teoría expansiva del control de convencionalidad, lo que busca es elevar el canon de protección de los derechos fundamentales en el continente (para potenciar los derechos humanos y lograr el máximo estándar de eficacia y tutela posible), y compeler a los Estados a asumir las obligaciones contenidas en los

2147

artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, en específico, aquella que hace a la expedición de normas que favorezcan estos derechos y la supresión de políticas que impidan su efectividad y pleno disfrute en sede nacional.



En este orden de ideas, es oportuno destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su Sentencia de 24 de noviembre de 2006, proferida en el negocio *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú*, añadió a la noción de control de convencionalidad (en su vertiente difusa o interna), un elemento identificador para resaltar que ese control de convencionalidad debe ser adelantado oficiosamente por el Poder Judicial, confrontando las normas de su derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre **«en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»**⁴. En este fallo, ya no se hace referencia a una «especie de control de convencionalidad»; a partir de este, ya que se alude, en propiedad, al deber de ejercer un «control de convencionalidad».

⁴ En el párrafo 128 de esta Sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó:

«128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, **los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**» (el resaltado es del Pleno).

En otras decisiones de la Corte puede ser consultado este criterio: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 180; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 339; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 219; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 151.

2148

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, en desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, que el Poder Judicial está obligado a realizar, para el caso concreto, un análisis en el que se considere, tanto la constitucionalidad de las normas, como su conformidad convencional.⁵



También ha especificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone un determinado modelo para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad, con lo cual no tendrá influencia en su aplicación el sistema que cada país haya adoptado para ejercer dichos controles⁶.

⁵ Véase el caso *Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párrafos 77 y 78 que, a la letra informan:

«77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que [:] el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

⁶ Véase el párrafo 124 de la Sentencia de 30 de enero de 2014, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, que se transcribe para inmediata referencia:

«124. Finalmente, en relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención

2149

En el caso del reclamado «derecho al matrimonio», con el objeto de que, su reconocimiento, sea extendido a las uniones convivenciales que involucren a parejas integradas por personas del mismo sexo, al hacer el correspondiente control de convencionalidad, nos encontramos con que los textos convencionales (vinculantes para Panamá), no han concebido este derecho (al matrimonio) para esos propósitos (valga anticipar que nuestra Constitución Política, tampoco lo hace), sino que, **incorporan la regulación clásica o tradicional del matrimonio**, aun cuando, en la realidad, por la evolución de los tiempos, ese concepto haya sufrido modificaciones (como también las ha experimentado la noción acostumbrada de familia), con una gran entidad práctica (lo que es innegable), como resultado del derecho que tiene todo ser humano a, libremente, elegir, decidir y realizar el proyecto de vida personal que prefiera, en autodeterminación, lo que es inmanente a la especie humana (parte de su dignidad), y, consecuentemente, merece total respeto y reconocimiento.

Lo cierto es que, en su estado actual de evolución, **el derecho supranacional** (sea que echemos un vistazo al global o al interamericano, o consultemos otras de sus fuentes, representadas en el *ius cogens*⁷, o alguna norma consuetudinaria o principio general de derecho), **no desarrolla, propiamente, un derecho humano al matrimonio de parejas del mismo sexo, que sea esencialmente universal, inalienable e irreversible**; si se busca, no se encontrará un

Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles».

⁷ Normas de derecho imperativo que rigen a la Comunidad Internacional.

2150

convenio vinculante que regule el derecho al matrimonio desde ese enfoque.

Los advirtientes han invocado a favor de sus pretensiones constitucionales (con las cuales persiguen obtener el reconocimiento del matrimonio igualitario en Panamá, por vía jurisprudencial, a través de lo que consideran sería una interpretación conforme aplicada dentro del control de convencionalidad que ejerce la Corte en funciones de intérprete único y final de la Constitución, a los efectos de guardar su integralidad), la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica (que contó con el voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi), en la que se trataron temas relativos a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, en torno a las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1, todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Sobre el particular, en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 (requerida por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay), estableció que los Estados, al realizar el correspondiente control de convencionalidad, también deben tomar en cuenta, como parámetro, las Opiniones Consultivas que ella emite en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, «la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de

2151

derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"⁸.



Sin embargo, en el caso bajo estudio, el Pleno no puede obviar que la mencionada Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, no puede ser la referencia para imponerle a nuestro país, sin que se lesione su soberanía, y fuera de la hermenéutica convencional (o la de carácter constitucional), la obligación de construir una interpretación disociada de los preceptos que están contenidos en los Tratados de Derechos Humanos de los que es parte, para prolongar los efectos del derecho al matrimonio existente, y que ha sido desarrollado en esos textos supranacionales teniendo en cuenta la relación entre un hombre y

⁸ En el párrafo 31 de la Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, la Corte Interamericana se expresó en los términos siguientes:

«31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo²¹, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél²². **Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad²³, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"**²⁴. ...» (el resaltado es del Pleno).

²¹ Cfr. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

²² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 197.

²³ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, supra, párr. 124, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra, párr. 124.

²⁴ El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29, y Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 15». **(estas notas a pie de página son del texto del párrafo 31, aquí citado).**

una mujer, como institución forjada como soporte jurídico de la familia, concebida como elemento natural y fundamental de la sociedad.

Lo anterior es así debido al sistema concentrado de juzgamiento constitucional que impera en nuestro país, diferenciado en esencia respecto al sistema de países que han adoptado el control difuso de constitucionalidad. Y es que, al obligarse en nuestro ordenamiento jurídico a la expulsión, para siempre, de la norma declarada inconstitucional, no le es posible al Órgano Judicial suplir o "llenar", de alguna forma, el vacío creado. Con ello lo que quiere decirse, es que no puede tomarse el Principio de Convencionalidad como herramienta para soslayar, ignorar o abandonar el Derecho Interno⁹.

Tanto en la Carta Internacional de los Derechos Humanos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comprobaremos que, el derecho al matrimonio y a establecer una familia a partir de él, van de la mano, son reconocidos de manera indisoluble, y en tándem (simultáneamente), para parejas constituidas por personas del sexo masculino y femenino¹⁰, **tomándose el vocablo matrimonio en el sentido corriente que tenía en los años 1948, 1966 o 1969, cuando surgieron estos instrumentos.**

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 predica, en su artículo 16, respecto del matrimonio que:

«1. **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. (el resaltado es del Pleno)

⁹ Véase caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú* (2006).

¹⁰ Si la intención primigenia hubiera sido incluir en la noción de matrimonio a las parejas del mismo sexo, en el contexto de la Declaración Universal, o de los Tratados, lo pertinente hubiera sido que se aludiera (como se hace respecto de otros derechos), a «toda persona o a todo individuo».

2153

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».



Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976 (en Panamá la Ley N°14 de 28 de octubre de 1976 promulgada mediante la Gaceta Oficial N°18373 de 8 de julio de 1977), pregona, en su canon 23, en términos prácticamente idénticos, que:

«1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (el resaltado es del Pleno)

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976 (en Panamá la Ley N°13 de 27 de octubre de 1976, publicada en la Gaceta Oficial N°18336 de 18 de mayo de 1977), en proclamación del derecho a la más amplia salvaguarda y asistencia a la familia, especialmente para su constitución, toma en consideración el derecho a contraer matrimonio libremente, a través de la siguiente formulación:

«Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

2154

1. **Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución** y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges». (el resaltado es del Pleno)



Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asimismo, promueve la guarda, a dúo, de la familia y el matrimonio, estatuyendo:

«Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. **Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.** (el resaltado es del Pleno)

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

Como puede advertirse, los cuatro (4) instrumentos internacionales conciben el matrimonio como la unión consensual entre un hombre y una mujer, quienes son los potencialmente capaces de reproducirse¹¹ y alcanzar la finalidad, de interés general (y también de orden público), de

¹¹ Aunque resulte en la práctica que, por causas biológicas, o por decisión deliberada, o por cualquier otro motivo, terminen desarrollando un proyecto de vida sin hijos.

2155

formar una familia, en pro de la perpetuación de la raza humana y, por ende, en garantía de la estabilidad de la sociedad.

Frente a esa concepción no hay cabida para interpretaciones evolutivas o extensivas (so pretexto de suprimir presuntas transgresiones al principio de no discriminación establecido en el Pacto de San José), para atribuir ese derecho a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, así sea que se justifiquen en la dinámica de los tiempos o el surgimiento de nuevos valores o concepciones.

Y es que, reitera el Pleno, **cualquier modificación o integración progresiva de nuevos derechos y libertades en un tratado, debe materializarse con la anuencia de los Estados Partes y con utilización de los mecanismos dispuestos para ello, todo en beneficio de la seguridad jurídica, lo que no implica el desconocimiento de la dignidad humana de ningún grupo de personas y de que, en definitiva, todas y todos tenemos el derecho a desarrollar el proyecto de vida que escojamos, sin ser discriminados, censurados o vilipendiados.**

De manera que, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha sido atendido (y que es el que incumbe a Panamá), no podría estimarse que hay un trato desigual, mucho menos discriminatorio, como quiera que, **el estatus del matrimonio (como derecho humano proclamado)**, es diferente a cualquier otra figura que pretenda asemejarsele (entre ellas, la unión homosexual instaurada en función de llevar una vida en común).

2156

En este escenario, no puede hablarse de la real existencia de una exclusión, distinción, restricción o preferencia (por parte del Código de la Familia [artículos 26 y 34, numeral 1] o el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá [canon 35]), especialmente implantada por razones de orientación sexual, dirigida a suprimir, mermar o socavar el reconocimiento, disfrute o realización de derechos o libertades, en las mismas condiciones, tocantes a todos los seres humanos, **si los propios instrumentos internacionales no recogen en su catálogo un «derecho al matrimonio igualitario»**, sino que circunscriben el «derecho al matrimonio» para referirse al enlace entre un hombre y una mujer, dentro del ámbito de protección jurídica de la familia como célula base de la sociedad.



Lo que, es más, según el estado de cosas actual, no hay obligación, para Estado alguno de la Comunidad Internacional, de reconocer y acoger el matrimonio de personas del mismo sexo (no hay una Convención, sea universal o regional, específica).

El Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en su Sentencia de 24 de junio de 2010, proferida dentro de la causa *Schalk & Kopf vs Austria*¹², supeditó esta materia a lo que llamó, el «margen de apreciación» de cada Estado nacional, llegando a determinar que, la nación demandada, dentro de ese margen de apreciación, ya había cumplido con la obligación de dar un trato similar a circunstancias de hecho y de derecho equiparables, habida cuenta que, en 2010, aprobó el *Registered Partnership Act*, Ley que habilita a las

¹² Promovida por una pareja homosexual a la que las autoridades austriacas no les permitieron contraer matrimonio, bajo el argumento de que el matrimonio en Austria (en la época de la reclamación), no estaba previsto en la legislación.

personas del mismo sexo a entablar «uniones civiles» virtualmente comparables al «matrimonio».

De modo que, **cada país, desde su soberanía, institucionalidad y estructura jurídica, podrá ajustar o modificar su legislación (sea la constitucional, sea la de menor jerarquía), para cobijar la modalidad que les resulte más apta para regir las uniones entre individuos de igual sexo, y, en consecuencia, la serie de derechos, deberes y obligaciones que de ellas puedan derivarse.** Así, a esta altura, en varios confines de la tierra el «matrimonio igualitario» o «uniones del mismo sexo», se han revestido de legalidad en varias naciones¹³, lo que, sin embargo, todavía no es representativo del colectivo mundial, como para atribuirle la universalidad, inalienabilidad e irreversibilidad, propia de los derechos humanos en la esfera de los Tratados Internacionales.

