

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 503

Panamá, 11 de mayo de 2017

Advertencia de Inconstitucionalidad. La firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal**, advierte la inconstitucionalidad del **artículo 26 del Código de la Familia**.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia,
Pleno.

Acudo ante el Pleno de nuestra más alta instancia jurisdiccional, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración, dentro del proceso constitucional relativo a la guarda e integridad de la Constitución, a través de la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

La norma jurídica, cuya constitucionalidad se cuestiona a través del presente proceso de advertencia, lo es la frase **“...entre un hombre y una mujer...”**, la cual está contenida en el artículo 26 del Código de la Familia, adoptado mediante la Ley 3 de 17 de mayo de 1994, publicado en la Gaceta Oficial 22,591 del día 1 de agosto de 1994, cuyo texto íntegro es el siguiente:

“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” (Lo resaltado es nuestro).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen como infringidas y concepto en que se alegan que lo han sido.

El demandante aduce que el artículo 26 del Código de la Familia infringe el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Panamá, el cual señala:

“Artículo 4. La República de Panamá acata las normas de derecho internacional.”

De igual forma, fundamenta su pretensión, en razón de la presunta infracción del artículo 24 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) en San José, República de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, y ratificada por la República de Panamá, mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, el cual señala:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Finalmente, se estima que la norma atacada en sede constitucional, vulnera el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que según el activador constitucional, fue aprobada por la República de Panamá mediante Decreto Legislativo 10 de 24 de octubre de 1945, publicada en la Gaceta Oficial 9949 de 18 de marzo de 1946, la cual señala:

“Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Debemos en este punto señalar que, el activador constitucional, incurrió en un error al señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos había sido aprobada mediante Decreto Legislativo 10 de 1945.

En primer lugar, el Decreto Legislativo 10 de 1945, expedido por la Segunda Asamblea Nacional Constituyente y publicada en la Gaceta Oficial 9949

del lunes 18 de marzo de 1946, se refiere solamente a la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En segundo lugar, el Decreto Legislativo 10, fue expedido por la Segunda Asamblea Nacional Constituyente, el 24 de octubre de 1945 y publicado, como hemos visto, el 18 de marzo de 1946; mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunidas en la ciudad de París, el 10 de diciembre de 1948, mediante la Resolución 217 A (III).

III. Consideraciones generales sobre el tema objeto de controversia constitucional.

1. No cabe duda que la causa de inconstitucionalidad planteada, vía la advertencia de inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados, Morgan & Morgan, quienes actúan en representación de Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal, constituye, y trata, de un tema que en todos los países en los que se ha abordado, ha causado polémica. Desde luego, en nuestro país, una vez que dicho tema ha sido llevado, ante la más alta Corporación de Justicia, como lo es la Corte Suprema de Justicia, no ha escapado a tal realidad.

2. En efecto, así como en otros países se ha generado todo un gran debate alrededor del reconocimiento del matrimonio igualitario, o entre personas del mismo sexo, en Panamá existen posiciones encontradas. Hay que señalarlo y dejarlo consignado, desde un principio, que esto es propio de los sistemas o regímenes democráticos. En la medida en que se le reconocen una serie de derechos a los integrantes de la sociedad, éstos reclamarán que los mismos sean garantizados a todos en igualdad de oportunidades y en respeto a su dignidad como persona.

3. Por tanto, la Procuraduría de la Administración, al momento de entrar a conocer de la referida causa constitucional, a objeto de emitir su opinión en cuanto a determinar, si la frase cuestionada contenida en el artículo 26 del Código de la

Familia, es o no violatorio de la Constitución en su artículo 4, como del artículo 24 de la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es indiferente a la polémica generada. Por consiguiente, la opinión a emitir debe ser el producto de un estudio serio y detenido y, además, responsablemente asumida.

4. Ello significa, que la opinión a emitir, debe hacerse de manera que quede clara la posición de la Procuraduría de la Administración, por lo que la argumentación en la que ha de sustentar su criterio ha de ser lo más didáctico posible, cónsona con el valor de la dignidad de todos los seres humanos, como al principio de igualdad ante la Ley y a un trato no discriminatorio contra persona alguna.

IV. Óptica desde la cual se abordara el tema en discusión ante la jurisdicción constitucional.

5. Como se indicó, el tema objeto de la cuestión de inconstitucionalidad formulada vía advertencia de inconstitucionalidad, tiene que ver con la posibilidad del reconocimiento o no del matrimonio igualitario en nuestro país. Es por eso por lo que se demanda la inconstitucionalidad, y la violación de normas de reconocimiento de derechos humanos, de la frase contenida en el artículo 26 del Código de la Familia ya que, al establecer éste que “el matrimonio es la unión voluntaria concertada **entre un hombre y una mujer**, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común”, trae como resultado que, tal y como está redactada, excluya que, personas del mismo sexo, puedan contraer matrimonio con miras a que se le reconozcan los mismos derechos que tiene las parejas heterosexuales.

6. El tema objeto de controversia constitucional y de posible desconocimiento de derechos humanos, como se indicó, ha generado una serie de diferencias que se pueden concretar en dos posiciones claramente diferenciadas y excluyentes entre sí: i) los que son del criterio que no es posible

reconocer, de manera alguna, igual derecho a personas del mismo sexo a contraer matrimonio, al sostener que el concepto de matrimonio solamente se puede fundamentar, sobre el hecho que éste sólo es posible cuando surge de la relación entre personas de sexos diferentes, es decir, entre un hombre y una mujer; ii) quienes sostiene la otra posición mantienen una concepción, si se quiere más amplia sobre el concepto de matrimonio, lo que los lleva a sostener que objetivamente no existe razón alguna para excluirlos, del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales, a contraer matrimonio.

7. En razón de lo anterior, y como quiera que la controversia planteada guarda relación con derechos fundamentales y humanos, la perspectiva desde la cual se ha de abordar la misma, debe ubicarse desde la óptica de lo que implica el Estado laico. Ello no significa que se desconozca, se menosprecie o ignore, que la problemática referente a lo que entraña el matrimonio, para constituir una familia, tiene un fuerte componente religioso.

8. En efecto, en el Código de la Familia, en su artículo 27, se deja establecido que, “la Ley regula el matrimonio civil” y que éste “deberá celebrarse del modo que determine este Código, pero reconoce que son válidos, para todos los efectos civiles, los matrimonios que se celebren conforme al culto católico o cualquier otro culto que tenga personaría jurídica en la República de Panamá, y que haya sido autorizado previamente para ello por el Ministerio de Gobierno y Justicia (hoy Ministerio de Gobierno)”.