El reconocimiento de los derechos humanos es un proceso que está muy lejos de terminar; y se trata de un proceso en el que, el consenso, a lo interno de cada Estado, juega un papel protagónico, por ser en el proceso constitucional esencial, la cultura e idiosincrasia de cada pueblo. Cuánta razón tenía el profesor Norberto Bobbio cuando sostuvo, en el capítulo IV «Presente y porvenir de los derechos humanos» de su obra «El tiempo de los derechos»:

«La libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal a perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser sino un deber. En cuanto teorías filosóficas, las primeras afirmaciones de los derechos humanos

¹³ En lo que hace a América Latina y el Caribe, pueden ser mencionados, Argentina, Brasil, México (pero, solo en algunas de sus entidades federativas), Puerto Rico, Uruguay, Colombia, Ecuador, Costa Rica, Chile y, más recientemente, Cuba. En este último país, en septiembre de 2022, se aprobó por referéndum el Proyecto de Nuevo Código de las Familias, que, entre otros aspectos, legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo (este estatuto, en ciernes, fue sancionado por el presidente el 26 de septiembre y promulgado en Gaceta Oficial al día siguiente, con vigencia inmediata).

2158

son pura y simplemente la expresión de un pensamiento individual: **son universales respecto al contenido en cuanto que se dirigen a un hombre racional fuera del espacio y del tiempo, pero son extremadamente limitadas respecto a su eficacia, en cuanto que son, en la mejor de las hipótesis, propuestas para un legislador futuro»**



Y, a continuación, reflexiona:

En el momento en que estas teorías son acogidas por vez primera por un legislador —y eso ocurre con las Declaraciones de derechos de los Estados americanos y de la Revolución Francesa (un siglo más tarde)— y puestas en la base de una nueva concepción del Estado, que ya no es absoluto sino limitado, que ya no es fin en sí mismo sino medio para la consecución de fines que están establecidos antes y fuera de su propia existencia, **la afirmación de los derechos humanos ya no es la expresión de una noble exigencia, sino el punto de partida para la institución de un verdadero sistema de derechos en el sentido estricto de la palabra**, esto es, **como derechos positivos o efectivos. El segundo momento de la historia de las Declaraciones de derechos humanos consiste, pues, en el paso de la teoría a la práctica, del derecho solamente pensado al derecho realizado. En este paso la afirmación de los derechos humanos gana concreción, pero pierde universalidad. Los derechos quedan protegidos de ahora en adelante, es decir, son verdaderos derechos positivos, pero valen sólo en el ámbito del Estado que los reconoce.** Aun cuando se mantenga en las fórmulas solemnes la distinción entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano, ya no son derechos del hombre, sino del ciudadano, o, por lo menos, son derechos del hombre sólo en cuanto son derechos del ciudadano de este o aquel Estado concreto.

Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre» [el resaltado es del Pleno]. (BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema, Fundación Sistema, Madrid, 1991, pp. 67 y 68).

2159

5.3.2 La cuestión vista desde la óptica constitucional.

Hasta aquí, se ha examinado el derecho al matrimonio, desde una visión internacional, restringida al concepto de derechos humanos, visto desde el prisma de su validez universal (un atributo de la substancia de los derechos humanos), y a la luz del control de convencionalidad.



Realizado tal ejercicio, a este punto, nada posibilita concluir que «el derecho al matrimonio igualitario» está incorporado a nuestro ordenamiento constitucional, por la ruta convencional, por gracia de la declaración voluntaria de Panamá, en cuanto a que acata las normas del Derecho Internacional.

El caso es que, la Constitución Política de la República de Panamá, de ninguna manera reconoce el «derecho fundamental al matrimonio igualitario».

Por lo tanto, el que la legislación concerniente a la materia exprese que el «matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común» (artículo 26 del Código de la Familia), diga expresamente que «no pueden contraer matrimonio entre sí, las personas del mismo sexo» (canon 34 del Código de la Familia), y que «se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo» (precepto 35 del Código de Derecho Internacional Privado), no contraría el Estatuto Fundamental. Estas disposiciones, meramente lo que hacen es guardar coherencia con el régimen constitucional familiar panameño¹⁴ en el que:

- a. El Estado, tiene la obligación de proteger «al matrimonio, la maternidad y la familia»;

¹⁴ Para los propósitos de esta Sentencia, préstese especial atención al contenido de los artículos 56, 57 y 58 de la Constitución Política.

2160

b. **Se reserva a la Ley, la determinación de lo relativo al estado civil**¹⁵;

c. **Se define al matrimonio como «el fundamento legal de la familia»**, haciéndolo descansar en la igualdad de derechos de los cónyuges, permitiendo su disolución, solo de acuerdo con la Ley.

d. Se promueve la legalización de las uniones de hecho, **«entre personas de distinto sexo legalmente capacitadas para contraer matrimonio»**, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, estatuyendo que **«surtirá todos los efectos del matrimonio civil»**¹⁶.



Lo dicho, conduce al planteamiento siguiente: La Constitución Política de la República de Panamá, no reconoce el «derecho al matrimonio igualitario», primordialmente, porque el «derecho al matrimonio», y, por ende, la institución matrimonial, como están concebidos (dentro del marco normativo de protección y preservación de la familia), se erigen en un valor constitucional objetivo, superior, de orden público y de interés general (social), establecido para dirigir la vida en sociedad.

La regulación jurídica del matrimonio, como está actualmente definida a nivel constitucional y legal, es la unión estable entre un hombre y una mujer, es el fundamento legal de la familia¹⁷, y responde a un

¹⁵ Valga decir que, el estado civil, al final del día, es una elaboración hecha por el hombre (no es que una persona nace soltera, casada o viuda, separada o divorciada).

¹⁶ El derecho fundamental contenido en el artículo 58 de la Constitución al equiparar la **unión de hecho entre personas de distinto sexo (en condiciones de estabilidad y singularidad por cinco (5) años consecutivos)**, al matrimonio civil, implícitamente está estableciendo que el matrimonio que cuenta como fundamento legal de la familia, es el sexualmente heterogéneo.

¹⁷ Aquella que es considerada, en términos tradicionales, como la célula base de la sociedad.

Entiende el Pleno que una familia no solo se puede construir o constituir, materialmente, mediante el matrimonio; de allí que, todos los matrimonios forjan una familia, pero no todas las familias se constituyen mediante el matrimonio.

2161

asunto de bienestar común¹⁸, y no de igualdad ante la Ley, o, en contrapartida, de discriminación deliberada, sustentada en la orientación sexual o en la elección de una persona que decide mantener un vínculo duradero y monogámico con alguien de su propio sexo y que, además, espera que los efectos de esa relación se extiendan, más allá de su vida privada y familiar, para tener efectos *erga omnes*, frente a todas las personas.



Se sabe que, en nuestra Constitución Política, el principio de no discriminación está recogido en el artículo 19 que establece que «no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas». Con todo, este principio de no discriminación (concordante con el de igualdad ante la Ley, previsto en el canon 20 constitucional), no puede ser ponderado en abstracto, sino que debe serlo asociándolo con un derecho concreto (llevando a cabo una interpretación armónica del texto constitucional, dentro de la unidad sistemática del Estatuto Fundamental), y determinando si se hace presente alguna categoría de las identificadas como sospechosas, para evaluar si se ha incurrido, en tratar de manera diferente a una persona, respecto de otra, pese a encontrarse en circunstancias idénticas.

En el caso bajo estudio, la diferenciación que se hace en torno al matrimonio y la unión homosexual permanente, no es caprichosa, sino que se revela objetiva y razonable, lejos de ser arbitraria. La unión entre personas del mismo sexo y el matrimonio de

¹⁸ Bienestar común que está basado en la complementariedad sexual, que solo puede ocurrir entre un hombre y una mujer, y que hace posible la reproducción y, por ende, el surgimiento de la paternidad y la maternidad y el entorno propicio (ideal) para educar hijos.

2162

hombre y mujer, no puede negarse, son dispares, y esta condición respalda que la posición del ordenamiento legal sea diferente.

Es de resaltar, además, que tampoco es una diferenciación de autoría de esta Corporación de Justicia ya que, inclusive, al más alto nivel, el constitucionalista panameño han hecho esfuerzos en brindar claridad al respecto. Basta con echar un vistazo al Acto Legislativo N°1 de 27 de julio de 2004, en el que la Asamblea Legislativa reformó la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, que fue reformada a su vez por los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos N° 1 de 1993 y N° 2 de 1994. Dicho Acto Legislativo, en su artículo 12, estableció la unión de hecho «entre personas de distinto sexo legalmente capacitadas para contraer matrimonio», derogando la norma fundamental previa, que de manera abierta protegía el instituto y lo posibilitaba para «personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio».

La doctora argentina Graciela Medina, a quien, en su libro «Uniones de Hecho Homosexuales», el prologuista Horacio Roitman describe como «... la especialista mejor formada en nuestro país en derecho de los homosexuales», siendo el Derecho de Familia «la materia de su predilección», explica en este trabajo de academia que «el principio constitucional y supranacional de la igualdad debe ser realizado a la luz de los principios del Derecho de Familia, en el que, «el principio de igualdad a ultranza se aplica en orden a la filiación», igualdad esta que, «en cambio, no existe... en la protección de las diferentes uniones convivenciales».

2/16/23

Precisa esta doctrinaria que «... la unión matrimonial heterosexual es un valor positivo, mientras que la unión homosexual es un valor neutro; una manifestación indiferente de la pareja que decide cohabitar según sus preferencias sexuales, pero que no puede pretender ni celebrar el acto de matrimonio ni tampoco acceder al estado matrimonial que es un estado protegido por el Derecho». Y añade que, **«en el caso de las uniones homosexuales no existe una trascendencia social ni antropológica o socializadora, que es la esencia del matrimonio y que justifica una mayor protección»**. Concluye así que «El Estado puede priorizar una unión sobre otra, teniendo en cuenta el valor que le asigna. Así, **la preferencia del Estado por la unión matrimonial sobre la unión homosexual tiene fundamentos razonables que la justifican jurídicamente e impiden que la distinción sea calificada de discriminatoria**» (el énfasis es del Pleno).



A propósito del principio de igualdad (y su reverso, la discriminación), la Corte ha apuntalado que:

«... la recta interpretación del principio de igualdad ante la Ley, conduce a que esta, al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, es decir, de justicia distributiva».

Y también que:

«... en la doctrina de la Corte se ha explicado sobre el artículo 20 de la Constitución Política, como se expone a renglón seguido:

«...instituye el principio de igualdad ante la ley, y ha dicho, en reiteradas ocasiones, que **su recto entendimiento ha de ser el tratar a lo igual como igual y a lo desigual, de manera diversa, siempre que la diferenciación responda a cánones de razonabilidad y racionalidad**. También ha ligado el aludido principio a la interdicción de la entronización de privilegios (artículo 19 constitucional), por razón de la reglamentación, por ley, de aquellas materias que entran en la

2164

potestad legislativa de la Asamblea Legislativa. Con respecto al último de los artículos citados ha dicho este Pleno que **es, como el reverso, del principio de igualdad ante la ley, y lo que el artículo 19 coloca en interdicción son los tratos diferenciados por razones personales y atribuidos a razones de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas de manera exclusiva...** De otro lado, ha señalado, también este Pleno, que **la igualdad ante la ley, con el significado antes indicado, lleva ínsito el principio de proporcionalidad de las medidas diferenciadoras y, por ello, el principio de la interdicción a la excesividad...**¹⁹ (el resaltado es del Pleno).



En conclusión; las normas que disponen que el matrimonio debe concertarse voluntariamente entre un hombre y una mujer, legalmente capaces para unirse, y hacer, y compartir, una vida en común, y las que, de manera concomitante, prohíben que contraigan matrimonio, entre sí, personas del mismo sexo (artículo 34, numeral 1 del Código de la Familia y 35 del Código de Derecho Internacional Privado), están objetiva y razonablemente justificadas en el interés general de dar prevalencia a aquellas uniones con el potencial de instaurar familias (en su concepción original), dar continuidad a la especie humana, y, por ende, a la sociedad; la diferencia de trato (que no discriminación en el sentido peyorativo de la palabra), viene sustentada en la finalidad inmanente del instituto matrimonial clásico²⁰, y no en las propensiones sexuales de las personas a quienes se les reconoce (o no), el «derecho al matrimonio».

Hay una realidad; hasta ahora, el derecho al matrimonio igualitario no pasa de ser una aspiración, que, aunque legítima para los grupos implicados, no tiene categoría de derecho humano y tampoco de derecho fundamental, siendo que carece de un reconocimiento convencional y constitucional, por el cual, al menos, se dibujen los contornos generales

¹⁹ Consúltese la Sentencia de cinco (5) de octubre de dos mil dieciocho (2018), del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, pronunciada en el Expediente N°1250-16.

²⁰ Instrumentalizar a la institución nuclear de la sociedad: la familia.

2165

de la institución, aun cuando quede asignada a la Ley la definición de sus contenidos y alcances jurídicos, en cuanto al sílabo de derechos, deberes y obligaciones de los convivientes del mismo sexo que deseen formalizar su unión de modo que, de esta, además, se deriven efectos, ya no solo dentro del ámbito privado familiar, sino frente a terceros y el Estado mismo.



Algo debe quedar claro; esta Alta Corporación de Justicia, como guardiana e intérprete última de la Constitución no tiene facultad para decretar o proclamar derechos fundamentales que no estén positivizados, e incidir en la eficacia y vigencia del contenido normativo del Texto Constitucional, por más cambios que se sucedan en la realidad, aun cuando estos tengan la entidad suficiente para producir una mutación constitucional. Sin duda, aquí, la potestad interpretativa de la Corte encuentra su límite, un umbral que no puede ser atravesado sin que se trastoquen las bases de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

No es acertado pretender que, por vía de un análisis de constitucionalidad, se cree un nuevo derecho fundamental, en una suerte de variación constitucional que, a la postre, no será legítima, al no provenir del poder constituyente reconocido. Tampoco, es adecuado, utilizar el conducto constitucional para forzar que se legisle sobre una determinada situación (en este caso una posible innovación en las modalidades del estado civil, de ser viable), en función de una inconstitucionalidad por omisión que, ostensiblemente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Una transformación tan drástica y tan profunda, en el orden público familiar de la sociedad panameña, bajo ningún concepto, puede darse por

intermedio de la labor jurisprudencial, en reemplazo de la legislativa, o, peor aún, de la constituyente; lo contrario, entrañaría una patente usurpación de funciones.



PARTE RESOLUTIVA

Por todo lo antes expuesto, **EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES:**

- La frase «**entre un hombre y una mujer**», contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá.
- La expresión «**las personas del mismo sexo**», incluida en el precepto 34, numeral 1, también del Código de la Familia de la República de Panamá.
- La disposición 35 de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley N°7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, cuyo texto es el que sigue: «**Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo**».

Fundamento de Derecho: Artículos 4, 17, 19, 20, 56, 57, 58 y 206 de la Constitución Política.

Artículos citados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N°14 de 28 de octubre de 1976), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N°13 de 27 de octubre de 1976), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N°15 de 28 de octubre de 1977) y de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (Ley N°17 de 31 de octubre de 1979).

Artículo 2566 del Código Judicial.

Notifíquese, Comuníquese y Publíquese,



[Signature]
MGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS

[Signature]
MGDA. ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
CON SALVAMENTO DE VOTO

[Signature]
MGDO. CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES

[Signature]
MGDO. OLMEDO ARROCHA OSORIO
CON VOTO RAZONADO

[Signature]
MGDO. CECILIO CEDALISE RIQUELME

[Signature]
MGDA. MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA

[Signature]
MGDA. MIRIAM CHENG ROSAS

[Signature]
MGDA. MARIBEL CORNEJO BATISTA

[Signature]
MGDA. ARIADNE MARIBEL GARCÍA ANGULO

**LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL**

Panamá N° de MARZO de 20 2023

[Signature]
LCDA. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

[Signature]
**Secretaria General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los uno (1) días del mes de marzo
de 20 23 a las 2:00 de la tarde
Notifico al Procurador de la Resolución anterior.

[Signature]
Firma del Notificado

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los 01 días del mes de marzo
de 20 23 a las 3:34 de la tarde
Notifico al Procurador de la Resolución anterior.

[Signature]
Firma del Notificado

PONENTE: MAGDA. MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS ENTRADA: 1042-16

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA FIRMA FORENSE MORGAN & MORGAN, APODERADA JUDICIAL DE ENRIQUE RAÚL JELENSKY CARVAJAL Y ÁLVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY, PARA QUE SE DECLARE QUE SON INCONSTITUCIONALES LAS FRASES "ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER" DEL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA, "LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO" DEL ARTÍCULO 34, NUMERAL 1 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA Y "SE PROHÍBE EL MATRIMONIO ENTRE INDIVIDUOS DEL MISMO SEXO" DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY N°61 DE 7 DE OCTUBRE DE 2015, QUE SUBROGA LA LEY N°7 DE 8 DE MAYO DE 2014, QUE ADOPTA EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA MAGISTRADA ANGELA RUSSO DE CEDEÑO

Respetuosamente, debo manifestar que disiento de la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados que integran el Pleno de esta Corporación de Justicia, en la advertencia de inconstitucionalidad incoada por la firma forense Morgan & Morgan, apoderada judicial de Enrique Raúl Jelensky Carvajal y Álvaro José López Levy, que DECLARA QUE NO SON INCONSTITUCIONALES las frases "entre un hombre y una mujer" del artículo 26 del Código de la Familia; "las personas del mismo sexo" del artículo 34, numeral 1 del Código de la Familia y "Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo" del artículo 35 de la Ley N°61 de 7 de octubre de 2015, que subroga la Ley N°7 de 8 de mayo de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá.

Observo, que el análisis efectuado fue sustentado en los siguientes aspectos medulares que me permito citar:

- "El ordenamiento constitucional panameño, no reconoce un derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo. Y, se verá que, tampoco es posible concluir que se da por integración convencional.
- Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de los que es suscriptora la República de Panamá, consagran el matrimonio entre hombre y mujer, como institución base de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad.
- Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Panamá, no incluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho humano universal e inalienable.

Angela Russo de Cedeno

- La ausencia de regulación de una institución denominada matrimonio igualitario (entre personas del mismo sexo), como una forma de variar el estado civil, no supone la transgresión del derecho a la igualdad, y su contrapartida, el derecho a la no discriminación.” (Cfr. f. 35 de la sentencia)

Esbozado lo anterior, analizaré las frases demandadas a la luz del control de convencionalidad, es decir, de conformidad con la aplicación de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos que son parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, siendo la República de Panamá, Estado Parte de los mismos; e igualmente, según los criterios de interpretación y alcance de estas normas internacionales de derechos humanos, emitidos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus funciones contenciosa y consultiva, es decir, según el corpus iuris interamericano.

Cabe dejar sentado, que el Estado Panameño al ratificar (mediante Ley No.15 de 28 de octubre de 1977) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no presentó reserva alguna, así como tampoco declaraciones interpretativas.

Al examinar de manera conjunta el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4 de nuestra Constitución Política, se constata que el Estado panameño tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades fundamentales a toda persona (entendida como todo ser humano) que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En este contexto, el Estado asume el compromiso de estructurar toda la organización institucional a través de la cual ejerce el poder público, con la finalidad de permitir la materialización y el pleno goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales; para lo cual, le corresponde realizar todas las adecuaciones que sean requeridas en todos sus ámbitos internos, llámese



ave

2169

normativos, administrativos y judiciales, de manera tal, que existan las condiciones necesarias para cumplir con la salvaguarda de los mismos.

Para el autor Manuel Quinche Ramírez en su obra Derecho Constitucional Colombiano, las obligaciones adquiridas por los Estados al suscribir los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, se circunscriben a las siguientes:



- 1) Obligaciones de respeto y abstención (el Estado no puede implementar políticas o acciones que conculquen de forma directa o indirecta los derechos fundamentales, sí puede limitarlos, pero condicionado a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad).
- 2) Obligaciones de prestación y protección (el Estado debe propiciar y encaminar sus actuaciones para garantizar que las personas puedan ejercer y disfrutar los derechos que les asisten, a través del establecimiento de las condiciones que coadyuven a cumplir ese cometido).
- 3) Obligación de regulación (el Estado tiene que expedir las leyes para normar los derechos y libertades fundamentales en lo concerniente a su protección y alcance, así como, suprimir todas las leyes que impidan, obstaculicen o dificulten el pleno ejercicio y disfrute de los derechos o libertades fundamentales).
- 4) Obligación de garantía o de satisfacción (el Estado debe asegurar a toda persona, que las adecuaciones realizadas en los diferentes ámbitos y del establecimiento de las condiciones, alcancen el cometido del pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, es decir, que sean eficaces, evitando con ello, que sean ilusorias las acciones implementadas para tal finalidad). (ps. 95-100)

Así las cosas, el Estado al aprobar los tratados internacionales de derechos humanos, no efectúa una mera manifestación declarativa de libertades y derechos fundamentales, sino que adquiere obligaciones de las cuales derivan responsabilidades en caso que origine, de forma directa o indirecta, la vulneración de los mismos, en perjuicio de toda persona bajo su jurisdicción.

Entonces queda claro, que son las personas, las destinatarias finales, de la protección que debe garantizar el Estado a sus derechos y libertades fundamentales.

Entiéndase persona, como todo ser humano que nace con dignidad, así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, indica en su preámbulo que *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad..."*, con derechos y libertades fundamentales inalienables, de allí, que no son susceptibles

2170

de ser despojados de la persona, debiendo ser protegidos y respetados por todos (ya sea, Estado o particulares), por consiguiente, inviolables.