9. ¿Por qué la Procuraduría de la Administración señala que la problemática del tema en debate, debe abordarse desde la óptica de lo que entraña un Estado laico? Porque nuestra sociedad, en cuanto a la forma como jurídica y políticamente se ha ido configurando el Estado panameño, responde a la cultura occidental de la cual formamos parte. Esta sociedad y el Estado así configurado, se han caracterizado por el establecimiento de un espacio público, la denominada sociedad pluralista, en la que, independientemente del estatus social o económico

de las personas que la integran, independientemente de su origen, su raza, su sexo, sus creencias religiosas o políticas, en ese espacio público todos deben ser tratados con respeto a su dignidad como persona humana, en igualdad de derechos y sin ser objeto de discriminación.

10. Con relación a lo antes planteado, y que sirve de referencia al pensamiento que da sustento a lo expresado, cabe traer a colación lo manifestado por el recién fallecido profesor y pensador italiano, Giovanni Sartori, cuando afirmaba que, es el “Renacimiento el que proporciona las municiones culturales a la rebelión laica, que se inicia, después de las guerras de religión, con la tolerancia y la afirmación de principios y valores pluralistas. Tolerancia significa rechazo de cualquier dogma y de cualquier verdad única, y pluralismo significa, correlativamente, rechazo de cualquier poder único, monocrático y uniformador. La ciudad antigua temía el disenso, porque el disenso era discordia y la discordia la rompía y la debilitaba. La ciudad moderna, en cambio, aprecia el disenso, y al apreciarlo lo civiliza en *concordia discors*, o también en una discordia que se transforma al final en concordia”. El citado autor italiano adicionaba que, “el edificio del constitucionalismo liberal se construye sobre estas premisas y, por tanto, se basa en la separación entre política y religión, en una convivencia pluralista y en principios y valores laicos: por un lado, la autonomía y la libertad individual, y por otro, la legitimación democrática del poder” (Giovanni Sartori. La carrera hacia ningún lugar. Edit. Taurus, España, 2016, p. 216).

11. Esta concepción, de lo que implica el Estado constitucional al que se adscribe nuestro Estado, queda configurada, en una forma u otra, en los valores que recoge y protege nuestra Constitución, cuando en su preámbulo, el que es producto de la reforma constitucional de 1994, que se aprobó una vez se retornó a la democracia, se deja consignado que, “con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la

integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”.

12. De manera que, a juicio de la Procuraduría de la Administración, el tema controvertido vía la advertencia de inconstitucionalidad, mediante la cual se solicita se declare contraria a la Constitución, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, una frase contenida en el artículo 26 del Código de la Familia, debe ser abordado desde la óptica de lo que extraña un Estado laico. Ello permitirá darle un mejor tratamiento a la cuestión constitucional formulada a la hora de entrar a resolverla, ya que tendrá presente los valores y principios de respeto a la dignidad de toda persona, de trato igualitario ante la Ley y sin que ninguna persona sea objeto de discriminación.

V. Los mecanismos de protección a tener en cuenta para la solución de la controversia que se plantea vía la advertencia de inconstitucionalidad. El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.

13. A juicio de la Procuraduría de la Administración, dos son los mecanismos de tutela a los que hay que recurrir, a fin de poder establecer, si se produce o no el desconocimiento de lo que tiene previsto la Constitución en su artículo 4, como también la infracción del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

14. El primero de ellos es el denominado control de convencionalidad. Esto es así, toda vez que se está aduciendo, la infracción de disposiciones que se encuentran previstas, en Convenios o Declaraciones internacionales sobre derechos humanos y de los cuales Panamá es signataria.

15. El otro es el control de constitucionalidad, en la medida en que se aduce la violación de un precepto establecido en la Constitución.

16. Con relación a lo que implica el control de convencionalidad, como uno de los mecanismos de tutela a tomar en cuenta, a objeto de establecer si se

produce o no la infracción de las disposiciones sobre derechos humanos que se invocan en la presente causa de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, éste resulta de relevante importancia para la resolver la causa en debate. De ahí la necesidad de tener claro, qué es lo que tal control conlleva, en qué consiste el mismo.

17. En ese sentido, Miguel Carbonell, en su obra, Teoría de los Derechos Humanos y del Control de la Convencionalidad, nos dice que, “el control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar las medidas que sean necesarias **para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente**. Recordemos que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos que ella establece, pero también a ‘garantizar’ su pleno y libre ejercicio” (Miguel Carbonell, Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad, Centros de Estudios Carbonell, México, 2015, p.139) (lo resaltado es nuestro).

18. Por su parte, Allan R. Brewer-Carias, al referirse al control de convencionalidad, lo hace manifestando que éste es, “el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, **ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno**, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquellas, ha ordenado a los Estados **realizar la corrección de la inconventionalidad**, por ejemplo modificando la norma cuestionada” (Allan R. Brewer-Carias. Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo. En la obra Estudios sobre el Control de Convencionalidad.

Colección Estudios Jurídicos No. 109. Edit. Jurídica Venezolana, Venezuela, 2015, p. 36) (lo resaltado es nuestro).

19. En diversas oportunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre lo que implica el control de convencionalidad, lo que le ha permitido ir estableciendo y consolidando, toda una concepción jurisprudencial con relación a lo que dicho control conlleva, sus particularidades y alcances. Veamos algunos de estos criterios jurisprudenciales:

- a. En lo que tiene que ver con su concepto y sentido, ha señalado la Corte Interamericana: “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” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006) (lo resaltado es nuestro).
- b. En cuanto a que los tribunales del país de que se trate, no deben limitarse solamente al control de constitucionalidad: “la Corte observa

que el CJCP (Comité Judicial 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”. A dicho criterio adicionó la Corte, **“el análisis del CJCP no debería limitarse 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” (Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007) (lo resaltado es nuestro).

- c. Criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana donde señala que, el control de convencionalidad, debe ser realizado *ex officio*: “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” (Caso Trabajadores Cesado del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006) (lo resaltado es nuestro).

- d. En cuanto a que el control de convencionalidad, es una obligación de toda autoridad pública: “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de

graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' [...], **que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial**" (Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011) (lo resaltado es nuestro).

- e. En cuanto al valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana en ejercicio de sus competencias. Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que, "se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del 'control de convencionalidad', concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, **incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.**

Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las

obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. **En esta tarea, deben 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**" (Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013) (lo resaltado es nuestro)¹.

20. De la jurisprudencia reseñada, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, queda claro, sin lugar a dudas, lo que entraña el control de convencionalidad: un mecanismo de control para la eficacia y aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia proferida por tal Corte, en el Derecho interno de cada Estado que forma parte del sistema americano de tutela de los derechos humanos. Este mecanismo permite, que en el evento en que se determine, se establezca o se compruebe, que una norma, criterio o práctica proveniente de las autoridades, cualquiera que ella sea, de un país suscriptor de la Convención Americana, sea contraria a la Convención, quien lleve a cabo el control de convencionalidad, está obligado a aplicar lo previsto en la Convención, con miras a hacer efectivo el derecho humano que se ha podido ver menoscabado. Éste control debe hacerse, como lo dispone la Corte Interamericana, *ex officio*, y por parte, no solamente de todos los jueces del poder judicial en el ejercicio de sus competencias, sino que también por todas las autoridades del Estado de que se trate. El control de convencionalidad conlleva, como parámetro para ejercerlo, no sólo la aplicación de la Convención Americana,

¹ La recensión de los fallos de la Corte Interamericana citados puede ser consultada y verificada en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7.

sino también la interpretación que de ésta ha llevado a cabo la Corte Interamericana.

21. En concreto, el control de convencionalidad, al ponerse en práctica, tiene un propósito bien definido, hacer cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De ahí que, de acreditarse que en efecto se ha vulnerado, menoscabo, desconocido o infringido un derecho humano, la ley o norma del Derecho interno que contenga o regule unos criterios u supuestos que le sean contrarios, no se aplicará al caso en el que tal violación se acredita. El control de convencionalidad, dicho de otra manera, permite que sean las propias autoridades del Estado de que se trate, las que hagan efectiva la aplicación de la Convención Americana, a objeto que dicho Estado no se vea sometido ante la instancia de la Corte Interamericana, como posible infractor de un derecho humano regulado en la Convención.

22. Si, como bien lo ha dejado sentado la Corte Interamericana, que el control de convencionalidad, **“es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”**, no cabe duda que desde un inicio, el Estado panameño, en este caso, a través de la Dirección Nacional de Registro Civil del Tribunal Electoral, omitió tal control cuando se le formuló la solicitud de parte de la firma de abogados, Morgan & Morgan, para la inscripción del matrimonio de Enrique Raúl Jelenszky Carvajal y John Winstanley. En temas en los que están involucrados derechos humanos reconocidos en Tratados, Convenciones o Declaraciones de los que nuestro país es dignatario o suscriptor, no se puede actuar como si Panamá no haya suscrito dichos Tratados, Convenciones o Declaraciones y, peor aún, como si éstos no fueran de obligatorio cumplimiento. De ahí que, como mínimo, la Dirección Nacional de Registro Civil debió hacer el análisis de convencionalidad respectivo, sin necesidad que éste le haya tenido que ser requerido por quien hizo la solicitud en mención.

23. En lo que tiene que ver con el otro mecanismo de control de protección de derechos, en este caso de derechos regulados en la Constitución, se trata, como ya se indicó, del control de constitucionalidad. Este control, que le corresponde ejercerlo al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para hacerlo efectivo, debe hacerse, como es obvio, una interpretación de la Constitución que, en el presente caso, no puede hacerse omitiendo el control de convencionalidad que se requiere como complemento al mismo, ni dicha interpretación de la Constitución puede pasar por alto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana aplicable al tema en debate. Ello obliga, a la Procuraduría de la Administración, por tanto, que al entrar a analizar el fondo de la advertencia de inconstitucionalidad en estudio, debe hacerlo teniendo en cuenta lo antes planteado con relación al control de convencionalidad. De no procederse así, por parte de la Procuraduría, y en su momento por parte de la Corte Suprema, se estaría incurriendo en la misma omisión en la que incurrió la Dirección Nacional de Registro Civil.

VI. Análisis de fondo de la controversia formulada vía la advertencia de inconstitucionalidad promovida en contra de la frase contenida en el artículo 26 del Código de la Familia y del Menor.

A. Lo que plantea quien promueve la advertencia de inconstitucionalidad.

24. Como se deduce de la advertencia de inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados, Morgan & Morgan, lo que se le solicita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, es que se declare inconstitucional la frase “entre un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 26 del Código de la Familia y del Menor. De manera precisa, y sin entrar en las otras consideraciones que se aducen en la advertencia de inconstitucionalidad, lo que en concreto sirve de sustento a la pretensión constitucional, es que la frase cuestionada desconoce y, por ende es contraria, a la “normativa vigente” en la Constitución en la que se

reconoce la “igualdad ante la ley”, trato igualitario mediante el cual, a juicio de quien promueve la advertencia de inconstitucionalidad, “debe mínimamente proveer las mismas garantías que” las Convenciones de Derechos Humanos “ofrecen a los nacionales de los países parte de las mismas” (se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Declaración Universal de Derechos Humanos). Adiciona el advertidor de la inconstitucionalidad que, “en el caso que nos atañe, consideramos que el establecer que el matrimonio es la unión voluntaria entre un hombre y una mujer vulnera la igualdad ante la ley de las personas cuya preferencia sexual es al mismo sexo”.

25. En la advertencia de inconstitucionalidad en estudio se sostiene, de igual manera, que, “el impedir que personas de un mismo sexo accedan al matrimonio viola la igualdad ante la ley de dichas personas al establecer una discriminación sobre la base de su sexualidad y, por tanto, es una clara violación por omisión de la aplicación de las normas constitucionales por parte del legislador”.

26. De lo expuesto se deduce, sin que haya duda en cuanto a lo que constituye el sustento de la pretensión constitucional formulada, que lo que se reclama es que, al establecerse en el artículo 26 del Código de la Familia, que el matrimonio se produce como resultado de la unión “entre un hombre y una mujer”, sin que haya opción a que éste pueda ser contraído entre personas del mismo sexo, trae como resultado que se produzca un trato desigual y, por ende discriminatorio, lo que se aduce es contrario al artículo 4 de la Constitución, como del 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

B. Qué ha planteado y señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al derecho de igualdad y la prohibición de discriminación tutelados por la Convención Americana. Aplicación del control de convencionalidad.