Ligado como intrínseco a la dignidad humana se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad concebido como *“la autonomía personal, la independencia radical de todo individuo de naturaleza humana para obrar sin ser interferido al elegir su propio plan de vida y al adherirse a sus ideales de existencia. Desarrollar libremente la personalidad consiste en ejercer, con el mínimo posible de restricciones, la llamada libertad general de actuación... es el derecho fundamental de toda persona a determinar por sí misma los términos dentro de los cuales realizará los actos de orientación y de disposición... los actos que le permiten autogobernarse y servirse de cuanto le pertenece en el orden espiritual, moral y material.”* (Mario Madrid-Malo Garizábal, Derechos Fundamentales, Conózcalos, Ejérzalos y Defiéndalos, 2004, ps. 228-229)

Este derecho fundamental es aquel a través del cual, toda persona decide de manera autónoma, la forma en que dirige y ordena su vida, en lo individual y social, según sus preferencias, convicciones y creencias, de allí, que los límites que encuentra este derecho se circunscriben, a que, en el ejercicio de esa libertad de disponer respecto a la forma de desarrollar su proyecto de vida, de ninguna manera se afecten los derechos de otras personas, ni se transgredan los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento normativo.

Abordados estos aspectos, me remito a la situación jurídica medular planteada en esta acción constitucional, que refiere a la infracción de los preceptos convencionales y del orden constitucional por parte de las frases acusadas, ante la imposibilidad que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y formar una familia.

En primer lugar, debo precisar que el matrimonio y la familia son instituciones que se encuentran vinculadas. Cabe recordar, que la familia está constituida por las personas unidas por los vínculos de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) o matrimonio, así lo establecen los artículos



2/21

12 y 13 del Código de la Familia, de lo cual se advierte que el vínculo puede ser natural o jurídico (matrimonio).

La familia es el núcleo de la sociedad y como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado, según lo disponen los artículos 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 56 de la Constitución Política.



Ahora bien, el concepto de familia ha experimentado evolución a través del tiempo, como consecuencia de los cambios en la sociedad, de allí, que no solamente es reconocida y protegida, aquella originada por el vínculo del matrimonio, nótese, que en la actualidad existen diversas modalidades de familia, llámese entre otras, monoparental, ensamblada, compuesta.

El artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos puntualiza, que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello, por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

Sobre el concepto de familia, en el Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la Sentencia de 24 de febrero de 2012: *“La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”*. (párr. 142)

Sumado a lo que antecede, este Tribunal Interamericano en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, aseveró respecto al artículo 17.2 lex cit., que *“si bien es cierto que éste de manera literal reconoce el ‘derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar familia’, esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio o cómo debe fundarse una familia. Para esta Corte, el artículo 17.2*

2172

únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana.” (párr. 182)



En lo que concierne a este análisis, la Corte Interamericana enfatizó en la Opinión Consultiva referida (Cfr. párr. 183), que al interpretar una norma no se circunscribe solo al instrumento en el cual se encuentra, sino que es examinada de manera integral, respecto a todo el cuerpo normativo interamericano, en interés de corroborar, que, en efecto, la interpretación del término o precepto normativo sea congruente con las disposiciones dispuestas en otros instrumentos internacionales que son parte del sistema.

Razón ésta, por la cual precisó que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no contienen una definición de familia.

También acotó, que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en el artículo 15.2 consagra que *“toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna”*, del cual se constata, que no alude al sexo, género, orientación sexual, así como tampoco a una modalidad particular de familia, por lo que, el derecho a formar familia le asiste a toda persona, sin distingo alguno.

En igual contexto, nuestra Constitución Política en el artículo 56 señala que el Estado protege el matrimonio y la familia sin limitaciones ni salvedades, entendiéndose entonces, que el derecho a contraer matrimonio y el derecho a formar familia, debe ser salvaguardado a todo ser humano.

2173

Si bien es cierto, el derecho a fundar familia no implica que exista un matrimonio previo, en este análisis se impone preguntarnos, ¿le son vulnerados a las personas del mismo sexo, sus derechos y libertades fundamentales, al no permitirles contraer matrimonio y formar familia?



Para absolver esta interrogante, debo puntualizar, que los derechos humanos han evolucionado y se caracterizan por su dinamismo, por tanto, al momento de interpretar las normas que los amparan o al analizar situaciones jurídicas que impliquen su resguardo, deben dilucidarse siempre en interés de respetar los derechos inherentes a la dignidad humana, aun cuando lo examinado no se encuentra explícitamente contemplado en el ordenamiento normativo.

Es decir, que la hermenéutica aplicada debe ser la que más favorezca a la protección de los derechos humanos, regla de interpretación que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 29 que expresa: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; ...”*

Esta regla de interpretación se encuentra igualmente concebida en el artículo 17 de nuestra Carta Suprema, contenido del principio pro homine, el que determina que los derechos y garantías que se consagran son mínimos, por consiguiente, no pueden ser excluidos otros que no se encuentren expresamente definidos; además, bajo este precepto, deben ser interpretados de manera amplia, siempre a favor de la persona.

Así las cosas, vemos que ciertamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17.2 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar familia. Al respecto, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-24/17 citada, afirmó que no existe constancia en los trabajos preparativos de deliberación previos a la adopción de la Convención, que

7

2174

se hubiera contemplado que las personas del mismo sexo pudieran formar familia lo que considera obedece al momento histórico en el que ocurrió.

Precepto éste, que guarda similitud con el artículo 58 de la Constitución Política, al referirse a la unión de hecho entre personas de distinto sexo

No obstante lo anterior, reitero, que este ente internacional arguyó, que el artículo 17.2 citado, *“únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana”*.

Al no declararse la inconstitucionalidad de las frases demandas, que impiden y prohíben, el matrimonio entre personas del mismo sexo, se advierte de forma diáfana que se origina una desigualdad frente al derecho reconocido y protegido a las personas heterosexuales que sí pueden formalizar el vínculo que los une, a través de la institución del matrimonio.

Todos los seres humanos somos iguales ante la ley y tenemos los mismos derechos, según los artículos II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 20 de la Constitución Política de la República de Panamá.

En este contexto considero, que la heterosexualidad no puede constituirse en un requisito para aquellas personas que manifiesten su voluntad y consentimiento para contraer matrimonio y formar una familia.

No existe razón alguna para negarle este derecho a la persona que quiera casarse con otra del mismo sexo, si hay un vínculo afectivo que los une, con ánimo de estabilidad y permanencia, en condiciones de singularidad, en interés de tener de manera conjunta una vida común, un proyecto de vida, con apoyo recíproco.

Siempre que estos elementos existan en el vínculo entre personas del mismo sexo y que se cumplan con los demás requisitos fijados por ley, entre otros, edad, capacidad, merece ser formalizado a través del matrimonio, con la subsecuente protección de la familia que forman.



2175

Aseverar que la procreación es el fin del matrimonio y, por tanto, no se cumple este propósito en el matrimonio entre personas del mismo sexo, reafirma la desigualdad frente al reconocimiento del matrimonio, a aquellas personas heterosexuales, aun cuando por razones físicas o biológicas no puedan tener hijos o por autodeterminación no quieran tenerlos.



El criterio de la procreación como fin del matrimonio, ha sido superado, máxime cuando en la actualidad existen avances científicos en la medicina reproductiva.

Estimo que el trato desigual a las personas del mismo sexo que quieran formalizar su vínculo a través del matrimonio y por consiguiente a formar familia, conlleva lesión a la dignidad humana, toda vez que ésta como naturaleza de todo ser humano se encuentra sustentada en el derecho a la igualdad.

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar las libertades y derechos fundamentales a todas las personas que se encuentran bajo 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.

La Corte Interamericana ha sostenido que la Convención Americana ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos definen el concepto de discriminación, sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha estructurado el concepto, de las definiciones contenidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a saber:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los

A handwritten signature in black ink, appearing to be a cursive name, located at the bottom right of the page.

derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.” (Cfr. CIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, párr. 81)

De lo esbozado se corrobora, que no se contempla taxativamente a la orientación sexual como un criterio sobre el cual se prohíbe discriminar, sin embargo, la Corte Interamericana ha interpretado que el listado fijado en el artículo 1.1 *lex cit.*, es meramente enunciativo, puesto que no limita que puedan ser incluidos otros criterios en la categoría de “otra condición social”, según la regla de interpretación que más favorezca a la persona, en atención al dinamismo y evolución que caracteriza a los derechos humanos. (Cfr. CIDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, párr. 83-85)

Explicado lo que precede, constato en los motivos de la presente sentencia, que ha sido la orientación sexual uno de los criterios por el cual se excluye a las personas del mismo sexo del derecho a contraer matrimonio y formar familia, lo que se evidencia en las afirmaciones que son “*dispares*” (Cfr. f. 56 del fallo) la unión entre personas del mismo sexo y el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Igualmente, al señalarse “*la diferencia de trato (que no discriminación en el sentido peyorativo de la palabra), viene sustentada en la finalidad inmanente del instituto matrimonial clásico, y no en las propensiones sexuales de las personas a quienes se les reconoce (o no), el derecho al matrimonio*” (Cfr. f. 58 de la sentencia).

Debo manifestar, que la ley debe constituirse en el medio para adecuar el derecho interno en interés de materializar y hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y todos los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado panameño, así como ampliar su protección y alcance ante el dinamismo que los caracteriza y en virtud de una interpretación pro homine.

2176




2177

Por tanto, de ninguna manera puede ser utilizado el ordenamiento jurídico, para suprimir, desconocer o anular los derechos fundamentales que le asisten a todo ser humano, así como tampoco para crear distinciones que no sean necesarias ni idóneas para alcanzar un fin convencional o constitucional.



Queda claro, que esta distinción en el trato, no es proporcional ni razonable, no hay una justificación válida que imponga la necesidad objetiva para mantener la imposibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que resulta lesivo a la dignidad humana, por consiguiente, se constituye en una diferenciación carente de legitimidad.

Como Órgano del Estado encargado de la salvaguarda los derechos y libertades fundamentales de toda persona que se encuentra bajo la jurisdicción del Estado panameño, estamos dotados de la facultad que nos confiere la Constitución Política y la Ley, para interpretar la normativa siempre con el criterio que sea el más favorecedor a toda persona (principio pro homine).

Considero, que en el presente fallo se ha efectuado un análisis sesgado en perjuicio de la dignidad humana, alejada de la evolución de los tiempos y de la sociedad, es decir, no ha sido una interpretación evolutiva, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana en casos que han sido de su conocimiento, tal como lo afirmó en la Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Vicky Hernández y otras vs Honduras): “133. ... *atendiendo a una interpretación evolutiva, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans, como sucede en este caso.*”

Además, han sido desconocidas las normas de interpretación fijadas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habiéndose evidenciado que lo decidido excluye e impide el ejercicio del goce y el disfrute del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y a formar una familia.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'DUE'.

2178

No puede asimilarse que el reconocimiento plasmado expresamente, del derecho al matrimonio entre personas de distinto sexo, es excluyente para las personas del mismo sexo, que de forma responsable decidan formalizar su vínculo a través del matrimonio; puesto que todas las familias (concebidas en la diversidad de modalidades existentes) deben ser protegidas por la sociedad y el Estado. Nótese que el mandato constitucional de protección al matrimonio y la familia, tal como lo establece el artículo 56 de la Constitución Política, no hace distingo alguno.



Reconocer el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo no desvirtúa que la familia es el núcleo y base de la sociedad, por el contrario, se reconoce "igual dignidad al vínculo afectivo" que los une, tal como lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sumado a lo que antecede, se les impide el reconocimiento de derechos derivados del matrimonio, que además de aquellos de carácter familiar, conciernen a los derechos civiles, sociales, económicos, entre otros.

Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos esgrimió en el párrafo 199 de la Opinión Consultiva OC-24/17 mencionada:

"La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198)."