27. En el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, la Corte Interamericana dejó sentada una posición relevante y clara que, para los efectos del caso en estudio, resulta orientadora y determinante para la opinión a emitir por parte de la Procuraduría de la Administración como, a nuestro juicio, necesario tomar en cuenta por la Corte Suprema de Justicia, al momento en el que entre a resolver la advertencia de inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados, Morgan & Morgan, en contra de la frase cuestionada contenida en el artículo 26 del Código de la Familia.

28. En el citado caso exponía la Corte Interamericana lo siguiente:

“1. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, **todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma.**

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que **la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona**, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, **el principio fundamental de igualdad y no discriminación** ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. **Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.**

80. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. **Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.** Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

81. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de 'discriminación'. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas 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, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante 'Comité de Derechos Humanos') ha definido la discriminación como:

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

82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a 'igual protección de la ley'. Es decir, **el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho**, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, **sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.** En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una

protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

2. La orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

83. La Corte ha establecido, 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. Tal **interpretación evolutiva** es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

84. En este sentido, al interpretar la expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1 de la Convención, **debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado**, según el principio de la norma más favorable al ser humano.

85. Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, **no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo**. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1 de la Convención **debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo**.

86. Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de Organización de Estados Americanos (en adelante 'OEA') ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.

87. Respecto a la **inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es 'otra condición'

mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante 'Convenio Europeo'), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso Clift Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo 'otra condición', es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona.

88. En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso Toonen Vs. Australia que la referencia a la categoría 'sexo' incluiría la orientación sexual de las personas.

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados.

89. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo 'otra condición social'. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

90. El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la 'Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género', reafirmando el **'principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres**

humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género'. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la 'Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género'. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre 'derechos humanos, orientación sexual e identidad de género' en la que se expresó la 'grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género'. La prohibición de discriminación por orientación sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas.

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), **la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual**" (Fallo del Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, pp. 28-34) (lo resaltado es nuestro).

29. Conforme al fallo de la Corte Interamericana reseñado, no se presta a duda que, al quedar reconocida "la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida", para el caso del tema en debate, mal se puede establecer una distinción en cuanto a las personas que pueden contraer matrimonio en razón de su sexo, en el sentido que se regule y se entienda, que éste solamente puede ser contraído entre personas de sexos opuestos no así entre personas del mismo sexo. De manera que, establecer esta distinción, no

sólo implicaría dar un trato desigual ante la ley a las personas del mismo sexo que quieran, deseen o pretendan contraer matrimonio, sino que también conllevaría, a todas luces, un trato discriminatorio hacia su persona por razón de tener una orientación sexual distinta a la que se considera es la de la mayoría.

30. Cuando un Estado miembro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, se ha comprometido a cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que además haya reconocido como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención sobre Derechos Humanos”, como es el caso de nuestro país, no le queda otra opción a todas las autoridades de dicho Estado, que tener que llevar a cabo, *ex officio*, un control de convencionalidad a objeto de poder establecer, en un caso concreto, si una norma de su Derecho interno, es o no conforme a la Convención Americana, así como a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana.

31. Si, al llevar a cabo el control de convencionalidad, una autoridad determina, acredita o establece que se produce o que existe una contradicción, infracción, desconocimiento o menoscabo de un derecho humano reconocido en la Convención, lo que procede, a partir de ahí, es dejar de aplicar la norma del derecho interno en cuestión, de manera que se haga prevalecer la Convención y, con ello, el derecho humano vulnerado.

32. A juicio de la Procuraduría de la Administración, al entrar a conocerse el fondo de la controversia constitucional planteada, debe llevarse a cabo, como condición previa, un control de convencionalidad sobre la frase cuestionada, control de convencionalidad que, por lo demás, debe efectuarse, *ex officio*, por parte de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, previo a determinar la constitucionalidad o no de la frase advertida como de inconstitucional, le corresponde a la Corte Suprema someter la frase, “entre un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 26 del Código de la Familia, al control de

convencionalidad, de manera que se pueda aplicar, y haga prevalecer, lo previsto en el artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el derecho a la igualdad ante la ley, como con respecto al principio de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida.

33. La frase cuestionada desconoce e infringe, de manera directa, lo establecido en el citado artículo 1.1 de la Convención Americana, en el que se dispone que:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención **se comprometen a respetar los derechos** y libertades reconocidos en ella y **a garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de **cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**” (lo resaltado es nuestro).

34. De igual manera, la citada y cuestionada frase contenida en el artículo 26 del Código de la Familia, desconoce e infringe, de manera directa, lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana, en el que se dispone que:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley.
En consecuencia, tienen derecho, **sin discriminación,**
a igual protección de la ley” (lo resaltado es nuestro).”

35. Los transcritos artículos de la Convención Americana resultan infringidos, toda vez que, no se garantiza a las personas que, siendo del mismo sexo, puedan contraer matrimonio lo que sí pueden realizar aquellas personas que, siendo de sexos opuestos, se le reconoce la posibilidad de contraer éste. Al no darle un trato igual ante la ley, en este caso por razón de la frase cuestionada vía la advertencia de inconstitucionalidad, se termina discriminándoles por razón

de su orientación sexual. Al no recibir igual trato ante la ley, las personas de igual sexo que pretendan contraer matrimonio en Panamá, al existir en el artículo 26 del Código de la Familia, la frase “entre un hombre y una mujer”, se les limita, restringe e impide, que por motivo de su orientación sexual distinta a la de la mayoría, puedan realizar igual proceder que los de sexo distinto entre sí, el cual es, contraer matrimonio.

36. Se sigue de lo expuesto, que la Corte Suprema de Justicia, al entrar a conocer el fondo de la pretensión constitucional promovida, vía advertencia de inconstitucionalidad debe, como lo ha señalado la Corte Interamericana, proceder como condición previa a hacer un control de convencionalidad sobre la frase cuestionada, contenida el artículo 26 del Código de la Familia. Este control así llevado a cabo le permitirá establecer, como lo considera esta Procuraduría, que la referida frase no se adecúa a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni a la jurisprudencia que sobre el principio de un trato igualitario ante la ley ni al de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual, ha emitido dicho tribunal como intérprete último de la Convención Americana. Por tanto, una vez acreditada la violación de los artículos antes aludidos de la Convención Americana, la Corte Suprema deberá proceder en consecuencia, en el sentido de hacer prevalecer la Convención con miras a tutelar y garantizar el trato igualitario ante la ley, de las personas que del mismo sexo, deseen o pretendan, de manera voluntaria, contraer matrimonio.

37. Esta petición que hace la Procuraduría de la Administración a la Corte Suprema, con el debido respeto, encuentra sustento en lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejaba señalado, en el caso Duque Vs. Colombia, cuando expresaba que:

“La Corte Interamericana ya ha establecido que **la orientación sexual** y la identidad de género de las personas **son categorías protegidas** por la Convención. Por ello, **está proscrita** por la Convención **cualquier norma, acto o práctica discriminatoria**

basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, **ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno**, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden **disminuir o restringir**, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana” (Sentencia de 26 de febrero de 2016 p. 31) (lo resaltado es nuestro).

C. La pretensión constitucional promovida abordada desde la óptica del control de constitucionalidad.

38. Como se indicó, la firma de abogados, Morgan & Morgan, al promover la advertencia de inconstitucionalidad en contra de la frase “entre un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 26 del Código de la Familia, también lo hacen aduciendo la violación del artículo 4 de la Constitución. No obstante, y como quiera que el artículo 2566 del Código Judicial dispone que, en los casos del control de constitucionalidad, “la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucionalidad únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinente”, para los efectos del análisis de fondo desde la óptica del control de constitucionalidad, y en función de la opinión a emitir, la Procuraduría abordará el tema objeto de cuestionamiento constitucional, de manera integral, es decir, desde una concepción que permita ubicar el debate en base a una interpretación constitucional cónsona con lo que implica un constitucionalismo democrático y de respeto a la dignidad de toda persona. De igual manera, dicho análisis debe ser coherente con la argumentación ya antes expuesta, en lo referente al control de convencionalidad.

39. Desde un inicio, todo lo que vino a implicar lo que hoy se conoce como constitucionalismo, quedó caracterizado por lo que se dejó consignado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al establecerse que, “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Lo que significa que, para que una Constitución se considere como tal, no sólo debe limitar el poder político sino que debe reconocer, una serie de derechos que con el tiempo han venido a catalogarse como derechos fundamentales.

40. Esos derechos fundamentales, que en la esfera internacional vendrían a ser los derechos humanos, poseen una particularidad esencial: se reconocen, no a unos pocos, ni a unos cuantos ni siquiera a unos muchos, sino a todas las personas por el sólo hecho de serlo. Los derechos así reconocidos para todas las personas, tienen un sustento básico, la dignidad de todo ser humano. Por tanto, cualquier debate, análisis o estudio sobre los derechos reconocidos a todas las personas, tiene que tener presente que, “la dignidad intrínseca de todos los seres humanos es el fundamento de los derechos humanos de acuerdo con la Declaración Universal” (Pablo de Lora. Memoria y frontera. Desafío de los derechos humanos. Edit. Alianza, España, 2006, p. 139).

41. Cuando se alude a la dignidad de toda persona, hay que recordar lo que en este caso se quiere dejar sentado, en el sentido que, como lo señala el Tribunal Constitucional de España, según lo recoge Luis Roberto Barroso, la dignidad humana constituye un “valor moral y espiritual inherente al ser humano y expresado, en particular, en la consciente y responsable autodeterminación de cada persona sobre su propia vida, lo que justifica la exigencia de respeto hecha a terceros” (Luis Roberto Barroso. La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2014, p. 64). Lo que lleva a reconocer que, “la dignidad humana es un valor

fundamental que informa el contenido de diversas normas escritas, al tiempo que condiciona la interpretación constitucional como un todo, principalmente cuando los derechos fundamentales están involucrados" (Ibídem, p. 105).

42. Nuestro constitucionalismo, como nuestra Constitución, no son ajenos, no pueden serlo, a esta concepción. Y no pueden serlo porque formamos parte de la cultura occidental que ha dado lugar, a lo que hoy día se conoce, como el Estado constitucional y democrático de Derecho. Por tanto, al abordar la presente pretensión constitucional en cuanto al fondo de la misma, no se puede, y además, no se debe obviar esto. Lo que se quiere dejar afirmado es que, la solución de la controversia constitucional formulada en la advertencia de inconstitucionalidad en estudio, guarda relación con derechos fundamentales, lo que significa que tiene que ver con un problema relacionado con la dignidad de la persona humana en cuanto a su autodeterminación. Teniendo presente esto, se deja establecido lo que es el aspecto medular de lo planteado en la advertencia de inconstitucionalidad: que se está reclamando que, así como se reconoce que un hombre y una mujer, los que, por su propia decisión, porque así lo han querido, pueden contraer matrimonio, y la ley así se los reconoce, personas del mismo sexo tengan derecho a un trato igual ante la ley, por lo que se les debe permitir igual posibilidad. De lo contrario, se les estaría dando un trato desigual ante la ley, lo que implicaría un trato discriminatorio por su orientación sexual.

43. Ya se indicó, que en el preámbulo de nuestra Constitución se establece, se señala y dispone, que con la misma se busca, entre otros fines, "garantizar la libertad", como "exaltar la dignidad humana". Lo que significa, que toda interpretación que de la Constitución se haga, sobre todo cuando la controversia que se vaya a resolver tenga que ver con un derecho fundamental, como ocurre en la presenta causa, tiene que hacerse de manera que se opte por la alternativa que sea más favorable al derecho que se aduce infringido, menoscabo o desconocido, lo que ha de permitir hacer efectiva, en consecuencia, la libertad y la

dignidad de la persona cuya tutela de su derecho reclama. Esto es cónsono, por lo demás, con lo que la Corte Interamericana señalaba en la sentencia ya antes citada (Caso Atala Rizzo y niñas Vs. Chile), cuando consignaba que, en materia de tutela de derechos humanos, “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos”.

44. En cuanto a esto último, nuestra Corte Suprema de Justicia ha reconocido, lo que en la doctrina se conoce como el principio *favor libertatis*, según el cual, “en materia de interpretación de derechos subjetivos fundamentales la autoridad de control debe escoger la opción interpretativa que favorezca el derecho o libertad amenazado o conculcado” (fallo de 3 de enero de 1994. Registro Judicial de enero de 1994, p. 66).