Es relevante referirnos de igual manera, al informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado "Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI en las

ave

2179

Américas”, publicado en el año 2018, el que *“contiene directrices para la construcción de una sociedad más justa e incluyente, basada en el respeto a la orientación sexual, identidad de género - real o percibida - y diversidad corporal, tomando como base el reconocimiento de derechos específicos que traducen de forma efectiva la protección integral y la garantía del derecho a la dignidad concreta de las personas LGBTI, para que puedan tener la posibilidad de realizar sus planes de vida con plena autonomía y respeto a su voluntad.”* (Cfr. ps. 10-11)



Se concluyó en este informe con recomendaciones puntuales para los Estados de la región, entre ellas citamos las siguientes:

“12. Adecuar a los sistemas de administración de la justicia para que tengan en cuenta el respeto y la protección de los derechos humanos de las personas LGBTI, considerando particularmente su orientación sexual, identidad de género –real o percibida– y diversidad corporal.

...

14. Revisar las normas existentes para eliminar y, de no ser posible, dejar sin efecto, las disposiciones legales que constituyan discriminación en razón de orientación sexual, identidad de género, expresión de género o diversidad corporal, así como para identificar lagunas que obstaculicen la efectividad de los derechos de las personas LGBTI a la igualdad y no discriminación.” (Cfr. ps. 140-141)

No debemos soslayar que el norte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el eje medular del derecho constitucional, es la protección de los derechos fundamentales, de allí, que estamos llamados como uno de los poderes del Estado panameño, encargado de administrar justicia, a reivindicar aquellos derechos de las minorías, discriminadas por los patrones estructurales de la sociedad, que están colmados de estereotipos y prejuicios que las estigmatizan, originando el rechazo y exclusión por parte del resto de la población, así como del propio Estado, al no suprimir todos aquellos obstáculos institucionales y legales que cercenan derechos a las personas por su orientación sexual.

Queda evidenciada de la interpretación efectuada, que la misma dista de ser inclusiva conforme a la evolución de los tiempos, de los cambios.

2180

experimentados en la sociedad y de la aplicación del principio pro homine que debe primar siempre.

Todo ser humano tiene dignidad y derecho a ser tratado con igualdad, sin distinciones discriminatorias, por tanto, el argumento sustentado en la orientación sexual, no es válido para no reconocer los derechos fundamentales, entre ellos, el contraer matrimonio y formar una familia, indistintamente que sea un tema con matiz controversial para algunos sectores de la sociedad.

Con la decisión adoptada se han desatendido las obligaciones adquiridas en el ámbito internacional de los derechos humanos, de respeto, abstención y regulación, puesto que, ante la no declaratoria de inconstitucionalidad de las frases demandadas, se mantiene vigente una discriminación de jure, e igualmente, se ha desconocido que las personas con orientación sexual por personas del mismo sexo, son sujetos de los derechos a contraer matrimonio y formar una familia.

Igualmente, se ha inobservado la Regla N°20 de las 100 Reglas de Brasilia, aprobadas por esta Corporación de Justicia mediante Acuerdo 368-A de 8 de julio de 2019, Que adopta en el Órgano Judicial la Versión Actualizada de Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que expresa: *“Son causa de vulneración de acceso a la justicia, las acciones o conductas discriminatorias hacia las personas por motivo de su orientación o identidad sexual, o por razones de género”*.

Se pierde de vista además, que el objetivo de la política de acceso a la justicia y género, es el de *“cumplir con las obligaciones establecidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así con la normativa jurídica interna”*, siendo uno de los principios rectores de esta política institucional, la diversidad, que precisa *“tomar en cuenta las diferentes necesidades e intereses o realidades de la persona usuaria de los servicios judiciales sin importar género, sexo..., preferencia u orientación sexual, ... entre otros”*; así como la no discriminación, concebida como *“la eliminación de toda*



2181

distinción, exclusión o restricciones basada en el sexo, ... preferencia sexual... que tenga por objeto o resultado el menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.” (Acuerdo N°626 de 15 de octubre de 2009 “Por el cual se aprueba la Política Institucional de Acceso a la Justicia y Género del Órgano Judicial)



Así las cosas, de conformidad con los parámetros y criterios de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyo que las frases “entre hombre y mujer” del artículo 26 del Código de la Familia; “las personas del mismo sexo” del artículo 34, numeral 1 del Código de la Familia y “Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo” del artículo 35 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, son violatorias de los artículos 1.1, 2, 11.1, 17.1, 17.2, 24, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también, de los artículos 17, 18, 19, 56 y 57 de la Constitución Política de la República de Panamá, por lo que debieron ser declaradas que son inconstitucionales.

En adición a lo esbozado, dejo de manifiesto, que aun cuando realicé el análisis del control de convencionalidad, de conformidad con el corpus iuris interamericano, el Estado panameño, como parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, al haber ratificado Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley N°13 de 27 de octubre de 1976), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N°15 de 28 de octubre de 1976), Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N°15 de 28 de octubre de 1976), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Ley N°4 de 22 de mayo de 1981), Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley N°17 de 28 de marzo de 2001), tiene la obligación de cumplirlos.

2182

En este contexto destaco, que la República de Panamá votó a favor de la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016, en el 32° período de sesiones, concerniente a la "Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género", en la cual se expusieron entre otras consideraciones, las que me permito



citar:

"Reafirmando la Declaración Universal de Derechos Humanos, Recordando que la Declaración y Programa de Acción de Viena afirma que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso; y que, si bien debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales,

...

Destacando la necesidad de seguir considerando conjuntamente como propia la agenda internacional en materia de derechos humanos y de examinar las cuestiones de derechos humanos de manera objetiva y sin enfrentamientos,

Comprometiéndose a respaldar su amplia y equilibrada agenda y a fortalecer los mecanismos que se ocupan de cuestiones de importancia, como la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todas sus formas,

...

Preocupado por todo intento de socavar el sistema internacional de derechos humanos tratando de imponer conceptos o nociones relativas a cuestiones sociales, incluida la conducta individual privada, que quedan al margen del marco jurídico de los derechos humanos convenido internacionalmente, y teniendo en cuenta que dichos intentos reflejan un desconocimiento del carácter universal de los derechos humanos, ...

1. Reafirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;
2. Deplora profundamente los actos de violencia y discriminación que, en todas las regiones del mundo, se cometen contra personas por su orientación sexual o identidad de género; ..."

2183

Asimismo, debo mencionar, que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre las observaciones finales presentadas en el octavo informe periódico de Panamá, en las sesiones celebradas los días 8 y 9 de febrero de 2022, manifestó su preocupación respecto al matrimonio y relaciones familiares y puntualmente expresó:

“b) El hecho de que las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero y las personas intersexuales no gocen de igualdad en lo que respecta al matrimonio y las relaciones familiares, incluidas las responsabilidades parentales;”



En virtud de lo anterior, recomendó al Estado panameño “b) *Proteja los derechos de las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero y las personas intersexuales en relación con el matrimonio y las relaciones familiares*”.

De igual manera, las Naciones Unidas, en la segunda edición (2019) de la publicación “Born Free and Equal” (Nacido Libre e Igual), realizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), identificó los principales problemas que repercuten en discriminación, y consecuentemente, en el incumplimiento de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos.

Así, en la sección cuarta de esta publicación denominada “PROHIBIR Y ABORDAR LA DISCRIMINACIÓN”, precisó los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, los que, como Estado parte, tenemos la obligación de salvaguardar, entre estos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículos 2, 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.

Al respecto, las Naciones Unidas esgrimió:

“los Estados parte, tienen la obligación de proveer reconocimiento legal a las parejas, sin distinción de su orientación sexual, identidad de género y características sexuales (...) El reconocimiento legal puede presentarse de diversas formas como lo son las uniones civiles o el matrimonio. Independientemente de la forma de reconocimiento de la relación, los Estados están obligados a abordar la discriminación sobre este tema, para, entre otras cosas, asegurar que los beneficios tradicionalmente otorgados

ave

a los cónyuges -incluyendo aquellos como las pensiones, relativos a impuestos y herencia- se den de acuerdo a una base libre de discriminación". (lo subrayado es nuestro)

Efectuadas estas consideraciones, concluyo, que los derechos humanos le pertenecen a toda persona, son inherentes a la dignidad humana, de allí que son inalienables, ningún ser humano puede renunciar a ellos, así como tampoco pueden ser despojados de los mismos; todos tenemos la obligación de respetarlos y salvaguardarlos como semejantes y el Estado, constituirse en su garante. Así, por su naturaleza, no son susceptibles de distingos en su protección.

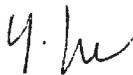
Por estas razones debe ser reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo y por consiguiente a formar una familia, lo que de ninguna manera puede concebirse como un derecho humano nuevo, bajo la premisa que no está positivizado, ni tampoco limitarse por "orientación sexual" (lo que evidencia un motivo de discriminación); consideraciones éstas, que a todas luces desconocen el mandato constitucional dispuesto en el artículo 17 de nuestra Norma Suprema que puntualiza: "Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona."

Con sustento en los motivos debidamente explicados, SALVO MI VOTO.

Fecha ut supra.



ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
MAGISTRADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

Entrada: 1042-16

**LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL**

Panamá 15 de Marzo de 20 2023


Secretaría General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia

2185

PONENTE: H.M. MARIA EUGENIA LÓPEZ ARIAS
Entrada No. 1042-16.



ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA FIRMA FORENSE MORGAN & MORGAN, APODERADA JUDICIAL DE ENRIQUE RAÚL JELENSKY CARVAJAL Y ALVARO JOSÉ LÓPEZ LEVY, PARA QUE SE DECLARE QUE SON INCONSTITUCIONALES LAS FRASES "ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER" DEL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA; "LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO" DEL ARTÍCULO 34, NUMERAL 1 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA Y "SE PROHIBE EL MATRIMONIO DEL MISMO SEXO" DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY No.61 DE 7 DE OCTUBRE DE 2015, QUE SUBROGA LA LEY No. 7 DE 8 DE MAYO DE 2014, QUE ADOPTA EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA REPÚBLICA DE PANAMA.

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO OLMEDO ARROCHA OSORIO.

Si bien estoy de acuerdo con la parte resolutive de la Sentencia que decide este debate constitucional, en el sentido de declarar que NO SON INCONSTITUCIONALES las normas que fueron objeto de reproche por los activadores, debo manifestar que hay algunos argumentos y motivos, consignados en dicha decisión, que no comparto y hay otros que, desde mi punto de vista, debieron ser incorporados al razonamiento que generó la conclusión.

Es por ello que, considero necesario dejar plasmado esta variante de perspectiva que entona una argumentación que me permite, a pesar de alguna discrepancia, la adopción y abrigo del pronunciamiento que ocupa nuestra atención, a saber:

De la no viabilidad de estas causas constitucionales.

1.- Tal cual fue advertido en su momento, las dos Advertencias de Inconstitucionalidad, que se promovieron a propósito procesos o trámites administrativos relacionados con solicitudes de inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero por dos parejas del mismo sexo, no han debido ser admitidas ni tramitadas. Lo anterior por varias razones:

1.a. Porque algunas de las normas censuradas, por inconstitucionales, ya habían sido aplicadas. Lo cual es un presupuesto de admisibilidad en nuestro sistema judicial para cualquier caso de esta naturaleza.