45. ¿Cómo se concreta esto en la Constitución? Por una parte, reconociendo los principios de igualdad ante la ley, como se consigna en el artículo 20 de la Constitución, y el de la prohibición de fueros o privilegios y de la prohibición de la discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas, como lo dispone el artículo 19 de la Constitución y, por la otra, señalando que, “los derechos y garantías” que regula nuestra Constitución, “deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre derechos fundamentales y la dignidad de la persona”, lo que queda previsto en el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución.

46. ¿Qué implicaciones va a tener el reconocimiento de la dignidad y la libertad como fines de lo establecido en la Constitución, así como de los principios *favor libertatis*, el de igualdad ante la ley y el de la prohibición de tratos discriminatorios? Pues que, al momento en el que haya que interpretar la Constitución, por razón de la solución de una controversia constitucional en la que está en debate, la tutela de un derecho fundamental, dicha interpretación tiene que hacerse a favor de la opción que más garantice, que haga más efectivo y que amplíe el derecho cuya protección se pretende. En el caso de la advertencia

formulada, ello se complementaría, además, con la interpretación que señala la Corte Interamericana procede en casos como el que se debate, cuando en el fallo ya antes citado indicaba que la interpretación debe hacerse, “en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo” (Sentencia Atala Riffo y niñas Vs. Chile de 24 de febrero de 2012).

47. Al tener lo formulado en la advertencia de inconstitucionalidad en estudio, relación con los principios de igualdad ante la ley y de la prohibición de tratos discriminatorios, traemos a colación un fallo de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a ambos principios, fallo que, entre la abundante jurisprudencia sobre el tema, resulta aleccionador para la solución de la controversia constitucional.

Señalaba la Corte Suprema, en ese sentido, lo siguiente:

“...

a. De allí que para decidir la causa el Pleno estime necesario exponer algunas consideraciones en torno al contenido de los referidos artículos 19 y 20 de la Constitución y la evolución de los principios de no discriminación e igualdad.

El ‘*principio de no discriminación*’ se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Norma Fundamental, que preceptúa que ‘...no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas’.

Esta norma protege, *prima facie*, el derecho subjetivo de toda persona a *recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades* y crea para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias.

La lectura de esta disposición refiere también una serie de factores que el constituyente consideró capaces de generar tratos desiguales, a saber: (a) *la raza*, (b) *el sexo*, (c) *la discapacidad*, (d) *la clase social*, (e) *la religión* y (f) *las ideas políticas*. Se entiende entonces que, frente a cada uno de esos factores, surgen categorías de personas que, en una determinada situación, quedan en posiciones de

ventaja o desventaja frente a otras. Esto es lo que se conoce como categorías sospechosas, sobre las que existe un mayor riesgo de que se produzcan tratos discriminatorios o desiguales motivados por circunstancias sociales, históricas y/o culturales.

Desde esa perspectiva, encuentra el Pleno que el artículo 19 de la Constitución, crea para el Estado más que la obligación de no discriminar, el *deber de eliminar los tratos discriminatorios*, que existen entre los grupos que se encuentran en ventaja y aquellos que, por una determinada circunstancia, están en una posición desventajosa.

En cuanto al artículo 20 de la Constitución, puede indicarse que consagra la denominada 'igualdad ante la Ley' que se traduce en el *derecho de toda persona a recibir del ordenamiento jurídico y de las autoridades el mismo trato y disfrutar de las mismas oportunidades*.

Tradicionalmente, se ha interpretado este precepto en concordancia con el artículo 19, en el sentido de que las autoridades tienen el deber de dirigir sus actuaciones dispensando el mismo trato a todas las personas a las que sea aplicable una ley, sin excepción, sin hacer diferencia alguna entre las personas por causa de su raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Esto es lo que se conoce como *igualdad en sentido formal*.

Sin embargo, el concepto de igualdad ha evolucionado considerablemente alejándose cada vez más de la *igualdad formal* para dirigirse a un concepto de *igualdad material, real y efectiva* que se construye partiendo de la base de que *lo que la Constitución prohíbe son los tratos arbitrariamente desiguales*, esto es, aquellos para los cuales no existe una *explicación razonable* que sustente el trato distinto o diferenciado.

Es bajo esa concepción de *igualdad material* que surgen las denominadas *acciones positivas* como mecanismos eficaces para lograr, mediante la diferenciación de trato, reducir o eliminar las desigualdades existentes entre distintos grupos o géneros de la sociedad. El autor David Jiménez Glück se refiere a las acciones positivas en los siguientes términos:

'las acciones positivas son aquellas normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tienen como finalidad luchar contra la situación de *desigualdad*

material de estos últimos. Las tres características principales de este tipo de medidas son: a) la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, *tiene como fundamento la igualdad material* entre colectivos; b) la medida tiene como finalidad *compensar la desigualdad material* que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; y c) *el rasgo que determina la diferenciación es la característica* que los cohesiona como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, la raza, etc.), característica que explícita o implícitamente...se recoge en la Constitución como rasgo especialmente sospechoso' (JIMÉNEZ GLÜCK, David, 'Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional', Editorial Bosch, Barcelona, 2004, f. 316. El destacado es del Pleno).

Estas *acciones positivas* se dan en dos modalidades: 1) Como acciones positivas *moderadas*, cuando favorecen a un colectivo inicialmente discriminado sin perjudicar a otros colectivos; y 2) Como acciones positivas *por discriminación inversa*, cuando crean cuotas, consistentes en la reserva directa de plazas o la atribución de porcentajes asignado puntos o calificaciones especiales a los sistema de selección para los miembros de los colectivos que se consideran marginados y que se quiere favorecer (Cfr. ARANDA ALVAREZ, ELVIRO, 'Discriminación por Razón de Sexo en el Ámbito Político', dentro del Volumen Colectivo "Derecho Constitucional para el Siglo XXI", Tomo I, Editorial Aranzadi, S. A. Navarra, f. 782. El destacado es del Pleno)".

b. En el citado fallo la Corte Suprema también afirma, de manera clara que, "no obstante, la simple existencia de esta diferenciación de trato no implica discriminación y *sólo cuando la diferenciación no es razonable deviene en arbitraria* y se lesiona el principio de igualdad" (Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 5 de julio de 2012).

48. Conforme a la argumentación desarrollada por la Corte Suprema, y en función del tema objeto de debate, cabe formular las siguientes preguntas, ¿reciben las personas del mismo sexo, *un trato igual* y disfrutan de las mismas

oportunidades ante la ley, que el dispensado a las personas heterosexuales frente a la posibilidad de contraer matrimonio? ¿Qué *razones objetivas y razonables* se pueden aducir, y que no sean discriminatorias por su orientación sexual, como para no dar igual trato ante la ley para contraer matrimonio, por parte de personas del mismo sexo? ¿El trato que se les dispensa a las personas del mismo sexo, ante la posibilidad de contraer matrimonio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26 del Código de la Familia y otras normas relacionadas con el tema, es *cónsono con el principio de igualdad ante la ley*, como con *el de la prohibición de la discriminación* por razón de su orientación sexual y con su dignidad como personas? En la controversia constitucional en debate, ¿cuál sería la interpretación constitucional *más favorable* al trato igual ante la ley que se reclama y que sea *cónsona*, a su vez, con el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual y con la dignidad de toda persona por el solo hecho de serlo? ¿Se puede resolver la controversia constitucional formulada *omitiendo, ignorando o pasando por alto* el control de convencionalidad que exige casos como éstos, según lo planteado por la Corte Interamericana? ¿Procede o no, *ex officio*, que la Corte Suprema de Justicia lleve cabo, en la solución de la presente controversia constitucional, un control de convencionalidad? ¿De no hacerlo así, no se estaría desconociendo la obligación que tiene el Estado panameño, de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como también la jurisprudencia que relacionada a ésta ha ido emitiendo la Corte Interamericana, aun a costa de su derecho interno por ser contrario a la Convención?

49. Una respuesta a las preguntas formuladas, exige tener presente, el siguiente planteamiento doctrinal, que a nuestro juicio es necesario hacer. José María Rosales, en su estudio preliminar a la obra, Patriotismo constitucional, del autor, Dolf Sternberger, expresa que, “en un admirable trabajo sobre el significado de la Constitución, plantea Hanna Pitkin los términos precisos del debate sobre la lealtad cívica. Distingue Pitkin dos sentidos en la idea Constitución. Según el

primero, la Constitución es el marco normativo básico de la vida civil. Es lo que constituye a los ciudadanos como comunidad política. Pero esta Constitución no es definitiva, de acuerdo con el segundo de los sentidos. Las constituciones, señala Pitkin, 'se hacen'. La Constitución de una comunidad política es un proceso permanente de experiencia civil, de participación ciudadana en la vida comunitaria, es decir, en la vida de la Constitución" (José María Rosales, Experiencia constitucional e identidad cívica. Estudio preliminar de la obra, Patriotismo constitucional del autor, Dolf Sternberger. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 13). Y, como la Constitución no termina con su aprobación sino que, por el contrario, hay que llevarla a la práctica, a objeto de realizar lo que en ella se ha reconocido en materia de derechos fundamentales, es lo que explica que no es ni resulta coherente con lo que se persigue, al aprobar una Constitución, que se terminen adoptando normas, actos y se lleven a cabo prácticas que violenten, desconozcan, menoscaben, infrinjan o vulneren los derechos fundamentales previstos en la Constitución. O, peor aún, que se excluya a un grupo de personas, por razón de su raza, o de su nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, lo que incluye su orientación sexual, por su religión o por sus ideas políticas, de los derechos que son reconocidos a los demás.

50. De producirse un trato desigual ante la ley, de privarse a unos de los mismos derechos que se reconocen a otros en igualdad de condiciones de seres humanos, de producirse un trato discriminatorio por razón de su orientación sexual, como a todas luces ocurre en la causa objeto de estudio, no queda otra alternativa, por parte de las autoridades, como lo indica la Corte Suprema en el fallo citado, de su "*deber de eliminar los tratos discriminatorios*, que existen entre los grupos que se encuentran en ventaja y aquellos que, por una determinada circunstancia, están en una posición desventajosa".

51. Desde la óptica del control de constitucionalidad, y de acuerdo a lo que nuestra Constitución regula referente al matrimonio, tenemos que en ésta no se

define, a diferencia del artículo 26 del Código de la Familia, el matrimonio como la unión voluntaria entre un hombre y una mujer. En efecto, en el artículo 57 de la Constitución, al aludir al matrimonio se deja previsto que “el matrimonio es el fundamento legal de la familia, descansa en la igualdad de los cónyuges y puede ser disuelto de acuerdo con la Ley”. La única norma que alude a la diferencia de sexo es el artículo 58 de la Constitución, en el que se regula lo que tiene que ver con la unión de hecho.

52. Si la Constitución no define el matrimonio como lo hace el Código de la Familia, ¿se ha de entender que la frase cuestionada resulta contraria a la Constitución? No necesariamente. Pero tampoco ésta debe interpretarse, como si excluyera la posibilidad, que el matrimonio quede excluido para personas del mismo sexo. Explicado de otra manera, una interpretación conforme a la Constitución, de la frase cuestionada, llevaría a sostener que la misma no resulta inconstitucional en la medida en que se interprete que, así como un hombre y una mujer pueden, voluntariamente contraer matrimonio, personas del mismo sexo también podrían hacerlo.

53. Dicha interpretación garantizaría igual trato ante la ley de las personas que, por razón de su orientación sexual distinta a la de la mayoría, deseen contraer matrimonio de la misma manera, con los mismos derechos y protección que tal estatus brinda a personas de sexos opuestos. Dar un trato distinto, no sólo conllevaría un desconocimiento del principio de igualdad ante la ley, sino establecer un trato discriminatorio en detrimento de su dignidad como persona humana.

54. El principio de interpretación conforme a la Constitución significaría, una vez decidido así por la Corte Suprema, que la frase cuestionada, a partir del fallo en que ello se declare, debe ser interpretada en el sentido que, el derecho reconocido a un hombre y una mujer de contraer matrimonio, no excluye ni debe entenderse excluyente a personas del mismo sexo, ya que de lo contrario se le

estaría dando un trato desigual ante la ley y discriminatorio por razón de orientación sexual, lo que iría en contra su dignidad como persona. Tal interpretación, por lo demás, vendría a ser coherente con la jurisprudencia que sobre este tema ya ha desarrollado la Corte Interamericana. El referido principio de interpretación de conformidad con la Constitución, ha sido reconocido y aplicado por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 24 de octubre de 1991, lo que queda así consignado en el libro del Dr. Arturo Hoyos, La interpretación constitucional, Edit. Temis, Colombia, 1993, p. 26. El fallo de 24 de octubre de 1991 aparece en el Registro Judicial de octubre de 1991, a página 87-93, donde puede ser consultado.