1.b. Porque algunas o todas las normas aplicadas no eran necesarias para que el Registro Civil tomara la decisión en uno de los

2186

casos para negar la inscripción y porque en el otro caso ni siquiera se había admitido el trámite, apresurándose la institución tramitadora a enviarlo a esta corporación de justicia.

1.c. Porque el concepto de la infracción constitucional, desarrollado por los activadores constitucionales, se enfocó en lo que consideran una prohibición legal discriminatoria en cuanto a que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio en Panamá y no sobre el registro o inscripción de un matrimonio de este tipo realizado en el extranjero.

De una discusión sin entidad de eficacia y aptitud.

2. La importancia de un adecuado desarrollo de la argumentación en que se sustenta el reparo constitucional es porque no debe confundirse el *principio de universalidad* con el *principio dispositivo*. El primero es el que obliga a esta corporación de justicia a revisar y repasar toda la Constitución, a fin de verificar que no sea otra norma constitucional, distinta a la argüida por el demandante, la que se violente. Mientras que, el segundo obliga al demandante a establecer y exponer, con claridad, las razones de su visión de cómo y por qué se produce la inconstitucionalidad.

3.- En otras palabras, si este tribunal suple, con creatividad e iniciativa propia, la conceptualización de la infracción se degeneraría y desnaturalizaría para convertirse en una parte interesada. Este presupuesto se basa en el principio de presunción de la legitimidad de las leyes y de los actos de autoridad. A diferencia de otros sistemas judiciales, en Panamá no hay revisiones preventivas de constitucionalidad, ni control difuso que permite la inaplicabilidad de la norma o acto impugnado para el caso concreto de forma temporal; siendo, aquí, el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad la nulidad absoluta, extinción y expulsión de la vida jurídica.

4.- Esta omisión en la aplicación de los criterios de admisibilidad, que de forma generalizada e igualitaria se escrutan para cualquier interesado en activar la protección constitucional, produce un arrinconamiento al tener que decidir un debate entremezclando, con dificultad, texto con contexto bajo el riesgo de convalidar un pretexto. Sin soslayar que, hay un límite sospechoso entre si estamos atendiendo una advertencia de inconstitucionalidad o un amparo de garantías contra el Registro Civil.

2187

5.- De hecho, de las lecturas de las iniciativas de impugnación constitucional, que convocan nuestra atención en esta oportunidad, se aprecian argumentos ambiguos, confusos y algunas veces contradictorios, incluyendo, pero sin limitar, que se manifiesta por los demandantes la ausencia de una ley que los proteja en igualdad de condiciones, lo cual se relaciona con la institución de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa, argumento que supone un escenario de discusión distinto al de un tratamiento discriminatorio de la ley vigente.

6.- Por tanto, lo que en esta tramitación estrictamente ha debido ocurrir es que, al haberse identificado plenamente las causales de no admisibilidad, antes comentadas, sin que se actuará en consecuencia, se debió interrumpir oportunamente el proceso, antes de entrar al fondo, declarando NO VIABLE ambas iniciativas de impugnación constitucional. Evidentemente, esta decisión se comporta agotada luego de 7 años de haberse promovido las acciones respectivas. En este sentido, el Pleno consciente de ello, ha abandonado, coyunturalmente, el rigor procedimental para permitir pronunciarse sobre un tema que, sin lugar a duda, ha producido una división social y que requiere una definición. En el entendimiento que no se trata de ser homofóbico, si no se concede la pretensión; pero, tampoco, anti-familia en caso de concederse.

De las proposiciones que cimientan la motivación de la decisión.

7.- La Sentencia, cuyo voto, por este medio, recibe nuestra atención complementaria, se apalanca en los siguientes aspectos: (a) que los estatutos convencionales sobre derechos humanos, suscritos por Panamá, no reconocen el derecho humano al matrimonio del mismo sexo; (b) que, en todo caso, los estatutos y tratados internacionales y convencionales definen y establecen el alcance de esta institución jurídica solo entre un hombre con una mujer; (c) que lo mismo ocurre con nuestra Constitución Política; (d) que no hay regulación sobre una institución jurídica que se denomine "matrimonio igualitario".

De la interpretación convencional de la Sentencia.

8.- Con el mayor respeto a mis pares, no comparto el abordaje metodológico que se incorpora a la parte de motivación de la Sentencia. Lo anterior, porque se realiza una interpretación del texto literal de estos instrumentos convencionales y de tratados, perdiendo de vista la

2100

evolución jurisprudencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado sobre este tema.

9.- Puedo reconocer la duda que me asalta en cuanto al asertivo ejercicio de las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo a la visión que consigan el Juez Eduardo Vio Grossi en su voto Individual, a propósito de la Opinión Consultiva OC-24/17, quien reclama no ser estricta en el ejercicio de su competencia; que se obvia el reconocimiento de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado; que la función consultiva e interpretativa no debe transformarse en una función normativa, siendo que la función de interpretación consiste en determinar el sentido y alcance de una disposición que admite dos o más posibilidades de aplicación. O, por ejemplo, llama a la reflexión la opinión de Pedro Néstor Sagües que, refiriéndose al futuro del control de convencionalidad y ante lo que considera una fuerte apuesta de la CIDH al formular en términos bastantes duros la doctrina del control de convencionalidad, señala que el futuro de esta teoría y su consolidación está precisamente en la aceptación de ésta por parte de los tribunales nacionales.¹ También, la crítica de Gozaíni, al considerar que el control de convencionalidad es una interpretación normativa antes que un precedente jurisprudencial, añadiendo que la CIDH ignora las singularidades de las legislaciones nacionales, sin utilizar el *margen de apreciación*². En efecto, todavía hay mucho por consolidar para convencer que se adopte la noción de instancia supranacional hegemónica, y que exista una teoría o doctrina con fronteras y perfiles definidos y asentados. Estos cuestionamientos son válidos tenerlos en cuenta, sobre todo porque en el afán noble de lograr legitimidad se puede perder validez, al querer hilar tan fino que luego no se pueda tejer.

10.- No obstante, una cosa es adoptar una posición de pensamiento crítico en ejercicio de nuestra facultad soberana de interpretación constitucional y otra es dejar de confrontar los enfoques jurisprudenciales

¹ Citado por CHEN STANZIOLA, María Cristina. "Teoría del Control de la Convencionalidad: un cambio de paradigma". Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2020., p. 92. Para Sagües, el éxito de la doctrina del control de convencionalidad dependerá de dos factores: (1) la efectivización sensata y prudente que la CIDH realice de las reglas constitucionales nacionales, para lo cual recomienda que se acompañe a las decisiones de los tribunales nacionales, de una *presunción de convencionalidad* para que solo en situaciones extremas se pueda declarar la invalidez del derecho nacional; (2) la jurisprudencia que emita la CIDH debe ser sensata y con un peso axiológico adecuado, de modo que provoque en los tribunales nacionales su aceptación y consenso.

² GOZAÍNI, Osvaldo. "El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. México. Universidad Autónoma de México. 1995

2189

de dicho tribunal regional internacional de derechos humanos. Desde mi punto de vista, debemos referirnos a ellos bajo la comprensión que no se trata de una relación de jerarquía, ni una relación de verticalidad, sino como un diálogo y fuente de orientación y guía interpretativa. Tómesese en cuenta que el artículo 41 f; 44 y 51 de la Convención le brinda las facultades a la Comisión Interamericana y el artículo 62.3 del mismo instrumento lo hace con respecto a la Corte Interamericana, le brinda competencia para interpretar la Convención y garantizarla.

11.- Así pues, de los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, logro identificar tres Sentencias que guardan relación con Orientación Sexual y No Discriminación, además de una Opinión Consultiva; siendo que este es el argumento de los activistas para considerar que es inconstitucional que no puedan acceder a la institución del matrimonio, desconociéndose el derecho de igualdad ante la ley: (a) *Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile* (Sentencia de 24 de febrero de 2012); (b) *Caso Duque Vs Colombia* (Sentencia de 26 de febrero de 2016); (c) *Caso Flor Freire Vs Ecuador* (Sentencia de 31 de agosto de 2016); (d) Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por Costa Rica.

12.- *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Los hechos guardan relación con una demanda de custodia, guarda crianza o tuición que presentó su exesposo y padre biológico de las niñas, Ricardo Jaime López Allendes, cuando tuvo conocimiento que su exesposa tenía una compañera sentimental que comenzó a convivir con sus hijas. El proceso finalizó con una decisión de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Chile, concediendo la custodia definitiva al padre de las niñas, que revocó lo decidido y confirmado en las dos instancias judiciales anteriores. Por tanto, como puede apreciarse, se trata de un contexto procesal y de tramitación distinto al que atañe al presente caso que genera las advertencias de inconstitucionalidad.

13.- A manera de descripción y no de convalidación porque desconocemos las particularidades del caso, de la lectura de la Sentencia

2190

de la CIDH en el Caso *Atala Riffo y niñas vs Chile* se evidencia una diferencia sustancial con los contextos de donde han emergido los procesos constitucionales que nos corresponde, esta vez, decidir. Se trata de que, en aquella oportunidad, se reconoció la violación de los derechos humanos porque cuando la Corte Suprema de Justicia de Chile decidió, a juicio de la CIDH, se basó fundamental y únicamente en la orientación sexual de la madre de las niñas, lo cual "se deduce del lenguaje utilizado en la decisión". Además, agregó que el principio del "interés superior del niño" no puede ser utilizado como argumento para amparar un trato discriminatorio. Por otro lado, consideraron que el estigma social por la condición de orientación sexual de la madre no puede validar un daño al interés superior del niño, porque sería como validar una discriminación a partir de la discriminación misma³

³ 94. El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión

97. (...) [Los] argumentos [de la Corte Suprema de Justicia de Chile] y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

131. La Corte Interamericana concluye que la Corte Suprema de Justicia no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo. Además, el Tribunal considera que, en el caso concreto, el hecho de vivir con su madre y su pareja no privaba a las niñas del rol paterno, por cuanto el objeto del proceso de tuición no implicaba que el padre hubiera perdido el contacto con ellas.

139. Al respecto, el Tribunal considera que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente

2191

14.- En efecto, vemos que lo analizado en ese caso no guardaba relación con el reclamo de trato igualitario de acceder al matrimonio por parejas del mismo sexo. Por otro lado, parece que lo controvertido fue la decisión que se basó en un acto intelectualivo, considerado impregnado de sesgos discriminatorios y **no en la aplicación de una norma expresa que estableciera, como precepto jurídico, que no se puede otorgar la custodia a uno de los progenitores con determinada orientación sexual.** Es decir, la CIDH no consideró de forma alguna que se ignore la aplicación del derecho interno, porque en ese caso el Estado chileno tendría que haber sido demandado no por la actuación del Órgano Judicial sino por la falta de adecuación legislativa.

15.- *Caso Flor Freire vs Ecuador.* El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado de Ecuador como consecuencia de las alegadas decisiones que dieron lugar a la separación del señor Homero Flor Freire de la base terrestre ecuatoriana, con base en el entonces vigente Reglamento de Disciplina Militar, norma que supuestamente sancionaba con la separación del servicio los actos sexuales entre personas del mismo sexo.