55. Al emitir la opinión de la Procuraduría de la Administración, no podemos pasar por alto lo que, sobre este mismo tema de controversia, emitió la Corte Constitucional de Colombia, cuando señalaba que, “el paradigma del Estado Social de Derecho se funda sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones” (p. 94), que “los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual” (p. 94). Dejaba consignado, de igual manera el referido tribunal que, “hoy por hoy, la sexualidad y la procreación son fines, más no elementos esenciales del matrimonio. El *quid iuris* del matrimonio no se determina por quienes lo conforman, sino por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida” (p. 95), y que, “el derecho comparado ofrece elementos de juicio que permiten a la Corte constatar que toda sanción, restricción, discriminación o trato diferenciado fundado en la orientación sexual, tiene origen o arraigo eminentemente cultural, teocrático, dictatorial o religioso, objetivamente vulneradores de principios de libertad individual, dignidad e igualdad y, así mismo, evidenciar que en los Estados de Derecho neoconstitucionales se ha convertido

en una tendencia global el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo”(p. 96) (Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU214/16. Sentencia consultable en el sitio web de dicha entidad jurisdiccional: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16).

56. Una interpretación del artículo del Código de la Familia y el Menor que contiene la frase cuestionada conforme con la Constitución, implicaría que, así como se reconoce el derecho que tiene un hombre y una mujer, que de manera voluntaria y con capacidad legal, puedan concertar libremente unirse para hacer y compartir una vida en común, de igual manera lo puedan hacer personas del mismo sexo, que se encuentren en igualdad de condiciones. Dicha interpretación conforme con la Constitución permite garantizar, un trato igual ante la ley, a quienes siendo del mismo sexo, de manera libre y voluntaria, opten por contraer matrimonio. De igual manera se les respetaría su dignidad como personas humanas, que merecen un trato que prohíba se les discrimine por su orientación sexual.

VII. Una reflexión adicional.

La historia de la humanidad ha pasado por distintas etapas en lo que a reconocimiento de derechos humanos o fundamentales se trata. Así, hubo una época en la que todos los hijos no eran tratados de manera igual ante la ley, pues se hacía una distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. También hubo una etapa, no del todo superada aun, en la que a la mujer se le daba un trato desigual ante el hombre. A la mujer se le consideraba inferior al hombre al que debía servir y ser sumisa sin posibilidad de poder participar, del Estado del que formaba parte, como ciudadana en la vida política de su país.

En la historia de la humanidad también vamos a encontrar que a las personas se les discriminó, y se les persiguió, por el color de su piel. Se les segregó, se les privó de sus derechos, se les condenaba a cumplir pena de prisión por oponerse al sistema que los discriminaba, y en otras épocas, se les

esclavizaba. Hasta hace poco, muy poco, se consideraba delito el matrimonio interracial. Al prohibirse éste llegó a sostenerse que, "Dios todopoderoso ha creado las razas aria, negra, amarilla, malaya e india, y las ha ubicado en continentes separados. Si no fuera por la interferencia humana en tal, ordenación, estos matrimonios no existirían. El hecho de que él separará las razas muestra que no pretendió que se mezclarán" (Pablo de Lora. Ob. Cit. p. 80).

Ha habido momentos en la historia de la humanidad, todavía no superados del todo, en los que, por motivos religiosos, se iban a la guerra, o se hacía imposible la convivencia entre personas de distintas religiones.

Dentro de ese contexto de privación, discriminación, persecución o de negación de derechos, se ubica el tema objeto de debate vía la presente advertencia de inconstitucionalidad. Por eso hacemos alusión a esas situaciones o etapas que ha vivido la humanidad en la lucha por sus derechos y a un trato igual ante la ley y de no discriminación. Eso es lo que explica que se hayan reconocido, en diversos Convenios y Tratados como en distintas Constituciones, los derechos humanos y fundamentales que deben ser garantizados a toda persona por el solo hecho de serlo.

VIII. Opinión y solicitud de la Procuraduría de la Administración.

Luego de lo expuesto, una vez analizado el fondo de la pretensión constitucional formulada mediante la advertencia de inconstitucionalidad promovida por la firma de abogados, Morgan & Morgan, en contra de la frase, **"...entre un hombre y una mujer..."**, contenida en el artículo 26 del Código de la Familia y del Menor, la Procuraduría de la Administración es la de la opinión que lo que procede, como condición previa a entrar a confrontar dicha frase con la Constitución, **es que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, lleve a cabo un control de la convencionalidad sobre la frase cuestionada, en los términos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido, según la jurisprudencia que ya ha sido citada. Dicho control de convencionalidad**

debe tener como objetivo, hacer prevalecer la eficacia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ante una norma contraria a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de un trato igual ante la ley, de no discriminación por razón de la orientación sexual de las personas. De no procederse así, se pone en riesgo que el Estado panameño sea demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con todas las consecuencias que ello implica.

En cuanto al control de la constitucionalidad, la Procuraduría de la Administración es del criterio que, **si bien la frase cuya inconstitucionalidad se solicita no es contraria a la Constitución, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, debe condicionar la interpretación y consiguiente aplicación del artículo que la contiene, al principio de interpretación constitucional conforme a la Constitución, de manera que se garantice, a las personas del mismo sexo, igual tratamiento ante la ley que las que reciben las de sexo opuesto cuando libremente deciden contraer matrimonio. Con ello se darían las condiciones materiales que harían efectiva, la prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual, y se respetaría la dignidad de toda persona por el hecho de serlo independientemente de su orientación sexual.**

Siendo esta la opinión de la Procuraduría de la Administración con respecto al tema planteado en la advertencia de inconstitucionalidad aludida, así lo solicita, con el debido respeto, lo resuelva el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se estaría haciendo efectiva, por una parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por la otra, lo previsto en la Constitución en cuanto a exaltar la dignidad humana como fin constitucional, como garantizando un trato igualitario ante la ley y de no discriminación por razón de la orientación sexual de cualquier persona que ella sea.

IX. Observación.

Por lo relevante del tema objeto de controversia constitucional, la Procuraduría de la Administración acompaña a su opinión, como documentación adjunta, el estudio que se realizara sobre distintos aspectos que guardan relación con lo planteado, lo que ha de servir de orientación y como aporte al debate que se ha generado en torno al matrimonio igualitario.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1042-16-I