16.- La CIDH, en este caso, consideró que el Reglamento de Disciplina Militar, vigente a la fecha de los hechos, regulaba de dos maneras distintas la comisión de actos sexuales en el marco de las fuerzas armadas. Por un lado, el artículo 67 del Reglamento de Disciplina Militar regulaba los "actos sexuales ilegítimos", entre los cuales estaban los actos sexuales no homosexuales, y el artículo 117 del mismo Reglamento regulaba los "actos de homosexualismo", entre los cuales se incluían los

esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como "reprochable o reprobable jurídicamente", bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

140. En consecuencia, la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, la Corte considera que bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

Puede accederse al documento completo a través de https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196

2192

actos sexuales homosexuales. Por lo tanto, a juicio de la CIDH se demostró que existía una diferencia de trato entre ambos supuestos, en dos sentidos principalmente: (i) respecto de la gravedad de la sanción, pues la sanción para los "actos sexuales ilegítimos" oscilaba entre 10 días de arresto y 30 días de suspensión, mientras que la sanción para los "actos de homosexualidad" era la baja del oficial, y (ii) respecto del alcance de la conducta sancionada, pues los actos sexuales ilegítimos eran sancionados si eran cometidos "en el interior de repartos militares", mientras que los "actos de homosexualismo" eran sancionados incluso si eran realizados fuera del servicio.⁴



17.- Como puede apreciarse, en este caso el contexto de análisis tampoco guarda relación con el reclamo de discriminación por orientación sexual de no tener derecho de acceder, en igualdad de condiciones, a contraer matrimonio por parejas del mismo sexo. Lo que se censuraba era la aplicación de un reglamento que, en aquella oportunidad, se identificó que expresamente hacia una distinción más desventajosa entre dos categorías, siendo una de ellas las "relaciones homosexuales". Por otro lado, no se ventilaba el reclamo de la inexistencia de una ley que protegiera y brindara los mismos efectos jurídicos para alcanzar igualdad de trato ante la ley.⁵

⁴ 116. Los supuestos previstos por los artículos 67 y 117 del Reglamento de Disciplina Militar son comparables en tanto ambos regulaban y sancionaban disciplinariamente la comisión de actos sexuales en el marco de las fuerzas armadas. Si bien el mencionado reglamento no precisaba qué tipo de actos sexuales eran considerados ilegítimos bajo el artículo 67, no existe controversia en cuanto a que los actos sexuales entre personas del mismo sexo, dentro o fuera del servicio, eran regulados por el artículo 117 del referido reglamento. Por otra parte, la Corte nota que, mientras el artículo 67 del Reglamento de Disciplina Militar se refiere expresamente a "actos sexuales", el texto del artículo 117 abarcaba "actos de homosexualidad". Ello no necesariamente se limita a los actos sexuales entre personas del mismo sexo, pues la redacción del artículo es lo suficientemente amplia para permitir la sanción disciplinaria de otro tipo de manifestaciones de "homosexualidad" bajo dicha norma. Además, no es claro el alcance y contenido dado a nivel interno del término "actos de homosexualidad". No obstante, a efectos del presente caso, no existe controversia entre las partes que el artículo 117 era una norma especial que regulaba los actos sexuales homosexuales, mientras que el artículo 67 regulaba los actos sexuales no homosexuales. Por esa razón, la Corte estima procedente comparar el tratamiento disciplinario otorgado a los actos sexuales homosexuales, con base en la referida norma del artículo 117, frente al tratamiento otorgado a los actos sexuales no homosexuales, con base en el artículo 67 del mismo Reglamento de Disciplina Militar.

⁵ Puede accederse al documento completo a través de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

2193

18.- Caso Duque Vs Colombia. El caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, alegó haber sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que, aunque el fin invocado, consistente en la protección de la familia, era legítimo en abstracto, la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería "limitado y estereotipado", excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.



19.- En el presente caso, los representantes y la Comisión alegaron que el Estado había violado el principio de igualdad y no discriminación por dos motivos: a) por la existencia de normas, a saber el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 y el artículo 10 del decreto 1889 de 3 de agosto de 1994 (supra párrafos. 73 y 74), que impedían al señor Duque acceder a la pensión de sobrevivencia sin discriminación al establecer que únicamente pueden ser considerados como compañeros permanentes, o que pueden conformar las uniones maritales de hecho, las personas de sexo diferente, y b) por la actuación de las autoridades administrativas y judiciales que excluyeron al señor Duque del derecho a la pensión de sobrevivencia (supra párrafos. 70, 78 y 79).

20.- En esa ocasión, la CIDH concluyó que para el año 2002, fecha en que hubo el pronunciamiento de parte de la institución colombiana de fondos y pensiones (COLFONDOS) negando la pensión al señor Duque, subsistente de su pareja del mismo sexo, en aplicación de una legislación interna en aquél momento que solo se lo permitía a los compañeros

2194

permanentes o uniones de hecho a parejas distinto sexo, se violó el artículo 24 de la Convención en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Sobre el particular, la peculiaridad que salta a la vista, inmediatamente, versa sobre la fecha de esta Sentencia del año 2016 que se aplica retroactivamente⁶ a hechos que sucedieron en el año 2002 cuando, para ese entonces no se había producido las Sentencias en los Casos *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (2003), antecedente primigenio del control de convencionalidad a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez; ni la del *Tibi vs Ecuador* (2004) en donde el mismo juez reitera su voto razonado; ni el *Almonacid Arellano vs Chile*, en el que formalmente acoge como propio, el surgimiento de la teoría del control de convencionalidad. Además, no podemos olvidar que la propia evolución de la CIDH ha presupuestado el control de convencionalidad oficioso judicial a tomar en cuenta el "*marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes*" (Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú. 2006).

21.- Por otro lado, tómesese en cuenta que en el año 2011 la Corte Constitucional de Colombia emitió la Sentencia C-577 declarando inconstitucional el matrimonio solo para personas de distinto sexo. Sin embargo, desde el año 2007 ya dicha Corte había proferido decisiones reconociendo fragmentada y paulatinamente derechos a las parejas del mismo sexo, lo cual significó un proceso progresivo y expansivo. Así, mediante la sentencia C-075 de 2007 estableció que las parejas del mismo sexo son objeto de protección constitucional de igual forma que las parejas en "unión libre" amparadas por la Ley 54 de 1990; el acceso al sistema de seguridad social en salud (C-811 de 2007); el derecho de sustitución pensión al (C-336 de 2008); el derecho y deber de alimentos (C-798 de 2008); la posibilidad de constituir patrimonio de familia inembargable, beneficiarse de diferentes formas de subsidio familiar, figurar como titulares de seguros obligatorios y participar en los

⁶ 161. Al respecto, el Estado alegó que los jueces aplicaron la normativa vigente al momento de los hechos, sin que existiera en ese momento jurisprudencia nacional o internacional que estableciera la obligación de reconocer pensiones de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo.

2195

programas de reparación de víctimas del conflicto armado, entre otros (C-029 de 2009); el derecho a la porción conyugal (C-283 de 2011) y la posibilidad de heredar (C-238 de 2012).

23.- Resulta un tanto paradójico que, respecto al reproche en el contexto del *Caso Duque vs. Colombia*⁷, la Sentencia de la CIDH haya desestimado el que guarda relación con el artículo 2 de la Convención en concordancia con los artículos 24 y 1.1 del mismo instrumento, en sentido que no se viola el deber de adoptar disposiciones de derecho interno ante reconocimiento de parejas conformadas por personas del mismo sexo. En ese sentido, la CIDH se apoyó en la falta de evidencia de falta de imparcialidad o conforme a prejuicios o estereotipos relacionados con su orientación sexual que habrían influenciado de manera central y decisiva su decisión⁸. Y es que, para la fecha de los hechos, tampoco se había emitido la decisión en el *Caso Atala Riffo y niñas Vs Chile* (2012). Por tanto, mal podía aplicarse ese criterio jurisprudencial a hechos del 2002.

24.- *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. Se trata de la facultad consultiva, no jurisdiccional, ejercida por la CIDH en ocasión de interés mostrado por la República de Costa Rica. El tema de la consulta se propuso respecto a las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos patrimoniales derivados entre parejas del mismo sexo. En la parte conclusiva la CIDH señaló, entre otras, que el país consultante podría expedir un reglamento para

⁷ Se puede consultar el texto completo de la Sentencia a través de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

⁸ 164. En el presente caso, la Corte advierte que la resolución de la tutela y de la apelación presentaron argumentos respecto a la procedencia legal del otorgamiento de las pensiones a personas del mismo sexo, basándose en la normativa colombiana vigente al momento de los hechos. La Corte considera que de la lectura integral de las resoluciones de tutela y de apelación no se desprende que la fundamentación de las mismas haya tomado en consideración como principal y factor determinante la orientación sexual del señor Duque o se haya basado de forma preponderante en un estereotipo en su contra debido a su orientación sexual. Por el contrario, consta que los órganos judiciales se remitieron de forma principal a lo establecido en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 (supra párrafos. 73 y 74) para concluir que al señor Duque no le correspondía acceder a la pensión de sobrevivencia. Por otra parte, las resoluciones de tutela y apelación establecieron que la vía de la tutela no era la idónea y señalaron los recursos en la vía ordinaria que debían interponerse, sin que se pueda concluir que el sentido de los fallos tuvo como base principal creencias estereotipadas de los jueces.

incorporar los estándares de igualdad y que la Convención protege el vínculo familiar derivados de la relación o uniones de las parejas del mismo sexo.⁹

Como se puede observar, justamente, lo que invita la CIDH en esta opinión es a legislar. Aunque se introdujo otro punto en el que se describe el "derecho al matrimonio", el Juez Eduardo Vio Grossi, con su voto parcialmente disidente cuestiona este punto, particularmente, pues considera que se violó el principio de congruencia porque no había relación entre el objeto de la consulta con esta respuesta; además, porque a su juicio la CIDH estaba desbordando sus competencias otorgadas justamente en la Convención.

Independientemente de los reparos de uno de los miembros de la CIDH, antes mencionado, de la lectura de los párrafos 200 a 228, encontramos una argumentación que de alguna forma califica el matrimonio como un derecho pero a la vez reconoce que hay otras instituciones jurídicas que se han desarrollado con el mismo objetivo de proteger legalmente las parejas del mismo sexo, pero que a su juicio que el reconocimiento del acceso del matrimonio para parejas del mismo sexo "sería el medio más sencillo" (párrafo 218). Es decir, con todo respeto, a mi juicio este sentir carece de entidad de argumentación jurídica suficiente para tomarlo como una receta preceptiva. Por último, en el párrafo 228 de dicha opinión, afirma que "podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas" En todo caso, este análisis lo incorporamos a beneficio de inventario porque no fue incluido como parte del Concepto de la Infracción de ninguno de los activadores, no siendo posible, como ya se indicó, suplir la argumentación del demandante.

⁹ 5.- El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza administrativa el cual puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión en los términos establecidos en los párrafos 162-171.

6.- La Convención Americana, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como el derecho a la protección de la familia (artículo 17), protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo en los términos establecidos en los párrafos 173-199." (EL SUBRAYADO ES DEL SUSRITO)

2197

25.- Dicho lo anterior, volviendo a la controversia constitucional que debemos resolver, desde nuestra visión, correspondía preguntarse: **¿El registrador civil panameño al tomar la decisión sobre la negativa de inscripción de los matrimonios lo haría movido por un estereotipo o prejuicio discriminatorio relacionado con la orientación sexual o en aplicación de la ley o reglamento vigente?**

En este sentido, en lo que a mí respecta, queda claro que no hay evidencia sobre dicho criterio discriminatorio, ni asomo de que el registrador haya tomado su decisión subjetivamente, movido por un estereotipo o prejuicio en base a la orientación sexual de los solicitantes del registro. Al contrario, la decisión se tomó con fundamento en la existencia de una normativa, incluso distinta de la que se impugna, que le indicaba al registrador la decisión a tomar. De hecho, la arbitrariedad hubiese sido ignorarla y omitir su aplicación.

26.- ¿Y por qué es importante hacerse esta pregunta y absolverla? Porque orientándonos, a manera de diálogo y no como relación de jerarquía, como canon hermenéutico y no como precepto legal de aplicación imperativa, el razonamiento que produjo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Sentencia del *Caso Duque vs Colombia* analizó la actuación de la autoridad estatal colombiana que había producido la gestión ante dicho tribunal internacional, llegando a la conclusión que no se había motivado en sesgos y estereotipos discriminatorios originados de la orientación sexual del demandante que había solicitado una pensión como consecuencia del deceso de su pareja y que, por el contrario, se había sujetado su decisión al estatuto legal vigente.

27.- Primera Conclusión. Aun haciendo el repaso de estos antecedentes jurisprudenciales, que guardan relación con discusiones sobre Orientación Sexual y No Discriminación, como complemento a la decisión cuya parte resolutive acompaño, ninguno de ellos guarda relación con la reclamación de discriminación por orientación sexual ante la imposibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. Porque, además, el registrador aplicó la normativa objetiva y no existe pruebas que actuó en base a prejuicios discriminatorios. Porque, aunque se declarara inconstitucional las normas atacadas, ello no tendría la virtud de brindar automáticamente los efectos jurídicos que los demandantes persiguen

obtener y tampoco tendría la entidad, dicha decisión, de alcanzar por extensión otras normativas que subsistirían, que le impedirían igualmente la inscripción y que no fueron objeto de la demanda. Y porque, lo que realmente impide el logro de la protección y amparo que aspiran los activadores pasa por la ausencia de una legislación, como ellos mismos reconocen en parte de su argumentación.

De la interpretación constitucional de la Sentencia.

28.- La Sentencia concluye que las normas impugnadas de inconstitucionales, por violar los artículos 4, 19 y 56 de la Constitución Política, no lo son, lo cual acompaño como parte resolutive. Sin embargo, también mantengo alguna divergencia con la argumentación jurídica que se incorpora. Lo anterior, porque en lo medular la Sentencia se afirma en que: **(a)** no se viola el artículo 4 de la Constitución Política porque no existe un derecho humano de matrimonio igualitario; **(b)** no se viola el artículo 19 porque el acceso del matrimonio entre un hombre y una mujer (con lo que parece decir un hombre **con** una mujer) responde a un tema de bienestar común, por la tanto no es arbitraria pues *"se justifica en el interés general de dar prevalencia a aquellas uniones con el potencial de instaurar familias (en su concepción original), dar continuidad a la especie humana, y, por ende, a la sociedad (...) la diferencia de trato viene sustentada en la finalidad inmanente del instituto matrimonial clásico"*; afirmación que es aclarada y acentuada en una cita de la propia Sentencia que se lee: *"20. Instrumentalizar la institución nuclear de la sociedad: la familia"*; **(c)** por último, en base a estas mismas razones tampoco se viola el artículo 56 de la Constitución Política, confrontándose el concepto de infracción desarrollado en cuanto a que uno de los activadores constitucionales consideran que negar el matrimonio a las personas del mismo sexo es un *"ataque extensivo a la sociedad misma, ya que, les impide establecer un núcleo social"*.

29.- Desde mi perspectiva, el reproche constitucional no se basaba en que consideráramos lo que se ha denominado "matrimonio igualitario" como un derecho humano. De hecho, ese es un argumento que se ha introducido con una Opinión Consultiva que se declaró No Viable por inoportuna. Mi lectura, de la argumentación de la demanda, es que se reclamaba que en base a la interpretación convencional, emitida por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el



alcance del artículo 24 en concordancia con el artículo 1 numerales 1 y 2, en materia de derecho a la igualdad y no discriminación en relación a orientación sexual, haciendo un control de convencionalidad, esta corporación debía concluir por adecuar el texto constitucional para declarar inconstitucional las normas del código de la familia y del código de derecho internacional privado de Panamá, objeto de impugnación. Sobre el particular, ya tuve oportunidad de referirme (párrafos 8-27), al analizar la interpretación convencional que hace la Sentencia que nos ocupa.

30.- Por lo tanto, en lo particular, considero que la argumentación jurídica de esta decisión no debe aproximarse o distraerse por momentos a una "defensa de la familia contra algo" o a ubicar al matrimonio como el único medio para formar una familia. Se trata, más bien, de estudiar si el sector de la población que mantiene una determinada orientación sexual tiene o no derecho, también, a que sus uniones genuinas, basadas en afecto sincero en singularidad y estabilidad, como proyecto de vida, puedan formar una familia en toda la extensión del término y no solo su acepción jurídica y tradicional. Y, a partir de esta primera respuesta, considerar si tienen o deben tener amparo o protección legal, ofreciéndoles efectos jurídicos, de manera de no ser invisibles ante la Ley.

31.- Respecto a lo anotado, en el párrafo inmediatamente anterior, es insoslayable que los individuos y seres humanos tienen derecho a desarrollar su identidad expresando libremente su orientación sexual, sin temor a estigmas, estereotipos, prejuicios ni repudio social. Ese derecho se extiende también a unirse en pareja con la misma orientación sexual, como un proyecto de vida. En ese sentido, estas uniones deben, de alguna forma, estar amparadas y protegidas por la ley, para que se contorne sus efectos jurídicos. Es allí donde nos distanciamos de los activadores, en cuanto a que esta conquista de amparo solo lo pueden lograr, mediante una declaración de inconstitucionalidad, accediendo al matrimonio que está construido para parejas heterosexuales en los cuerpos normativos que contienen las normas atacadas. Es decir, en la construcción del silogismo de los demandantes, la conclusión guarda relación con una premisa inapropiadamente concebida. En otras palabras, nuestra preocupación es y debe ser que ningún individuo o sector esté



fuera del paraguas de la protección legal y eso no se garantiza necesariamente, mediante una sola fórmula de institución de una familia.

32.- La siguiente pregunta, a modo de análisis socrático, que debemos hacernos es: **¿existe alguna prohibición constitucional para que las personas del mismo sexo puedan formalizar legalmente sus uniones?**

Para responder dicha pregunta hay que referirse al artículo 56, 57 y 58 de la Constitución Política, contenidos en el Capítulo 2º. "La Familia", del Título III "Derechos y Deberes Individuales y Sociales". En este sentido, mi interpretación del texto del Artículo 56 cuando dice que "El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará lo relativo al estado civil", no excluye ni prohíbe las uniones civiles del mismo sexo. Tampoco, desde nuestra perspectiva, lo excluye o prohíbe cuando el artículo 57 indica que "el matrimonio es el fundamento legal de la familia", porque si esa fuera la conclusión entonces no sería familia los hogares monoparentales, o los hogares conformados por parejas divorciadas que no vuelven a casarse, entre otras. Por último, en cuanto a las uniones de hecho entre personas de distinto sexo legalmente capacitadas para contraer matrimonio, de su redacción no alcanzo a concluir que el constituyente haya dicho que las uniones de hecho solo sean entre personas de distinto sexo, sino que se refiere a ese tipo de uniones de hecho.

33.- Siendo que la labor de un juez constitucional requiere de gestionar una interpretación con parámetros hermenéuticos distintos a los de un juez común, con lo cual no puede ni debe limitarse al texto literal, pues ello puede llevar al espejismo que si no está expresamente en el tenor no existe. La potestad de legislar no agota la Constitución, sino que la desarrolla; esto quiere decir que quien interpreta el alcance de un texto constitucional es el Tribunal Constitucional, que bien puede indicar, señalar, observar y/o destacar que una legislación se ha quedado corta con respecto al alcance total de la interpretación constitucional. No requiere de encontrar la verdad, sino de elaborar posibles hipótesis y luego escoger la que al intérprete le ofrezca más asertividad. Un Tribunal Constitucional tiene la virtud y entidad de actualizar la norma a los contextos actuales evolutivos. Si bien, la intención del constituyente es una herramienta para comprender la noción original que se tuvo al construir la norma, no es en sí una metodología de interpretación. De allí



2201

que, la interpretación constitucional, que debe desarrollarse como una actividad de ponderación, muchas veces no se debe enfocar en lo que la Constitución es, sino en todo lo que puede ser y no ser. **Por tanto, al no estar prohibida expresamente la posibilidad de regular las uniones de parejas del mismo sexo, no hay óbice para que se legisle sobre esta realidad social; empero, la ausencia de una legislación no convierte a las normas atacadas en inconstitucionales.**



34.- Entonces, haciendo una interpretación conforme, tanto constitucional como convencional (es decir, internacionalizando nuestra interpretación constitucional), según se ha estimulado por la CIDH en la Sentencia de 2009 en el *Caso Padilla Pacheco vs México* y la del 2016 en ocasión del *Caso Andrade Salmon vs Bolivia*, debemos preguntarnos cómo en esta decisión podemos aproximarnos a aquel diálogo armonioso y complementario de control de convencionalidad (*test comparativo* o *test de compatibilidad* que nos habla Nestor Pedro Sagües), para establecer el reconocimiento a los derechos humanos (derecho de igualdad en este caso) y la garantía para hacerlos respetar. Así las cosas, ese punto de encuentro, desde mi perspectiva, transita por: (a) declarar que no son inconstitucionales las normas impugnadas; (b) definir que dichas normas no agotan las maneras de formar una familia y tampoco prohíben otras; (c) acentuar que no se violaría la Constitución Política si legislativamente se diseñara una fórmula para proteger jurídicamente dándole efectos jurídicos a las uniones civiles que formen personas del mismo sexo.

35.- No hemos logrado ubicar un precedente jurisprudencial de la CIDH que se refiera a un contexto específicamente sobre la reclamación de trato discriminatorio por no conceder o reconocer el derecho a acceder al matrimonio a personas del mismo sexo. No hay un pronunciamiento directo de la CIDH, en materia contenciosa, en el que haya dicho expresamente que la igualdad ante la ley para lograr la protección de uniones civiles para personas del mismo sexo solo se pueda reconocer y garantizar mediante el acceso al matrimonio.

36.- Segunda Conclusión. Desde mi perspectiva, no hay impedimento constitucional para legislar una institución o figura jurídica que ampare y proteja legalmente los derechos y obligaciones que surjan de uniones que

2202

constituyan parejas del mismo sexo. Sin embargo, esta perspectiva no está incorporada en la Sentencia.

En base a lo que aquí he desarrollado, por ser consideraciones que no son compartidas por la mayoría del Pleno, en el entendimiento que estas divergencias no afectan la coincidencia de la parte resolutive, es que consigno el presente **VOTO RAZONADO**.

Fecha ut supra,

MGDO. OLMEDO ARROCHA OSORIO



**YANIXSA Y. YUEN C.
SECRETARIA GENERAL**

Entrada No. 1042-16.

**LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL**

Panamá 15 de Marzo de 2023

Secretaria General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia