

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 Ríffo 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 hacía 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 Riffo 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

INFORME

Para: Dr. Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

De: Mgtr. Gurziz Singh Gill D.
Secretario de Procesos Judiciales (Coordinador)
Procuraduría de la Administración

Asunto: Estudio sobre las consideraciones jurídicas en torno a la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por la firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal**, sobre la frase “...entre un hombre y una mujer...”, contenida en el artículo 26 del Código de la Familia.

En torno al debate propuesto dentro de la **Advertencia de Inconstitucionalidad** presentada por la firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal**, sobre la frase “...entre un hombre y una mujer...”, contenida en el **artículo 26 del Código de la Familia**, se genera una discusión dentro de los diversos campos y matices de la realidad de la sociedad panameña del siglo XXI.

A modo de exordio, consideramos que para efectuar el análisis lógico-racional de la presente causa, se hace necesario realizar una separación conceptual de lo que es eminentemente en Derecho, de cualquier otro elemento metafísico o meta-jurídico, especialmente de la perspectiva, muchas veces dogmática de las instituciones sociales, toda vez que a las Ciencias Jurídicas les corresponde el examen y regulación de las conductas externas de los hombres y las implicaciones externas de las mismas, a fin de garantizar la paz, la armonía y la seguridad de la vida social, por lo que sus normas son objetivas o transubjetivas, por cuanto regula la conducta relativa o relacional de los hombres, valorando la misma en referencia a la vida social, no en atención al interés del sujeto obligado, razón por la cual, establece límites precisos y externamente verificables.

Utilizando el criterio del iuspositivismo kelseniano, a efectos de formular una “teoría pura” eminentemente jurídica, la misma implica **que la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos no dependen de la verdad o la falsedad de**

premisas empíricas o morales. La existencia y el contenido del Derecho, como reza la premisa fundamental del positivismo, dependen de hechos sociales y no de sus cualidades o virtudes, pues de lo contrario, correremos el riesgo que el estudio eminentemente jurídico enmarcado estuviese contaminado con parámetros propios del fuero interno de los seres humanos, así como de ideologías políticas y religiosas diversas. En tal sentido, para este estudio, salvaguardaremos la idea de la pureza de la Ciencia Jurídica, a efectos de poderla distinguir de la moral y de la ciencia empírica.

Así, para un mejor análisis de las pretensiones y fundamentación del presente negocio constitucional, hemos optado por dividir este estudio en los siguientes apartados:

- A. Alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el control de la Convencionalidad.
- B. La Condición del Estado Laico en la República de Panamá.
- C. Breve sinopsis de la evolución de las instituciones relativas a familia en el Istmo de Panamá en la Época Colonial, Departamental y Republicana.
- D. El Ser Humano, objeto y razón del Derecho.
- E. Precedentes de la Jurisprudencia de otros países y de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos.

En primer lugar, analizaremos el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el control de la Convencionalidad; posteriormente la condición de Estado laical de la República de Panamá; una breve sinopsis de la evolución de las instituciones relativas a familia en el Istmo de Panamá (en las Épocas Colonial, Departamental y Republicana); una reflexión sobre el Ser Humano, objeto y razón del Derecho; los precedentes de la Jurisprudencia de otros países y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y finalmente Preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá, como *condictio sine que non* (condición sin la cual) para la interpretación de la Norma Fundamental, y las perspectivas relativas a la institución del matrimonio y de la familia, así como la igualdad ante la Ley.

A. Alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el control de la Convencionalidad.

De acuerdo a Miguel Carbonell, en su obra Teoría de los Derechos Humanos y del Control de la Convencionalidad, ***“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; esto significa, que el Estado mexicano tiene la obligación de respetar, pero también la de garantizar (por mandato que se contiene igualmente en nuestro artículo 1 párrafo tercero constitucional) los derechos previstos en los ordenamientos internacionales. El deber de garantía es el que da fundamento al punto 4 que se acaba de enunciar, según el cual toda la organización del Estado debe estar al servicio de los derechos humanos, en la medida que éstos derechos suponen la base de la legitimidad del quehacer estatal.”*** (Miguel Carbonell, Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad, Centros de Estudios Carbonell, México, 2015, p.139.) (Lo resaltado es nuestro).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, República de Costa Rica del 7 al 11 de noviembre de 1969, fue ratificada por la República de Panamá mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1976, dictada por la entonces Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento, organismo vigente de 1972 hasta 1984, cuando a raíz de las reformas constitucionales de 1983, el Estado panameño retornó a su tradicional sistema legislativo unicameral (Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional).

Al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado panameño se comprometió, entre otras cosas:

- A.** Obligación adoptar disposiciones de derecho interno, en el sentido de que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 de la misma, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a

adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Artículo 2).

- B.** Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (artículo 62). En este último aspecto, el 9 de mayo de 1990, la República de Panamá reconoció como obligatoria y de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.
- C.** Por la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, corresponde a las autoridades (judiciales y/o administrativas) de cada país signatario de la Convención, ejercer *ex officio* (en virtud del cargo), el Control de la Convencionalidad, dentro del marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, incluso sobre otros tratados de derechos humanos. Este control es un mecanismo o herramienta que permite al servidor público, dentro de sus funciones, constatar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (no solo los tratados internacionales, sino incluso, los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al punto que el servidor deberá inaplicar una norma del derecho interno, si la misma está en contradicción con la norma internacional).
- D.** De acuerdo a lo señalado en la Sentencia de 2 de julio de 2004, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa al “**Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**”, se señaló el principio de responsabilidad internacional del Estado con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, cuando señala:

“144. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo **Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera**

de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado.

...

146. En casos similares, el Tribunal ha establecido que '[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos', para establecer su compatibilidad con la Convención Americana."

B. La Condición del Estado Laico en la República de Panamá

Como quiera que propugnamos en el presente concepto en separar del estudio jurídico, de todo elemento externo que implique juicios dogmáticos, es necesario destacar que la historia constitucional de la República de Panamá se ha desarrollado dentro de la concepción de Estado laico, en donde si bien es cierto, se reconoce que la religión católica es la de la mayoría de los panameños, el Estado no confiesa oficialmente ninguna preferencia por credo religioso alguno, sino que lo deja al fuero interno de los ciudadanos y extranjeros que se encuentran en el territorio nacional, aunado al hecho que desde la conformación de la nación panameña, el Istmo ha sido centro de convergencia y tránsito de personas de diversas culturas y tradiciones religiosas distintas al catolicismo o del cristianismo en general.

La historia constitucional panameña ha enmarcado la idea de separación entre la Iglesia y el Estado, concebida por Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, como el: "*Sistema constitucional o de hecho en que el Poder Público no solo no admite como oficial una religión, sino que se abstiene a contribuir, con fondos del presupuesto, al sostenimiento del culto y de sus ministros. La instauración de esta actitud se origina con la Revolución francesa y tiende a propagarse con el liberalismo decimonónico. Tras la Segunda Guerra mundial se amplió el número de países adictos con la separación de los regímenes colectivistas.*" (Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual – Tomo VII, Editorial Heliasta, 16ª edición, Buenos Aires, 1981, p.387).

Es necesario destacar, en este momento que el Estado panameño, desde el origen de la República, fue concebido como un Estado laical o secular, el cual es independiente de cualquier organización o confesión religiosa o de toda religión y en el cual las autoridades políticas no se adhieren públicamente a ninguna religión determinada ni a creencias religiosas que influyan sobre la política.

En contraste con el criterio anterior, existe el llamado Estado confesional, el cual es aquel que se adhiere a una religión específica, lo cual se refleja, no sólo en los usos, costumbres o tradición, sino que también la aplica su legislación, especialmente en la Constitución del país.

Al producirse la separación de Panamá de Colombia, regía en el Istmo (entonces Departamento de Panamá), la Constitución de 1886 impulsada por el Presidente Rafael Núñez, de fuerte corte conservador, el cual señalaba de manera directa:

“Artículo 38. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.” (Lo resaltado es nuestro).

Para complementar el alcance de la misma, dicha Carta Constitucional, el artículo 40 permitió el ejercicio de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes, considerando que los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común. De igual forma, el artículo 41 dispuso que la educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica.

Una vez producidos los sucesos que se desarrollaron el 3 de noviembre de 1903, que culminaron con la separación del Istmo y la proclamación de la República de Panamá, se hace necesario establecer los mecanismos de relación entre la Iglesia Católica y el naciente Estado.

Sin entrar a ponderar o calificar de buenos o malos, los hechos o análisis que a continuación enunciaremos, solo deseamos dejar registrados acontecimientos históricos como tal.

Según el Doctor Alberto Osorio Osorio, eminente historiador panameño, miembro de número de la Academia Panameña de Historia y Presidente de

Historia Eclesiástica de Panamá, en su obra Historia Eclesiástica de Panamá 1815-1915 (obra auspiciada y difundida por la Conferencia Episcopal Panameña, Panamá, 2000, p. 488 y siguientes):

“Lo más significativo en las relaciones del Estado con la Iglesia Católica fue que de un plumazo eliminó la declaración constitucional nuñista del 86 según la cual la Religión Católica Romana era la de la Nación, aunque no oficial.

...

Acabamos de indicar que la Constitución de 1904 no reconocía el catolicismo como religión de Estado. Si éste no fue el origen de las fricciones del primer Gobierno con la Jerarquía eclesiástica, al menos indicaba la línea que sería seguida en cuanto al tema religioso se refiere.

El artículo 26 regulaba el modo de relación que la potestad civil mantendría en adelante con la Iglesia y sus representantes. Es necesario transcribir el texto pertinente:

‘Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y al orden público. Se reconoce que la Religión Católica es de la mayoría de los habitantes de la República, y la ley dispondrá que se le auxilie para fundar un Seminario Conciliar en la Capital y para misiones a las tribus indígenas.’

En el artículo que comentamos recordaba mucho lo que aparecía consignado en las Constituciones colombianas anteriores a la de 1886. Libertad de cultos dentro del ambiente de tolerancia reinante. En el trasfondo, una discusión entre partidos porque los conservadores aspiraban a más: a declarar el catolicismo como religión de la Nación, pero fueron vencidos por los liberales. Nicolás Victoria propuso entonces que en artículo se aclarara que la fe católica era de casi todos los ciudadanos del nuevo país.

...

No han faltado tampoco quienes sostienen que por su posición geográfica y puente abierto a todas las corrientes de pensamiento, Panamá no podía parcializarse a favor de ningún credo en particular porque la igualdad habría sido atenuada y se fomentaría la injusticia.

En la perspectiva del momento se pretendía fortalecer la independencia y darle al ciudadano una verdadera emancipación y amplitud jurídica. Esto es verdad en gran medida, pero la República de Panamá nació bajo otro signo que alteraba sustancialmente lo que la Constitución de Núñez habría consagrado: el catolicismo como religión oficial.

...

En última instancia, ninguno de los ideólogos de ambos partidos impugnaban la religión; diferían sí en lo que los liberales propugnaban un culto personal y privado como fuero de la conciencia individual, mientras los conservadores defendieron siempre la oficialización de la fe que debía ser estatal, reconocida pública y jurídicamente por la Nación y sus personeros.

Con posterioridad, ciertos acontecimientos, acaecidos por las circunstancias y la introducción de nociones netamente laicas, harían que las relaciones Iglesia – Estado panameño tomaran giros incompatibles con los postulados religiosos. Aquí no hubo nunca –como se ha querido hacer ver – una “maquinaria liberal” desatada contra el catolicismo según lo apreciamos en Colombia al promediar el siglo XIX.

...”

Por otra parte, el sacerdote sulpiciano, Alfredo Morín, también miembro de la Academia de Historia Eclesiástica de Panamá, en la ponencia sobre el “Período del Episcopado de Monseñor Francisco Javier Junguito, s.i.” quien fuera el Obispo de Panamá durante la gesta separatista de 1903, publicada en las Memorias de las II Jornadas Teológicas Santa María la Antigua y I Congreso de Historia Eclesiástica, Presencia de la Iglesia Católica en Cien Años de Caminar de la República (Editorial La Antigua, Panamá, abril 2004, p.58 y siguientes), desarrolladas en la USMA en septiembre de 2003, a raíz de la celebración del Centenario de la República brinda una visión sobre el tema objeto de análisis.

“Mendoza, al Obispo Junguito: le asegura que ‘la transformación política en nada habrá de menoscabar ni siquiera entibiar los vínculos de cordial amistad predominantes entre las dos entidades con autoridad a tan fausto suceso, antes bien, abrigo la persuasión de que ellos serán, si cabe, más estrechos aún.’

El señor Junguito es invitado y asiste a la recepción oficial del representante del gobierno de Estados Unidos.

1904. Enero 1: El señor Junguito preside el Te Deum en la catedral para agradecer a Dios el advenimiento de la República de Panamá.

Enero, hasta mediados de febrero se instala la Convención Constituyente.

...

La Ley 11 de 1904 crea 24 becas para jóvenes para estudiar al exterior: dos para jóvenes que se destinan al sacerdocio en el Colegio Pío Latinoamericano.

1905. Junguito pide la cancelación de la deuda que tenía Colombia con la Iglesia.

La luna de miel no duró mucho: varias leyes del nuevo gobierno, con fechas distintas, arriesgaban crear malestar con la Iglesia. Por ejemplo:

Se declaró la separación de la Iglesia y del Estado, algo verdaderamente traumático para gente acostumbrada desde siglos a vivir en un país oficialmente católico (Ley Fundamental del 13 de febrero).

Se proclamó la libertad de cultos, reconociendo, sin embargo que la religión Católica era la de la mayoría. Los conservadores pedían que las demás religiones apenas 'se toleraran'.

(Para corregir la mala impresión, se agregó que el Estado auxiliaría a la Iglesia Católica para formar un seminario conciliar y para misiones en las tribus indígenas. Estos auxilios cesaron durante el gobierno del presidente Belisario Porras.)

Los cementerios fueron declarados laicos;

Se intentó, en vano, imponer la enseñanza laica;

No se reconoció el Concordato celebrado en 1887 entre la Santa Sede y la República de Colombia;

No se aceptó la obligación de pagar a la Diócesis la deuda contraída por el Gobierno colombiano en restitución de los bienes de que fue despojada y que pasaron a manos de particulares;

Se prohibió la asistencia oficial de escuelas a los actos religiosos;

Se declaró el matrimonio civil obligatorio (Cod. Civ. 1916);

Se estableció el divorcio legal (Nov 11, 1911);

Y otras leyes dejaban la impresión de que la independencia no se habría hecho solo respecto de Colombia, sino también respecto de la Iglesia.”

De esta manera, podemos tener una idea aproximada de la ideología de las personas a quienes les correspondió establecer las primeras bases de las instituciones jurídicas del Estado panameño en su nacimiento.

En lo pertinente al proceso constituyente en Panamá, de acuerdo con los Anales de la Convención Nacional Constituyente, publicada el 4 de febrero de 1904 (pag.14), el artículo 35 original del proyecto de Constitución Política fue discutido en la sesión de la mañana del día 23 de enero de 1904:

“Artículo 35. Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y al orden público. Se reconoce sin embargo que la Religión Católica es de la mayoría de los habitantes de la República.”

El Doctor Manuel Amador Guerrero, Convencional por la provincia de Panamá, introdujo una reforma al mismo, la cual resaltamos, el cual finalmente quedó adoptado como el artículo 26 de nuestra primera Carta Constitucional:

“Artículo 26. Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y al orden público. Se reconoce sin embargo que la Religión Católica es de la mayoría de los habitantes de la República, y *la ley dispondrá que se le auxilie para fundar un Seminario Conciliar en la Capital, y para misiones a las tribus salvajes.*” (Lo resaltado es nuestro).

Así podemos observar que desde el nacimiento de la República de Panamá, predominó una concepción que el Estado que ella encarna, es de características laicales, siendo excluido el llamado Estado confesional, donde existe una religión oficial del mismo. Los textos constitucionales posteriores, mantuvieron el mismo principio.

Con el desarrollo de la codificación nacional, en materia civil (familia) surgieron controversias entre el Estado panameño y la jerarquía de la Iglesia Católica. El jurista Olmedo Arrocha Osorio, en su obra Biografía y Genealogía de un Código, libro en Homenaje al Código Civil en su Centenario, señala a propósito de lo anterior:

“La Iglesia Católica, a través de su Obispo Guillermo Rojas y Arrieta, impulsó campaña contra las leyes ‘afectadoras’ de sus intereses; principalmente desde la juramentación del doctor Porras en 1912, iniciaron un movimiento contra los liberales y masones, **quienes desde la Asamblea Nacional fueron definiendo como Estado moderno, la separación de poderes, potestades e intereses entre la Iglesia y el Estado.**

...
 Esta situación entre la Iglesia y el Estado no logró resolverse de manera temprana. Las medidas tomadas a favor de esa separación de intereses provocaron la advertencia eclesiástica de excomunión de los diputados que votaran a favor de la sanción del Código Civil, según se desprende de la Décimo Tercera Carta Pastoral sobre el Matrimonio Civil, con fecha del 3 de junio de 1917.

...” (Lo resaltado es nuestro)

En Panamá, no existe una religión oficial del Estado, sino que también se permite la libertad de cultos, incluso la posibilidad que las personas sujetas a la jurisdicción panameña, puedan profesar o no creencia religiosa alguna, al punto que el constituyente patrio, permitió, de acuerdo al artículo 181 de la Constitución Política vigente, que el ciudadano llamado a ejercer la primera magistratura de la Nación, pueda prescindir de la invocación a Dios en el juramento de toma de posesión del cargo.

C. Breve sinopsis de la evolución de las instituciones relativas a la familia en el Istmo de Panamá en la Época Colonial, Departamental y Republicana.

A través de la historia, hemos observado que la evolución o cambios introducidos en las diversas instituciones jurídicas relativas a la familia en Panamá, no han sido de fácil aceptación por diversos sectores de la sociedad. En los momentos históricos correspondientes, especialmente durante la época republicana, han causado resistencia y generado diversas opiniones.

Un somero panorama que iniciamos desde la legislación colonial, ayudará a comprender mejor la tesis formulada.

De acuerdo al autor panameño Laurentino Díaz López, *“...al referirnos al derecho de familia, hay que dejar sentado, que, en términos generales, se aplicó en América el mismo derecho vigente en la Península. La razón es muy sencilla: en Castilla, como en el resto de Europa, el matrimonio se ceñía a las normas*

consagradas por la legislación eclesiástica, completada a veces con ciertas normas particulares de derecho civil." (Laurentino Díaz López, El Derecho en América en el Período Hispánico, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1989, p.317.).

La época colonial en Panamá ocurre desde 1502 hasta el 28 de noviembre de 1821, se mantuvo el criterio que provenía de la legislación medieval española, que el matrimonio como tal, dependía del Derecho Canónico, y en algunos casos, se le otorgaron ciertos efectos civiles expresamente determinados por la ley.

En tal sentido, se consideró que el matrimonio era indisoluble, al punto que en las Siete Partidas de Alfonso X, obra jurídica del siglo XI, se definía como el *"ayuntamiento hecho con intención de vivir siempre en uno marido y mujer, para no apartarse nunca, y con mutua lealtad."*, y la disolución del mismo sólo acaecía con la muerte de uno de los cónyuges, y en el caso del matrimonio rato, no consumado, se admitía la disolución mediante la profesión religiosa. Igualmente, la separación, o lo que hoy llamamos "divorcio", que en las disposiciones de las Siete Partidas, se denominaba "departimiento", no implicaba la disolución del vínculo, sino la separación en cuanto a la cohabitación por diversas causas, como sevicia, trato cruel y otras. (Cfr. Guillermo Hernández Peñalosa, El Derecho de Indias y en su Metrópoli, Editorial Temis, Bogotá, 1969, p. 248 y 249).

A partir del 28 de noviembre de 1821, cuando el Istmo de Panamá proclama su independencia de España y se une voluntariamente a la Gran Colombia, bajo la figura de Simón Bolívar, se mantuvo el hecho, que si bien es cierto, los movimientos revolucionarios independentistas buscaron eliminar la dependencia con la Corona española y crear una República regida por normas creadas frente a la nueva realidad a fin de crear un sistema de gobierno distinto del hispano, jurídicamente no fue posible hacer un cambio inmediato en la legislación vigente, por lo que hubo la necesidad de mantener una gran parte del derecho castellano-indiano, el cual continuó en vigor durante buena parte del siglo XIX, hasta que paulatinamente quedó derogado totalmente. En tal sentido, la Constitución de Cúcuta de 1821 mantuvo expresamente la vigencia de la legislación anterior en tanto no se opusiera, directa ni indirectamente, a lo dispuesto por la Carta constitucional ni a las leyes y decretos que expidiera el Congreso. Años después, la ley de Procedimiento Civil sancionada el 13 de mayo de 1825, estableció para "todos los Tribunales de la República civiles y criminales" el siguiente orden de prelación de fuentes: 1º) las leyes decretadas o que decretase en lo sucesivo el

poder legislativo; 2º) las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 (día anterior a la abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando) en tanto no se opusieran a las leyes y decretos emanados del ejecutivo; 3º) las leyes de la Recopilación de Indias; 4º) las leyes de la Nueva Recopilación de Castilla y 5º) las Siete Partidas.

En el desarrollo de la legislación civil colombiana que rigió a Panamá durante el siglo XIX, con la vigencia de la Constitución de 1853, llamada “Centro-Federal”, con la creación en 1855 del Estado de Panamá sometido a la soberanía de la Nueva Granada, se dio a éste plena libertad para organizar su legislación civil, penal, comercial, judicial, de policía y las milicias que juzgase indispensables. Por tal razón, el Estado Soberano de Panamá, adoptó su primer Código Civil en 1862, inspirado en el Código Civil de Chile de 1857.

Entre la legislación adoptada, estaba el Código Civil de Colombia, que había sido aprobado mediante la Ley 57 de 1887, el cual había sido redactado por Don Andrés Bello. En gran medida es una adaptación al medio colombiano del código civil chileno redactado en 1857. Este código mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio al no reconocer el divorcio vincular, toda vez que no existía el matrimonio civil, sino el eclesiástico. De igual forma, contemplaba solamente la separación de cuerpos, y otorgó efectos civiles y políticos a los matrimonios celebrados por la Iglesia Católica.

Al proclamarse la República de Panamá el 3 de noviembre de 1903, no se contaba con una legislación propia y adecuada a la nueva realidad política, por lo que la Junta Provisional de Gobierno, mediante el Decreto 4 de 4 de noviembre de 1903 firmado por José Agustín Arango, Federico Boyd y Tomás Arias como miembros de la misma, refrendada por el Gabinete compuesto por Eusebio A. Morales como Ministro de Gobierno, Carlos Antonio Mendoza como Ministro de Justicia, Manuel Encarnación Amador como Ministro de Hacienda, Francisco de la Espriella como Ministro de Relaciones Exteriores y Nicanor de Obarrio como Ministro de Guerra y Marina, y publicada en la primera Gaceta Oficial de la nueva república, del 14 de noviembre de 1903, se decretó la vigencia de las leyes colombianas que habían estado rigiendo hasta ese día, con las modificaciones y alteraciones que se requiera el cambio político efectuado y con los que la Junta Provisional acuerde en decretos posteriores. En tal sentido, siguió rigiendo el Código Civil de Colombia de 1887, que proclamaba la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

En Panamá, durante la administración del Doctor Pablo Arosemena, la Asamblea Nacional aprobó la Ley 17 de 17 de enero de 1911, sobre reformas civiles. En la misma, se establecieron por primera vez las causales de divorcio, la forma de solicitarlo, además de regular otras figuras relativas al matrimonio, reformando los artículos 152, 153 y 154 del Código Civil vigente en la República (Código Civil de Colombia). Esta legislación fue complementada posteriormente, por la Ley 44 de 17 de diciembre de 1912, sobre el Registro Civil en la República, la cual, en el artículo 10, dispuso que las Cortes, Tribunales y Juzgados que dicten fallos por los cuales se conceda, admita, o declare cierto estado civil, o se decida en sentencia la pérdida del mismo, tienen el deber de pasar copia de la sentencia respectiva a la autoridad local del Registro o al Registrador del Estado Civil para que se efectúen las anotaciones subsiguientes.

Desde la proclamación de la República en 1903, y hasta la entrada en vigencia de la Ley 17 de 1911, en Panamá no se reconocía el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial.

Durante la administración constitucional del Presidente Belisario Porras, se promulgó la Ley 49 de 29 de diciembre de 1914, por la cual se dictan algunas disposiciones relativas a la Codificación Nacional, la cual fijó las bases sobre las cuales la Comisión Codificadora debe fundar los Códigos de la República. En cuanto al tema de familia que iba a ser regulada por el futuro Código Civil, la norma señaló entre otras cosas:

CÓDIGO CIVIL

1. La Ley reconoce el matrimonio civil, celebrado del modo como lo determina el Código de la materia.
2. El matrimonio para que surta efectos legales, debe celebrarse precisamente ante los funcionarios del orden civil. No se procederá a la celebración de un matrimonio religioso sin que se presente la certificación de haber precedido el matrimonio civil.
3. ...
4. El divorcio, una vez declarado por el juez competente, en sentencia definitiva disuelve el vínculo matrimonial.
5. ...
6. ...
7. ...
8. Son de carácter civil, los actos que establezcan o modifiquen el estado o la capacidad de las personas, sin que este carácter impida posterior ceremonia religiosa.
...”

Con la promulgación del Código Civil, adoptado mediante la Ley 2 de 22 de agosto de 1916, sancionada por el Presidente Belisario Porras, y cuya entrada en vigencia se dispuso para el 1 de octubre de 1917, se institucionalizó finalmente la figura de la disolución del vínculo matrimonial a través del divorcio, la cual se mantuvo vigente, hasta la vigencia del Código de la Familia, adoptado durante la administración constitucional del Presidente Guillermo Endara Galimany.

Otra figura jurídica que en su momento causó conmoción en la sociedad panameña, fue la declaratoria que efectuó el constituyente de 1946, sobre el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, introducida en el artículo 58 de la Carta Fundamental de 1946, en la cual se establecía la obligación de los padres de tener los mismos deberes para con sus hijos nacidos fuera del matrimonio, con aquellos nacidos dentro del vínculo, así como la abolición sobre la naturaleza de la filiación, contenida en el artículo 59 del referido texto constitucional.

Estos cambios constitucionales de índole paradigmáticos, han ocasionado que en diversos momentos, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se haya pronunciado sobre este tema, como en la Sentencia de 26 de octubre de 1994, y la Sentencia de 19 de marzo de 2002.

D. El Ser Humano, objeto y razón del Derecho.

El Derecho como ciencia normativa, tiene su fundamento en el Ser Humano, a partir de unos principios comunes a todos, estos principios que son fundamentales han resultado en la conciencia universal hasta el punto en que los modernos Estados sometidos al imperio de la Ley, han procurado darles un lugar importante dentro de sus ordenamientos jurídicos. En tal sentido, las Constituciones de los mismos, en cuanto son Leyes Supremas de sus países, ocupa, según concepción de Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, el vértice superior de la pirámide jurídica, los han recogido en su seno, estableciendo mecanismos para su protección efectiva. De allí surge precisamente la misión del Tribunal Constitucional de ejercer los mecanismos efectivos que tiendan a mantener la guarda de la integridad de la Constitución.

Luego del conflicto internacional armado, conocido como la Segunda Guerra Mundial, la valoración de los principios fundamentales, conocidos como Derechos Humanos, han adquirido una nueva dimensión dentro del Derecho Constitucional moderno, al punto de ser el eje transversal, no solo de la

problemática constitucional, sino de todas las ramas jurídicas. Por ello, en las partes dogmáticas de las Cartas Constitucionales se enuncian los principios rectores del moderno Estado Social de Derecho, en donde éste desempeña el papel de garante a efectos de procurar su protección y aplicación, los cuales son conocidos como derechos fundamentales o derechos humanos.

En un emblemático precedente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, conocido como Fallo Lüth dictado el 15 de enero de 1958, esa instancia consideró:

“Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. **Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el Capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución- quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado.** Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos – el recurso de amparo- exclusivamente en contra de actos del poder público.

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutrales (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss.]; 6, 32 [40 ss.]), **sino que ha establecido –en su Capítulo sobre derechos fundamentales- un orden de valores objetivo, a través el cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales** (Klein / v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, t.III, 4 notas al Art 1, p.93). **La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura.** Este influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu... **Se interpretará y**

aplicará el derecho civil, aun cuando su interpretación debe apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución. La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del orden jurídico (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares, y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Estas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Estas deben exponerse en gran medida a la influencia del Derecho Constitucional.” (Citado por Juan Antonio Barrero Berardinelli en la obra Jurisprudencia Constitucional - Precedentes Judiciales de la Humanidad, Casos y Materiales, Legis Editores, 2da. ed., Bogotá, 2014, p. 204 a 205). (Lo resaltado es nuestro).

Este cambio de paradigma en el Derecho Constitucional, el cual incide ciertamente en la función del juez constitucional, ha sido analizado por el jurista Allan Brewer-Carías, en su obra Derecho Procesal Constitucional (Instrumentos para la Justicia Constitucional), cuando afirma: ***“Por otra parte, debe señalarse que la defensa de la Constitución como función esencial de la justicia constitucional no sólo tiene como objetivo garantizar los diferentes modos de distribución del poder entre los cuerpos constituidos del Estado, sino que además, tiene la función de garantizar los derechos y libertades fundamentales. Se trata, sin duda, de otro elemento esencial del Estado de derecho y uno de los argumentos de peso empleados para defender la legitimidad del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos del Estado.”*** Continúa señalando el eminente jurista venezolano, catedrático de la Universidad Central de Venezuela, hoy día, Profesor Adjunto en la Universidad de Columbia en Nueva York: ***“En efecto, la justicia constitucional o el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes están estrechamente relacionados con la declaración constitucional y efectiva de los derechos fundamentales. Precisamente, cuando existen declaraciones de derechos y libertades fundamentales con respecto a los valores constitucionales de una sociedad determinada, es que más surge la necesidad de instaurar un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad.”*** (Allan Brewer-Carías, Derecho Procesal Constitucional (Instrumentos para la Justicia Constitucional), Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2012, p.37). (Lo resaltado es nuestro).

Por ello, estimamos que no cometemos un desacierto al afirmar que los Derechos Humanos constituyen el “*Leitmotiv*” (término alemán que significa tema recurrente) del Derecho Constitucional contemporáneo.

Los Derechos Humanos parten de la premisa de la defensa del Derecho Natural (Iusnaturalismo), tesis que afirma que existe un Derecho Natural, es decir, una juridicidad previa y fundamentada de Derecho positivo, por tanto se trata de declarar derechos ya existentes. En tal sentido, la Declaración de Derechos Humanos, señala en su artículo primero, que “*Todos los seres humanos nacen igual en dignidad y derechos.*”

Thomas Jefferson, jurista, político e ideólogo del Derecho Natural, invoca este principio en uno de los más célebres y emblemáticos documentos de la historia de la humanidad, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, aprobada solemnemente por el Segundo Congreso Continental reunido en Filadelfia, y firmada el 4 de julio de 1776, afirmando:

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados...” (Lo resaltado es nuestro).

Si aceptamos como evidentes que dentro de los Derechos Naturales, los seres humanos son iguales, y están dotados por derechos irrenunciables e inalienables, como lo son la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, al amparo de los mismos, traducidos en la defensa de los Derechos Fundamentales, tiene mayor claridad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual tiene un significado especial para la República de Panamá, no sólo por ser uno de los Estados signatarios originales, sino que fue el resultado, entre otros, de la mente privilegiada de uno de los más grandes panameños de todos los tiempos, el jurista Ricardo Joaquín Alfaro, quien no solo ocupó el solio presidencial panameño en su carácter de Primer Designado a la Presidencia de la República en 1932, sino que en 1958 llegó a ocupar el cargo de Magistrado de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de la cual fue Vicepresidente; igualmente fue uno de los redactores del proyecto de Constitución Política de 1946.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, parte de la consideración que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; así que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. De igual forma, el preámbulo insiste en lo esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Así las cosas, lo importante del análisis de los Derechos Humanos es precisamente en el hecho de poner al ser humano y su dignidad por encima de la norma escrita, es decir, que el Derecho deberá estar al servicio de la persona, y no la persona al servicio del Derecho.

Sobre el punto en debate, es muy interesante el criterio externado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México dentro de la Sentencia dictada dentro de la Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, de fecha 16 de agosto de 2010, ha señalado que:

“...de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.”

Desde la vigencia del régimen democrático, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia panameña, en Pleno, ha sido bajo la tendencia paulatina de asegurar la efectividad de los Derechos Humanos en Panamá, al punto que al establecer para la década de los años noventa, la Doctrina del Bloque de la Constitucionalidad, se incorporaron dentro del mismo, algunos artículos puntuales de convenciones relativas a los Derechos Humanos, como lo fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, entre otras.

A raíz de las reformas constitucionales suscitadas por los Actos Legislativos número 1 de 27 de julio de 2004 y número 2 de 26 de octubre de 2004, se produce la reforma del artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá, ubicado en el Título III, sobre Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1 (Garantías Fundamentales), el cual quedó de la siguiente manera:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

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.” (Lo resaltado es nuestro).

Hoy en día, por mandato del Constituyente Derivado, los derechos y garantías contenidos en el texto constitucional, son considerados mínimos, frente a los garantizados por la normativa internacional, especialmente por aquellos suscritos y ratificados por la República de Panamá.

Como eje transversal de todo el sistema jurídico moderno, los Derechos Humanos o Fundamentales están radicados en lo más íntimo de cada ser humano, de allí la importancia de reconocerlos en cada persona, respetarlos, y garantizar su debida aplicación y profundización a lo largo del tiempo a través de la incorporación de los mismos en los textos constitucionales y de otros cuerpos normativos, como la legislación, y los tratados internacionales suscritos, así como por la doctrina sentada por los tribunales intencionales.

Los llamados Derechos Humanos o Fundamentales son exigibles en razón de la **naturaleza humana**, por lo que basta alegar la condición de ser humano para que cualquiera de esos derechos pueda ser exigido inmediatamente, con todo el imperio de la ley.

La tarea de garantizar la protección de los derechos fundamentales, no se encuentran solos los Estados, sino que al final, le compete además a la Comunidad Internacional.

E. Precedentes de la Jurisprudencia de otros países y de los Sistemas de Protección de Derechos Humanos.

Si bien es cierto que el tema propuesto a la consideración de nuestra máxima corporación de justicia, quien actúa como Tribunal Constitucional, es de novel debate, ya en otros países, algunos cercanos a nuestro sistema jurídico de índole romanística continental, así como en el sistema de Derechos Humanos el tema ha sido considerado.

1. Sentencia de 26 de febrero de 2016 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Duque vs. Colombia.

Resulta emblemática la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 26 de febrero de 2016, conocida como Caso Duque Vs. Colombia, en la cual se consideró el caso Ángel Alberto Duque contra la República de Colombia, en el cual se debatió la presunta responsabilidad internacional de la República de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una “pensión de sobrevivencia” tras la muerte de su pareja, en razón que se trataba de una pareja del mismo sexo. Asimismo, consideró que la presunta víctima habría sido objeto de discriminación a raíz de su orientación sexual en razón que 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.

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

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 de Naciones Unidas 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’. 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 incurso 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 *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

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.

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.

El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Mientras que 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, no sólo en cuanto a los derechos contenidos 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 en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

...

B.2.2. La orientación sexual y las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

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 proscribía 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.

...

Con respecto a lo anterior, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Asimismo, este Tribunal

estableció que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

...

Asimismo, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en 'cualquier otra condición social', tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. **Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación.**

...

Por otra parte, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.

...

En el caso de la Ciudad de México, está permitida la 'sociedad de convivencia' de las parejas del mismo sexo desde el año 2006 y el matrimonio desde 2009.

Este estatuto otorga varios derechos patrimoniales. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en 2015 que: '[...] la ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de[...] [matrimonio] es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional'. La Suprema Corte señaló que vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales.

...

Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo. En ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha indicado que la posibilidad de obtener la porción conyugal no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden vivir en pareja, en la medida en que la finalidad de esta figura consiste en equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común.

...

La Corte Constitucional señaló en la sentencia C-336 de 2008 sobre pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo que 'el derecho al libre desarrollo de la personalidad conlleva autonomía para los individuos en cuanto pueden adoptar la opción de vida que consideren, el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos

similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, pues la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas, como lo ha recordado esta corporación, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana.’

...” (Lo resaltado es nuestro)

2. Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 18 de marzo de 2015, dentro del recurso de revisión a Acción de Amparo.

En la Sentencia de 18 de marzo de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos Mexicanos, dispuso la revisión de una Acción de Amparo. Bajo la ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Entre otros aspectos, el fallo de la máxima corporación de justicia mexicano, señala:

“96. El mensaje de la norma deriva de su propio texto: los matrimonios en el Estado de Colima son heterosexuales, por lo que las parejas homosexuales están excluidas de esta institución y cuentan con la institución del ‘enlace conyugal’. De conformidad con el legislador, ambas instituciones, reguladas como uniones conyugales, tienen ‘acceso a todos los beneficios que se pudieren desprender con la unión de dos personas en calidad de cónyuges’ y con dichas instituciones se logra ‘armonizar dentro de un mismo marco normativo a las parejas heterosexuales y a las parejas homoparentales.’ Además, de conformidad con la exposición de motivos de los decretos, la reforma pretende integrar a ‘los distintos grupos que conforman (la) sociedad, donde la discriminación o el trato diferente no exista más para el caso de las relaciones conyugales.’

97. De lo anterior **se desprende que el legislador considera que el matrimonio es una institución de importancia trascendente para la realización de las personas y de la sociedad, es sólo para las parejas heterosexuales. Además, el legislador es claro en que si bien existe discriminación contra las personas homosexuales, aun en las uniones de pareja, la solución para combatir dicha discriminación es ‘armonizar dentro de un mismo marco normativo’ a las parejas heterosexuales y**

homosexuales, a través de crear dos figuras distintas, con –a su entender– los mismos beneficios. De lo anterior se desprende que en el Estado de Colima, el orden jurídico hace explícito un juicio de valor: las uniones que merecen ser sancionadas como matrimonio a través del derecho son los heterosexuales, y las uniones entre homosexuales pueden también ser sancionadas pero a través de una figura diferente, el enlace conyugal.

98. Al establecer un juicio de valor que diferencia a las parejas heterosexuales de las homosexuales teniendo las mismas obligaciones y derechos, las normas generan una afectación autoaplicativa, pues sus efectos no están condicionados: contienen un juicio de valor negativo en contra de las parejas homosexuales como no merecedoras de acceso al matrimonio.

99. Por tanto, las normas referidas –el artículo 147 de la Constitución Local y las impugnadas del Código Civil Local y del Código de Procedimientos Civiles– constituyen un símbolo en sí mismo que construye un significado social sin la necesidad de un acto de aplicación, la cual se actualiza de momento a momento en una afectación constante indirecta, pues si bien las normas no establecen obligaciones de hacer o no hacer en su contra, ni establecen hipótesis normativas que el quejoso pueda actualizar, sí establece una competencia de ejercicio obligatorio a las autoridades civiles del Estado para no reconocer matrimonios que se pretendan celebrar entre parejas del mismo sexo, sino, por el contrario, las uniones que se reconocen para estas parejas es el enlace conyugal.

100. La afectación de estigmatización por discriminación transmitida por la parte valorativa de las normas no es una apreciación ideológica ni subjetiva del quejoso, quien se asume como homosexual, sino que es constatable objetivamente, **pues el contexto normativo es inequívoco en la pretensión de excluir a las parejas de esta preferencia sexual de la institución del matrimonio y no incluirlas como una institución digna de promoción por parte del Estado, lo cual atiende a una historia de exclusión de las personas por razón de sus preferencias sexuales,** la cual no es necesario acreditar mayormente. Basta con observar que esta razón histórica de discriminación social llevó al Constituyente Permanente a incluirla como una categoría sospechosa en el artículo 1° constitucional.

101. Además, el significado social del matrimonio, como lo ha reconocido esta Primera Sala, es de la mayor importancia, al constituir una de las instituciones

de realización existencial más importantes de las personas, por lo que la exclusión de las parejas homosexuales –aun cuando, o mejor dicho, también por el hecho que se cree una figura especial para calificar sus uniones– conlleva un simbolismo muy relevante de exclusión para este grupo. Esta Primera Sala ha establecido que este tipo de exclusión implica el reconocimiento de una especie de ciudadanía disminuida, según se observa en la tesis de rubro: ‘EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO DEL MATRIMONIO. EL HECHO DE QUE EXISTA UN RÉGIMEN SIMILAR PERO DISTINTO AL MATRIMONIO Y QUE POR ELLO SE LES IMPIDA EL ACCESO A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO ES DISCRIMINATORIO.’

102. Por tanto, cabe afirmar que se cumplen los dos primeros requisitos del estándar establecido, a saber, el quejoso impugna normas de las que es desprendible objetivamente un mensaje negativo, de la que es destinatario, pues se ostenta como homosexual, respecto de las cuales afirma discriminación por la utilización de uno de los criterios sospechosos reconocidos en el artículo 1° constitucional, a saber, su orientación sexual.

...

I. Los matrimonios entre personas del mismo sexo como cuestión constitucional.

119. Esta Primera Sala ha destacado que en el derecho comparado pueden identificarse dos formas de aproximarse al tema de los matrimonios entre personas del mismo sexo en sede constitucional. En los casos donde se ha impugnado la legislación que amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el problema que se plantea es si dicha regulación es legítima desde el punto de vista constitucional. Más específicamente, la pregunta que han tenido que responder los tribunales es si el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a alguna disposición constitucional en específico, por ejemplo, si no contraviene las normas que existen en algunas Constituciones sobre la familia o sobre el propio matrimonio.

120. Por otro lado, en otras ocasiones la impugnación se ha dirigido contra las normas que no permiten el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo. En estos casos, la cuestión consiste en determinar si la regulación es discriminatoria por no permitir el acceso a la institución matrimonial tanto a parejas heterosexuales como a parejas homosexuales. Así, la pregunta es si la exigencia tradicional de diversidad de

sexos, para poder contraer matrimonio, es contraria al principio constitucional de igualdad y no discriminación, es decir, si está justificada la distinción diseñada por el Poder Legislativo, que impide el acceso a la institución matrimonial a las parejas entre personas del mismo sexo.

121. En el primer caso, se trata de determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es posible o tiene cabida dentro de la Constitución. En el segundo caso, se trata de establecer si la Constitución exige que se permita el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

122. En relación con la primera perspectiva, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el Pleno de esta Suprema Corte resolvió que las reformas al Código Civil del Distrito Federal, que permiten contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, son compatibles con la Constitución y sostuvo que dicha regulación no contraviene el concepto de familia protegido por el artículo 4º constitucional.

123. En relación con la segunda perspectiva, se encuentran los asuntos planteados anteriormente, que tenían como finalidad determinar si un determinado artículo del Código Civil Local era discriminatorio por no permitir el acceso a la institución matrimonial de forma igualitaria tanto a parejas heterosexuales como a parejas homosexuales. En dichos precedentes esta Sala concluyó que la porción de dicho artículo, referente a que la finalidad del matrimonio era la procreación, resultaba inconstitucional, y determinó, en los primeros casos, que la porción normativa relativa a que el matrimonio es la unión 'entre un solo hombre y una sola mujer' admitía una interpretación conforme. Posteriormente, en una nueva reflexión, consideró que dicha frase era inconstitucional.

124. Ahora bien, en este asunto se presenta, una vez más, la interrogante sobre si la existencia misma de un artículo –su enunciación al margen de que quieran o no casarse, como en los casos de Sinaloa y Oaxaca (relacionado con los demás artículos que hacen referencia a sus consecuencias y efectos) es discriminatorio contra personas que se encuentran en una categoría sospechosa, como es la 'preferencia sexual'.

125. Antes de continuar con el desarrollo del presente asunto, esta Primera Sala considera importante hacer una aclaración. Si bien es cierto que en el artículo 1º constitucional, se hace referencia a la 'preferencia sexual' como una categoría sospechosa, esta Sala observa que, desde la doctrina y la jurisprudencia

internacional, el término conceptual correcto es 'orientación sexual'. Así pues, la orientación sexual se refiere a 'la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o a su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas'.

II. Los matrimonios entre personas del mismo sexo a la luz del principio de igualdad y no discriminación.

126. Tal como se destacó anteriormente, el argumento central del quejoso es la discriminación en su contra, como homosexual, por no serle reconocido en la ley el derecho a contraer matrimonio en igualdad de circunstancias que las personas heterosexuales, sino que se crea una figura especial llamada 'enlace conyugal' para las personas homosexuales. Para el quejoso, la existencia del artículo 147 de la Constitución de Colima, que define al matrimonio como una unión entre un solo hombre y una sola mujer, y a la unión conyugal como aquella entre dos personas del mismo sexo, lo discrimina en razón de su orientación sexual, la cual es una categoría prohibida protegida por el artículo 1°. constitucional, dejándolo fuera para acceder a la figura del matrimonio y evita que las familias homoparentales tengan la misma protección, contrariando el artículo 4°. constitucional.

127. La discriminación que alega el quejoso se refiere a aquella que se hace a través de la ley, es decir, alega una discriminación normativa. Esta Sala ha destacado que es posible que la mera vigencia de una ley podría discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, discriminarlas indirectamente debido a un impacto diferenciado de la legislación.

128. Ahora bien, existe discriminación normativa cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual, sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado. En este sentido, la justificación de las distinciones legislativas, que distribuyen cargas y beneficios, se determina a partir de un análisis de la razonabilidad de la medida.

129. Las formas más comunes de discriminación normativa son la exclusión tácita y la diferenciación expresa. La primera tiene lugar cuando un régimen jurídico implícitamente excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en la disposición normativa, lo que suele ocurrir cuando se establece a un determinado

colectivo como destinatario de un régimen jurídico, sin hacer mención alguna de otro colectivo que se encuentra en una situación equivalente. Éste ha sido el caso de los asuntos analizados por esta Sala en diferentes legislaciones del país, en que el matrimonio es definido como la unión entre un solo hombre y una sola mujer, y ha destacado que dicha definición excluye tácitamente a las parejas del mismo sexo.

130. Por otro lado, la discriminación por diferenciación expresa ocurre cuando el legislador establece dos regímenes jurídicos diferenciados para supuestos de hecho o situaciones equivalentes. En este caso, la exclusión es explícita, pues el legislador crea un régimen jurídico distinto para ese supuesto de hecho o situación equivalente. Así, quien aduce el carácter discriminatorio de una diferenciación expresa busca quedar comprendido en el régimen jurídico del que es excluido y, en consecuencia, que no se le aplique el régimen jurídico creado para su situación.

131. Es importante destacar que la discriminación normativa constituye un concepto relacional, en el sentido de que, en principio, ningún régimen es discriminatorio en sí mismo, sino en comparación con otro régimen jurídico. Dicho de otra manera, la inconstitucionalidad no radica propiamente en el régimen jurídico impugnado, sino en la relación que existe entre éste y el régimen jurídico con el que se le compara. Ahora bien, cuando el legislador establece una distinción que se traduce en la existencia entre dos regímenes jurídicos, ésta debe ser razonable para considerarse constitucional. Para mostrar que la distinción no es razonable, debe señalarse por qué resultan equivalentes o semejantes los supuestos de hecho regulados por ambos regímenes jurídicos; de tal manera que esa equivalencia mostraría la falta de justificación de la distinción.

...

152. Por otro lado, si bien el artículo 4º constitucional ordena la protección de la familia sin mayor especificación, esta Suprema Corte ha precisado el alcance de este mandato constitucional. En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo, a partir de una interpretación evolutiva del artículo 4º constitucional, que este precepto no alude a un 'modelo de familia ideal' que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación. Además, esta Corte aclaró que la protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al

matrimonio: padre, madre e hijos biológicos. Agregó esta Suprema Corte que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social, lo cual se traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales, y también familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.

...

‘A medida que la sociedad pasa por constantes cambios culturales, políticos y sociales, también las familias se vuelven más diversas. La obligación de proteger a las familias, inscrita en la Declaración Universal de Derechos Humanos, requiere que las sociedades y los Estados reconozcan y respeten dicha diversidad, y que ayuden a toda familia a garantizar el bienestar y la dignidad de todos sus integrantes, independientemente de las decisiones que tomen en la vida.’

‘En virtud de dicha realidad y dado que la diversidad sustenta el principio de igualdad y no discriminación, que es básico para el derecho internacional de los derechos humanos, se establece que el término familia ... debe entenderse en plural: las familias, es decir que en dicho término se consideran contenidos los distintos tipos de familias.’

154. Además, en la acción de inconstitucionalidad citada esta Corte destacó que: ‘... es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo.’

156. Dicho artículo establece que las relaciones conyugales –conformadas por el matrimonio y los enlaces conyugales– se establecen por un contrato civil entre dos personas –llamados cónyuges, esposos o contrayentes–, con la finalidad de formar una familia,

establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida. La única distinción entre el matrimonio y el enlace conyugal es la orientación sexual de los contrayentes.

157. La norma examinada excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, por el único hecho de su orientación sexual. La distinción es claramente discriminatoria, porque la orientación sexual no constituye un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.

158. En este orden de ideas, la medida es claramente discriminatoria, porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales; de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio y no existe razón constitucional para no reconocerlo. Al respecto es aplicable la tesis de rubro: 'MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. NO EXISTE RAZÓN DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL PARA NO RECONOCERLO.'

159. En esta línea, el tribunal europeo de derechos humanos sostuvo en la sentencia del caso *Schalk y Kopf v. Austria*, que las parejas homosexuales se encuentran en una situación similar a las parejas heterosexuales en cuanto a su capacidad para desarrollar una vida familiar. En consecuencia, debe entenderse que la relación entre dos personas homosexuales que hacen una vida de pareja constituye vida familiar para efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

160. En ese sentido, la medida combatida, si bien determina que las relaciones conyugales tienen la finalidad de proporcionarse ayuda mutua –lo cual es una finalidad constitucionalmente válida para conformar una familia–, lo cierto es que, entonces, no existe justificación alguna para distinguir si la pareja es heterosexual u homosexual.

161. En consecuencia, esta Primera Sala no puede considerar constitucional dicha medida, porque se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido contra los homosexuales. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han

gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales, no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. La ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es una consecuencia directa de la discriminación histórica que ha existido hacia las parejas homosexuales por razón de su orientación sexual.

162. Las violaciones históricas que los homosexuales han sufrido han sido ampliamente reconocidas y documentadas: asesinatos, violencia física, violencia sexual, violencia verbal, acoso público, penalización legal de su orientación sexual, discriminación en sus empleos y en el acceso a ciertos servicios, además de su exclusión de algunos aspectos de la vida pública.

...

164. Pero el derecho a contraer matrimonio no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al mismo, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad 'un derecho a otros derechos'. Los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas. En el orden jurídico mexicano existen una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio. Entre éstos destacan los siguientes: (1) beneficios fiscales; (2) beneficios de solidaridad; (3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges; (4) beneficios de propiedad; (5) beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas; y, (6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros. Algunos ejemplos pueden servir para mostrar cómo la privación de estos beneficios materiales afecta la calidad de vida de las parejas homosexuales si no se les da acceso a la institución del matrimonio.

165. Como puede observarse, el **matrimonio otorga a los cónyuges una gran cantidad de derechos. En este sentido, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del matrimonio implica tratar a los homosexuales como si fueran 'ciudadanos de segunda clase'**. En el caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*, la Corte Constitucional sudafricana destacó que 'era claro que la protección constitucional de la dignidad requiere el reconocimiento del valor de todos los individuos como miembros de la sociedad.'

...

168. Esta Primera Sala reitera que no existe ninguna justificación racional para reconocer a los homosexuales todos los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, reconocerles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja.

169. Si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, aun cuando existiera un régimen jurídico diferenciado, al cual pudieran optar las parejas homosexuales en lugar de casarse, incluso, si la figura en cuestión tuviera los mismos derechos que el matrimonio, evoca a las medidas avaladas por la conocida doctrina de 'separados pero iguales' surgida en Estados Unidos en el contexto de la discriminación racial de finales del siglo XIX. De acuerdo con ello, los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios, porque constituyen un régimen de 'separados pero iguales'. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca sobre los afroamericanos, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales.

170. La exclusión de los homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas y su integridad.

...

172. En ese sentido, tal como la ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguno de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado." (Lo resaltado es nuestro).

3. Sentencia en el caso Oberfell vs. HODGES de 26 de junio de 2015 de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, bajo la ponencia del Magistrado Anthony M. Kennedy, emitió una opinión dividida (con los votos disidentes de los magistrados John G. Roberts, Jr., Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y los Magistrados Asociados Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Anthony Alito, Jr.) en el caso Obergefell vs. Hodges, con fecha de es del 26 de junio de 2015, en la cual se consideró que el derecho fundamental de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio se encuentra en la Sección 1 de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y que por tanto no puede ser prohibido por la legislación estatal, por lo que estableció que los matrimonios de este tipo son válidos en todos los estados y deben poder celebrarse en todo el país, conforme lo prescribe la Constitución de los Estados Unidos. Esta decisión se funda en otros tres procesos: *Tanco vs. Haslam* (Tennessee), *DeBoer vs. Snyder* (Míchigan), y *Bourke vs. Beshear* (Kentucky), que fueron iniciados a fin de que esos estados reconozcan el matrimonio igualitario.

La Sección 1 de la Décima Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América señala:

“Sección 1. Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. **Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.**

...” (Lo resaltado es nuestro).

Para alcanzar la respectiva decisión, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América se fundamentó en que el matrimonio igualitario es un derecho que forma parte de la autonomía personal de cada individuo; los precedentes de la Corte Suprema han reconocido que el derecho al matrimonio es fundamental; el matrimonio da eficacia a otros derechos conexos como lo son la crianza, procreación y educación de los niños, de manera que los menores que hacen parte de estas familias sufren el trato diferenciado de ser criados por padres que no están casados; el matrimonio es un pilar fundamental de la nación y los estados parte de la unión han aprobado muchos beneficios a quienes contraen dicho vínculo, por lo que las parejas homosexuales se ven injustificadamente

excluidas de los mismos; y el derecho a contraer matrimonio aplica a los estados de la unión en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal.

Para adoptar esta decisión judicial, la Corte Suprema de los Estados Unidos se valió de un juicio de razonabilidad en el que a través de un elemento de orden histórico, concluyó que el pasado no puede dominar el presente:

“La identificación y protección de derechos fundamentales es un elemento constante del deber judicial de interpretar la Constitución. Sin embargo, esta responsabilidad ‘no se ha limitado a ninguna fórmula’. *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497, 542 (1961) (Harlan, opinión disidente). Por el contrario, requiere que las cortes ejerzan un juicio razonado al identificar aquellos intereses de la persona que, por ser tan fundamentales, el Estado los tiene que respetar. Véase *ibid.* Ese proceso está guiado por muchas de las consideraciones pertinentes al análisis de otras disposiciones constitucionales que establecen principios generales en vez de requisitos específicos.

La historia y la tradición guían y disciplinan este análisis pero no le establecen limitaciones externas. Véase *Lawrence*, *supra*, en la pág. 572. Este método respeta nuestra historia y aprende de ella sin permitir que solo el pasado domine el presente.”

Con base en lo anterior la Corte Suprema determinó que el derecho a contraer matrimonio es fundamental:

“Aplicando estos principios establecidos, la Corte ha resuelto que el derecho a casarse está protegido por la Constitución. En *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), el cual invalidó prohibiciones a las relaciones interraciales, la Corte unánimemente resolvió que el matrimonio es uno de los derechos personales vitales y esenciales a la consecución ordenada de la felicidad por ‘hombres libres’. La Corte reafirmó esa decisión en *Zablocki v. Redhail*, 434U.S. 374, 384(1978), donde resolvió que el derecho a casarse se obstaculizaba con una ley que prohibía que los padres atrasados en las pensiones alimenticias contrajeran matrimonio. Igualmente, la Corte aplicó este principio en *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 95 (1987), donde se resolvió que el derecho a contraer matrimonio estaba siendo obstaculizado por reglamentaciones que impedían que los presos se casaran. A través del tiempo, y en otros contextos, la Corte ha reiterado que el derecho a contraer matrimonio es fundamental según la Cláusula de Debido Proceso de Ley.”

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que se trata de una tradición de la gran mayoría de culturas, indefectiblemente ligada a la dignidad humana:

“La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. Véase *Windsor*, 570 U.S., en k (op. En las págs. 22-23). **Hay dignidad tanto en la unión entre dos hombres o dos mujeres que buscan casarse como en su autonomía para tomar decisiones tan profundas.** Cf. *Loving*, supra, en la pág. 12 ([L]a libertad de casarse, o no casarse, con una persona de otra raza reside en el individuo y no puede ser vulnerada por el Estado).” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En complemento de lo anterior, la Corte desligó la decisión de posturas de orden ideológico, político, filosófico o religioso:

“El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. **Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciados aquí. Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto imprimatur a una exclusión que pronto degrada o estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada.** Según la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo trato jurídico que las parejas de sexos opuestos, y negarles este derecho menospreciaría sus decisiones y los denigraría como personas.” (Lo resaltado es nuestro).

Además, el tribunal supremo estadounidense consideró que impedir el matrimonio entre parejas del mismo sexo afecta los derechos fundamentales de los hijos:

“Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, por lo tanto, entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el

reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los costos materiales significativos de ser criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su voluntad a una vida familiar más difícil e incierta. De esta manera, las leyes sobre el matrimonio en cuestión causan daño y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo.”

Sobre la competencia del legislador para determinar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte Suprema, sostuvo que los derechos fundamentales son principios que prevalecen en defensa de las minorías, las cuales no pueden estar sometidas a la espera de la función legislativa:

“La dinámica de nuestro sistema constitucional es que **los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental.** Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica.

Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ven perjudicado o perjudicada, incluso si el público más amplio no está de acuerdo e incluso si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución “fue” retirar” ciertos” temas” de” las” vicisitudes de las controversia política, para colocarlos fuera del alcance de las mayorías y de los funcionarios y establecerlos como principios legales a ser aplicados por las cortes.” (Lo resaltado es nuestro).

4. Sentencia SU214/16 de 28 de abril de 2016 de la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

La Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, bajo la ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, dictó Sentencia con fecha 28 de abril de 2016, en la cual resolvió una serie de Acciones de Tutelas acumuladas (formuladas por: (i) Luis Felipe Rodríguez Rodas y Edward Soto, contra la Notaría Cuarta (4) del Círculo de Cali (Exp. T- 4.167.863); (ii) Gustavo Trujillo Cortés, en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación – Delegada para Asuntos Civiles-, contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá D.C. (Exp. T-4.189.649); (iii) William Alberto Castro Franco, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Notaría Tercera (3) de Bogotá D.C. (Exp. T-4.309.193); (iv) Fernando José Silva Pabón y Ricardo Betancourt Romero, contra la Notaría Treinta y Siete (37) del Círculo Bogotá D.C.

(Exp. T-4.353.964); (v) Gustavo Trujillo Cortés, en calidad de Procurador Judicial II de la Procuraduría General de la Nación –Delegada para Asuntos Civiles-, contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá D.C. (Exp. T-4.259.509); y (vi) Elkin Alfonso Bustos y Yaqueline Carreño contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas (Exp. T-4.488.250), en la cual se pudo determinar la constitucionalidad del tema propuesto, relativo a determinar si el artículo 42 de la Constitución Política de la República de Colombia excluye o no la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. En tal sentido se determinó que dicha norma no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en materia de matrimonio por parejas del mismo sexo. La norma constitucional señala al respecto:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. **Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.**

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.” (Lo resaltado es nuestro).

Es interesante notar, antes de entrar a ver algunos aspectos puntuales de la Sentencia señalada, que la Constitución de la República de Colombia de 1991, señala expresamente el matrimonio se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla; a diferencia de la Constitución Política de la República de Panamá, que no exige expresamente dicha circunstancia.

En este aspecto, la Corte Constitucional de Colombia, en razón de la aplicación del principio de hermenéutica constitucional del derecho, aunque el artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*” (La inclusión de uno supone la exclusión de otro), consistente en que cuando en una prescripción legal o en cualquier documento se citan taxativamente determinadas personas o cosas, debe entenderse que están excluidas de aquellas cualesquiera otras; pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por

personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

El fallo en referencia consideró el tema del trato discriminatorio en materia de celebración de matrimonio civil en el caso de los matrimonios entre parejas del mismo sexo y la protección de las minorías, partiendo del criterio que la democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías. El fallo en referencia señala:

“1. La protección de las minorías como presupuesto de la democracia y fundamento de la función garantista de la Corte Constitucional.

La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías. De otra forma, el sistema jurídico se reduciría a lo que Sartori denomina *‘la tiranía de las mayorías’*:

‘Para los constituyentes estadounidenses, para Toqueville y para John Stuart Mill, el problema de la democracia no era de pocos, sino de muchos: era el problema de *‘la tiranía de la mayoría’*. La noción parece intuitiva pero no lo es. La problemática de la tiranía de la mayoría varía de contexto en contexto y, por lo tanto, debe ubicarse.

‘En el contexto constitucional, tiranía de la mayoría significa violar, legislando o gobernando, los derechos de las minorías, en sustancia es la aplicación absoluta del principio mayoritario.’

Un sistema democrático, según Dworkin, significa *‘un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos’*. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería

ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen *'entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparan mejor esas condiciones.'*

En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un *'coto vedado'* para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común.

Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de *status* para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones.

La libertad de configuración del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales. Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo.

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. **Una interpretación sistemática basada en el *'derecho viviente'*, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.**

Desde la Sentencia T-605 de 1992, esta Corporación se pronunció en torno a la función del juez de derechos humanos y su deber de atender la realidad:

'La sensibilidad del juez hacia los problemas constitucionales es una virtud imprescindible en la tarea de hacer justicia. Las decisiones jurídicas deben respetar el principio de legalidad y a la vez ofrecer una solución real a los conflictos sociales. En esta tarea, el sentido de la justicia y la equidad

permiten hallar el derecho. La ley, por sí misma, es siempre deficiente frente de la realidad cambiante que está llamada a regular. Al intérprete le corresponde actualizar su contenido según las cambiantes circunstancias históricas y sociales y dar una aplicación correcta de las normas con la clara conciencia que su cometido es resolver problemas y no evadirlos.'

Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales.

Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.

...

La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario.

Estas circunstancias se han verificado en otras latitudes y sistemas jurídicos con la misma solución aquí dispensada. Viene al punto, precisamente, la decisión adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, de 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. (2015)[11], por la cual se determinó que el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio es de rango constitucional:

*'La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los **individuos no tienen por qué esperar una acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental**. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados, quienes llegan a ellas para vindicar sus*

intereses personales y directos contenidos en nuestra Carta más básica.'

'Un individuo puede invocar un derecho a la protección constitucional cuando él o ella se ve perjudicado o perjudicada, inclusive si el público más amplio no está de acuerdo e inclusive si la legislatura se niega a actuar. La idea de la Constitución fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, para colocarlos más allá del alcance de las mayorías y de los funcionarios y establecerlos como principios jurídicos a ser aplicados por las cortes.' (Lo resaltado es nuestro).

En razón de los Derechos Fundamentales, se determinó que en un Estado Social de Derecho existe un conjunto de Derechos Fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un "coto vedado" para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común.

Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones. Un sistema democrático significa un gobierno sujeto a condiciones de igualdad de status para todos los ciudadanos. Si las instituciones mayoritarias las proveen, el veredicto acogido debería ser aceptado por todos, pero cuando no lo hacen entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que amparen mejor esas condiciones. La libertad de configuración del legislador está enmarcada dentro de los principios y derechos constitucionales. Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo.

La interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad, por esas razones, dentro de la interpretación del derecho viviente, no se puede admitir la existencia de dos clases de matrimonio, lo que conlleva a trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, dignidad humana e igualdad, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.

La Corte Constitucional de Colombia determinó que, dentro del Sistema Constitucional Democrático, no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste. Afirma que es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.

Es necesario destacar que el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo, se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en el sentido que la democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el cuerpo legislativo, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como “precondiciones” de aquél. Así entonces, las instituciones destinadas a la guarda de la integridad de la Constitución, se fundamenta en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario.

El fallo de la Corte Constitucional de Colombia, demuestra la evolución del significado social y jurídico de la palabra “matrimonio”, el cual responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. Señala que, en ese país, los significados social y jurídico de la palabra “matrimonio” han evolucionado, de la mano de diversas tendencias, influencias, tensiones y oscilaciones. La evolución del matrimonio da cuenta de su actual configuración responde a la existencia de

complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. Su comprensión desborda el ámbito de lo estrictamente jurídico, llegando inclusive a lo que el antropólogo alemán Arnold Van Gennep denominó el “escenario nupcial” o el “rito de pasaje”, significando con ello la importancia que el simbolismo matrimonial tiene para los individuos, sus familias y la sociedad en general.

En tal sentido, una revisión de esta compleja historia, pone de presente la existencia de, al menos, las siguientes constantes y tensiones: (i) a lo largo de los siglos, el matrimonio ha conocido una ininterrumpida evolución; (ii) el derecho a contraer matrimonio ha sido objeto de diversas restricciones, fundadas en aspectos relacionados con el origen social de los contrayentes, nacionalidad, raza, religión y orientación sexual; (iii) de allí que, secularmente, la unión entre personas discriminadas no fuera calificada en términos de “matrimonio”, ni gozaba de los mismos derechos y reconocimiento social que los cónyuges; (iv) la regulación jurídica del matrimonio (vgr. capacidad para contraerlo, consentimiento, efectos jurídicos, fines, disolución, etc.) ha sido fuente de controversias entre las autoridades religiosas y civiles; (v) correlativamente, la naturaleza jurídica del matrimonio ha sido abordada desde diversas ópticas (vgr. sacramento, contrato, institución de derecho natural, entre otras); y (vi) en la actualidad, en un Estado Social de Derecho, en un paradigma de separación entre la Iglesia y el Estado, la regulación del matrimonio desborda los clásicos cánones del derecho legislado (contrato civil), para ser comprendido desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

El interés jurídico del fallo de la Corte Constitucional de la República de Colombia es salvaguardar los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad en matrimonio entre parejas del mismo sexo, lo cual implica que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, sin tener en cuenta su orientación sexual. Así las cosas, señaló lo siguiente:

“En el caso concreto, establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no lograr superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible.

Aunado a lo anterior, en materia de bloque de constitucionalidad, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho clásico, que hace parte de la tradición jurídica occidental. De allí que aparece consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

‘Artículo 16

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.’

De igual manera, el derecho a contraer matrimonio y formar una familia aparece consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 24).

...

De tal suerte que las normas constitucionales atinentes a la conformación de una familia y a la celebración de un matrimonio, deben interpretarse armónicamente con los estándares internacionales existentes en la materia.

No existe una razón constitucionalmente admisible para que el Estado niegue este derecho a unas personas, basándose en su orientación sexual, pues ello atentaría contra el conjunto de garantías de dignidad humana, libertad e igualdad que irradia el ordenamiento, como cláusulas de erradicación de todas las injusticias. Afirmar lo contrario, conduciría a negar los cambios estructurales ocurridos con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991.

A la luz de una concepción como esta, la Constitución de Colombia en función de los principios de dignidad humana, libertad e igualdad, es ciega en cuanto a razas, colores, origen étnico, religión, orientación sexual, status social o cualquier otra cualidad que pudiera dar lugar a la discriminación o trato diferenciado de la persona humana.

Así las cosas, 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.” (Lo resaltado es nuestro).

5. El preámbulo de la Constitución como método de interpretación.

Consideramos que cómo método para la interpretación adecuada de la Carta Magna panameña, es necesario acudir al sentido del preámbulo de la misma, tal como quedó aprobado a raíz de las reformas introducidas por los Actos Legislativos 1 y 2 de 2004 a la Constitución Política, vigente a la fecha, por parte de la entonces Asamblea Legislativa en funciones de constituyente derivado, una vez modificada sustancialmente del texto original establecido por el constituyente de 1972, luego de la ruptura y retorno a la vida democrática institucional que vivió la República.

“PREÁMBULO

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.” (Lo resaltado es nuestro).

El valor del preámbulo de la Constitución Política ha sido objeto de pronunciamiento de esa máxima corporación de justicia. A guisa de ejemplo, debemos recordar el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 11 de agosto de 2014, bajo la ponencia del Magistrado Luis Ramón Fábrega S., quien coincidentemente es ponente en esta misma causa, cuando se refiere sobre el valor del preámbulo de la Constitución:

“El preámbulo de la Constitución puede ser definido como aquella declaración solemne de los propósitos del constituyente, mediante el cual se expresan los valores y principios que enrumbarán el ordenamiento jurídico de una nación.

En ese sentido, **el constitucionalista Vladimiro Naranjo Mesa, al referirse al preámbulo de la Constitución, expresa lo siguiente:** ‘el preámbulo es esa fórmula solemne colocada, a manera de introducción, en el encabezamiento de la Constitución, y que **resume las grandes directrices que inspiran la promulgación de ésta, y que debe servir de pauta o guía a gobernantes y gobernados en la vida del Estado.**’

Por su parte, el constitucionalista argentino German Bidart Campos, expone que: ‘...el preámbulo no es un decorativo introductorio, sino que tiene contenido y valor normativo como todo el complejo de la Constitución a la que precede.’.

Al respecto del preámbulo de la Constitución, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-479 de 1992, señaló que:

‘El preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la literalidad de sus artículos.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella, las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídicos están sujetas a toda la Constitución y si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su artículo, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se aportan y a cuyas finalidades apuntan.

...’

El Pleno de esta Corte, en sentencia de 2 de febrero de 2012, hizo referencia a la importancia que tiene como guía el preámbulo de la Constitución, expresando lo siguiente:

‘...’

Esa es la situación acontecida en el caso particular, donde una ley, dictada en aparente ejercicio de la función legislativa, termina contraviniendo el texto constitucional.

Finalmente, no puede la Corte pasar por alto la importancia que en el tema reviste, la valoración del preámbulo de la Constitución Política de la República, en el que el constituyente patrio expresó:

‘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.’

Al amparo de estos propósitos y principios básicos, no queda dudas respecto a que la decisión que mayormente se compadece con realización de dichos fines, es la declaratoria de inconstitucionalidad del acto demandado.

...’.

Como vemos, en la anterior sentencia se dejó expreso que **cuando una ley o artículos de ella, violen los propósitos o principios establecidos en el preámbulo de la Constitución, la decisión del Tribunal Constitucional debe ser la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley.**

Y es que **debemos entender el preámbulo de la Constitución como ese hilo conductor que armoniza, confiriéndole sentido integral, razonable y sólido en conjunto al texto constitucional. De no tomarse en cuenta estas directrices del preámbulo constitucional, el control constitucional ejercido por este Tribunal devendría en utópico e inconsistente, pues no se podría garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución.**

Es la oportunidad propicia para indicar que el preámbulo constitucional tiene valor normativo, pues tal como lo señala el autor Segundo V. Linares Quintana, sería un error considerar el preámbulo de la Constitución como una mera formulación teórica y literaria.

Este Tribunal comparte las conclusiones realizadas por el autor Rigoberto González Montenegro, cuando expresa que: **‘el preámbulo, en conclusión, tiene valor normativo, al ser éste parte integrante de la Constitución, el cual constituye un elemento a tomar en cuenta al interpretar ésta, pues contiene**

los valores en los que se basaron quienes estructuraron normativamente la Ley fundamental del Estado y la Comunidad.’.

En ese sentido, el Preámbulo de la Constitución, tiene establecido en su texto como objetivo o hilo conductor del Estado Democrático, ‘asegurar la democracia y la estabilidad institucional’.

Como vemos, uno de los fines primordiales de la Constitución, debe ser el asegurar y preservar la estabilidad institucional. En ese sentido, toda ley o acto que viole este principio se convierte en inconstitucional.” (Lo resaltado es nuestro)

La anterior reflexión viene en consideración a que el preámbulo de la Constitución Política establece que el sentido de nuestra Carta Fundamental tiene como objeto y propósito 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**.

En tal sentido, si el objeto de la Constitución es el de **garantizar la libertad** así como el de **exaltar la dignidad humana** y la adecuada **integración regional**, sobre estas líneas hemos de plantear la opinión jurídica de la Procuraduría de la Administración.

En razón de lo anterior, consideramos que no le es dable al legislador aprobar normas jurídicas que vayan en contra de la libertad y menoscabo de los Derechos Humanos en su más esencial sentido, el cual de aplicar, crearía una distinción odiosa e insostenible de seres humanos de primera y segunda categoría, a lo cual los órganos del ejercicio del poder, tienen la obligación de acuerdo a sus competencias, de formular políticas públicas y de Estado que declaren la igualdad ante la Ley, no solo desde el punto de vista formal, sino generando los mecanismos adecuados para eliminar cualquier tipo de discriminación que afecte la vida de los seres humanos, sin distinción o etiqueta alguna.

De igual forma, el sentido del preámbulo del texto constitucional, propugna porque la República de Panamá sostenga y mantenga como norte de sus políticas, la conformación de la adecuada **integración regional**, lo cual significa que el Estado no solo debe incorporarse a los mecanismos de integración regional de carácter político, sociales y económicos, sino que en concordancia con el

artículo 4 de la Carta Constitucional, que reconoce que la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional, implica el reconocimiento y respecto de los Convenciones y Tratados relativos a los Derechos Humanos, así como el reconocer y defender como causa propia los precedentes y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y practicar per se, el control de convencionalidad.

Efectuada esta reflexión sobre el valor del preámbulo de la Constitución y cómo la misma sirve para la adecuada interpretación de la misma, debemos señalar que en la advertencia de inconstitucionalidad propuesta, podemos observar dos perspectivas: la primera desde la institución de la familia y del matrimonio; y otra desde la perspectiva de la igualdad ante la ley y las posibles discriminaciones que pueden surgir.

Dentro del proceso de guarda de la integridad de la Constitución, regulado en el Libro IV del Código Judicial, el artículo 2566 del mismo, permite al Juzgador el estudio de la disposición tachada de inconstitucional, además de las normas invocadas en la demanda, sino también confrontándola con todos los preceptos de la Carta Fundamental que estime pertinentes.

Sobre la perspectiva constitucional de familia y matrimonio

En tal sentido, consideramos que no se puede perder de vista, el contenido del artículo 56 y 57 de la Constitución Política, los cuales establecen:

“Artículo 56. El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará lo relativo al estado civil.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales. Igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos.” (Lo resaltado es nuestro).

“Artículo 57. El matrimonio es el fundamento legal de la familia, descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges y puede ser disuelto de acuerdo con la Ley.” (Lo resaltado es nuestro).

Podemos observar que la norma constitucional no entra a definir el concepto de matrimonio ni el de familia, no obstante, establece como misión del Estado panameño, la protección de los mismos, encomendando al legislador lo

relativo al estado civil. Así las cosas, la norma constitucional no establece qué personas pueden unirse a través del vínculo matrimonial.

Al no existir una definición constitucional de matrimonio o de familia, veamos las referencias existentes. De acuerdo a la reciente primera edición del **Diccionario del Español Jurídico**, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial (primera edición, Barcelona, 2016, pág. 1058), por “matrimonio” se entiende: “1. Civ. **Unión entre dos personas de distinto o igual sexo contraída con los requisitos establecidos en la legislación civil. ...**”

De igual forma, el referido diccionario define el concepto de “familia” (pág. 828), señalando: “1. *Gral. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.* || 2. *Gral. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.*”.

Sobre estas consideraciones, se hace necesario distinguir entre los alegados derechos a una familia “normal y tradicional” En tal sentido, la Sentencia de 24 de febrero de 2012, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso “**Atala Riffo y Niñas vs. Chile**”, señaló lo siguiente:

“Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció ‘el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio’. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que ‘el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia’.

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.

En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la

custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el *Caso Karner Vs. Austria*, que:

‘El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo’.

En el presente caso, éste Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia excepcional’, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’).

...

Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de ‘familia’ en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que:

‘La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental

de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y[, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.’

En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

‘Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.’

En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye ‘vida privada’, pero no había considerado que constituyera ‘vida familiar’, aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, pues consideró ‘artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’ en los términos del artículo 8’ del Convenio Europeo.

El Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención.

En el presente caso, el Tribunal observa que desde noviembre de 2002 hasta la decisión de tuición provisoria, en mayo de 2003 (*supra* párrs.), existía un

vínculo cercano entre la señora Atala, la señora De Ramón, el hijo mayor de la señora Atala y las tres niñas. Al respecto, la señora Atala manifestó que ‘éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia’. Además, la señora De Ramón declaró que ‘[l]a vida de los cinco miembros de la familia, seis [con ella] era muy cercana a lo idílico[, pues e]stablecieron una relación de mucha comunicación, al menos entre las mujeres de la familia’.

Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre.

Este Tribunal ya concluyó que los fundamentos presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Juzgado de Menores de Villarrica en la decisión de tuición provisoria constituyeron una medida inidónea para proteger el interés superior del niño (*supra* párr.), lo cual tuvo además como resultado la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas. Ello constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.. Respecto de éstas últimas, dichas violaciones a la vida familiar ocurren también en relación con el artículo 19 de la Convención, dado que fueron separarlas de manera no justificada de uno de sus entornos familiares.”

Sobre la perspectiva de igualdad ante la Constitución y la Ley.

Para analizar el tema de la igualdad ante la Ley, consideramos que no se puede perder de vista, el contenido de los artículos 19 y 20 de la Constitución Política, por en atención al principio de universalidad constitucional o de interpretación integral el cual permite que en asuntos constitucionales, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, pueda examinar la norma acusada confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estimen pertinente, tal como lo dispone el artículo 2566 del Código Judicial, que a la letra señala:

“Artículo 2566. En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la disposición tachada de inconstitucional 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 pertinentes."

Precisamos realizar un ejercicio que permite analizar las normas señaladas con los artículos antes enunciados de la Constitución Política vigente, tal como quedaron reformados por el Acto Legislativo número 1 de 27 de julio de 2004, que a la letra señalan:

"Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas."

"ARTICULO 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales."

De igual forma, es necesario tener presente el contenido del artículo 1 y 24 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la República de Panamá, mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, el cual señala:

"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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano."

"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."

Para dar sustento a esta opinión, es necesario analizar la temática propuesta desde la perspectiva de los artículos 4 y 20 del Texto Constitucional, así como de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, este último invocado como una de las normas infringidas por el artículo demandado en sede constitucional.

El artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza el principio fundamental de igualdad de los seres humanos ante la Ley, es considerado uno de los Derechos llamados de “Primera Generación”, es decir de aquellos derechos civiles y políticos que el Estado tiene la obligación de proteger o tutelar para que los ciudadanos puedan gozar y disfrutar en su ejercicio.

En cuanto a los llamados Derechos Humanos de Primera generación, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, consideró en la Sentencia de 29 de julio de 2008 lo siguiente:

“Estos derechos -que fueron consagrados inicialmente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se refieren a la protección de los derechos civiles y las libertades públicas, es decir, los llamados derechos "fundamentales". En este grupo se encuentran los derechos a la seguridad y a la integridad física y moral de la persona humana. Del mismo modo, se incluyen los derechos políticos, tales como el derecho a la participación democrática en la vida política del Estado.”

El concepto clave que aparece en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es precisamente “discriminar”. A efectos de analizar el concepto propuesto, es necesario acudir, en primer término, como referencia a la definición presentada en el Diccionario de la Lengua Española, en su vigesimotercera edición, elaborado por la Real Academia Española, en la cual se registra:

“Discriminar

Del lat. *discrimināre*.

1. tr. Seleccionar excluyendo.

2. tr. **Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.**” (Lo resaltado es nuestro).

Por su parte, su autor, Guillermo Cabanellas de Torres, en su célebre Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define el concepto como “*Acción y efecto de discriminar, de **separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o***”

colectividad por motivos raciales, religiosos, Políticos u otros.” (Lo resaltado es nuestro).

Contrario al antivalor que representa la “discriminación”, encontramos como valor positivo de la “igualdad”.

De acuerdo al Diccionario del Español Jurídico, antes citado, por **“igualdad” se entiende como:** *“Prohibición de discriminación, mandato constitucional que impide dar un tratamiento diferenciado a quienes se encuentran en situación de igualdad, utilizando un criterio de diferenciación prohibido y buscando un resultado que menoscabe el ejercicio de un derecho. ° Se trata a la vez de uno de los valores superiores del ordenamiento y de un derecho fundamental a no ser discriminado.”* (Lo resaltado es nuestro).

De la voz “igualdad”, el Diccionario del Español Jurídico recoge otras voces relacionadas con el referido concepto:

- a) “Derecho a la Igualdad”: **“Derecho a recibir un tratamiento igual que los demás y con ocasión de la aplicación de las leyes por cualquier autoridad pública.”** (Lo resaltado es nuestro).
- b) “Principio de igualdad ante la ley”: *“Principio según el cual las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonable. A supuesto de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias iguales también”.*

Consideramos que allí está la esencia de la discriminación, en procurar a un ser humano un trato distinto y desigual, con una perspectiva de inferioridad, basada en motivos de género, discapacidad, ideas religiosas, políticas, orientación sexual, que no se le da a otro grupo de seres humanos.

La necesidad de proteger la libertad civil ha sido fundamental en la evolución del razonamiento jurídico desde el siglo XVIII. En tal sentido, vale citar el famoso precedente del caso *Madbury vs. Madison*, emitido por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, bajo la ponencia del Magistrado Presidente de la misma, John Marshall, emitido el 24 de febrero de 1803. Este fallo, de importancia vital en el estudio del Derecho Constitucional en razón que el mismo establece el principio de la supremacía constitucional y el papel de los jueces frente a la Constitución, sino que también estableció el siguiente criterio:

“La esencia misma de la libertad civil consiste ciertamente, en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes cuando ha sido objeto de un daño” (Marbury versus Madison, estudio preliminar de Miguel Carbonell, Centro de Estudios Cabonell, México, 2016, p.56).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre la discriminación. Este tribunal internacional, al resolver el Caso “**Yatama vs. Nicaragua**” en la Sentencia de 23 de junio de 2005, señaló:

“186. 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. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de **igualdad** y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.”

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció un criterio fundamental mediante la Sentencia de 1 de febrero de 2006, proferida dentro del caso “**López Álvarez vs. Honduras**”, cuando afirmó:

“170. Este Tribunal ha reiterado que **el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.** Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva *igualdad* de todas las personas *ante la ley*.” (Lo resaltado es nuestro).

Más recientemente el referido tribunal internacional de Derechos Humanos, en la Sentencia de 20 de noviembre de 2014, en el Caso “**Espinoza Gonzáles vs. Perú**”, señaló:

“217. Al respecto, la Corte ha señalado que, mientras la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en dicho tratado, el artículo 24 protege el derecho a ‘igual protección de la ley’. El artículo 24 de la

Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en la misma, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a **reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.** (Lo resaltado es nuestro).

Es muy importante hacer referencia a la Sentencia de 24 de febrero de 2012, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso “**Atala Riffo y Niñas vs. Chile**”, en el cual se debate el Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Ha señalado la Corte:

“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.

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.

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.**

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.

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.” (Lo resaltado es nuestro).

La sentencia antes señalada, también se refiere a l tema de la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José. En tal sentido, señala el referido documento:

“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.

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.

Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la 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.

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.

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.

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.

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.

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. a 0), 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.

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. 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 resaltado es nuestro)

El matrimonio como derecho o institución.

Hemos considerado a la luz de la normativa constitucional y convencional la temática relativa a los conceptos establecidos en los artículos 56 y 57 de la Constitución Política, en los cuales pudimos constatar que el constituyente nacional no definió los conceptos de matrimonio ni familia, no obstante, establece como un deber constitucional del Estado panameño de proteger el matrimonio (fundamento legal de la familia, el cual descansa en la igualdad de los cónyuges) y la familia; así como esta última tiene distintos modelos reconocidos universalmente por las normativas sobre Derechos Humanos.

De igual forma, hemos analizado los preceptos contenidos en los artículos 1 y 24 de Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la República de Panamá, mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, los cuales establecen la obligación de los Estados Partes de la Convención en 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; así como el principio de Igualdad ante la Ley, prohibiendo la discriminación y garantizando igual protección de la ley.

Corresponde en este momento, analizar los conceptos antes vertidos a la luz de la institución de matrimonio, la cual está regulada en el Código de la Familia, aprobado mediante la Ley 3 de 17 de mayo de 1994.

A la luz pública se ha vertido sobre la posibilidad de reconocer la unión de parejas del mismo sexo en instituciones que no se denominen “matrimonio” como tal.

Observamos que el Capítulo IV del Código de la Familia, se refiere a los efectos del matrimonio. Veamos lo pertinente en los artículos 74 y 75 de la referida excerta legal:

“Artículo 74. El matrimonio surte efectos jurídicos desde su celebración y su inscripción, o comprobación si fuera de hecho. La inscripción registral es una formalidad probatoria y medida de publicidad.”

“Artículo 75. Los efectos jurídicos del matrimonio son los relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, al régimen económico matrimonial y a las relaciones paternofiliales.”

De igual forma, en la Sección I del Capítulo IV del Código de la Familia, se refiere a de los derechos y deberes de los cónyuges. En tal sentido los artículos 77, 78 y 79 disponen lo siguiente:

“Artículo 77. Los esposos deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal. A falta de declaración expresa, se entenderá que la mujer ha adoptado el domicilio del marido o viceversa, según la circunstancia de cada caso.”

“Artículo 78. Los cónyuges están obligados a vivir juntos y a guardarse fidelidad. Los cónyuges se deben recíprocamente respeto y protección.”

“Artículo 79. El marido y la mujer están obligados a contribuir en los gastos de alimentos y otros de la familia. Cada cónyuge contribuirá en proporción a su estado económico en dichos gastos.”

“Artículo 80. El marido y la mujer deben vivir en el domicilio conyugal, y cada uno de ellos tiene derecho a que el otro lo reciba en él.”

El Capítulo V del Código de la Familia, se refiere Régimen Económico Matrimonial, estableciendo en la Sección II la regulación relativa sobre las Capitulaciones Matrimoniales, Sección III sobre las Donaciones por razón de matrimonio, en la Sección IV sobre el régimen de la Participación en las Ganancias como régimen supletorio, en la Sección V sobre el régimen de Separación de Bienes y en la Sección VI sobre el régimen de la Sociedad en las Gananciales.

De las disposiciones antes enunciadas del Código de la Familia, podemos partir del hecho que el matrimonio es una institución, de origen milenario que data desde la Edad Antigua de la humanidad, el cual ciertamente surte efectos jurídicos, el cual de acuerdo al artículo 74 de la norma *in commento*, desde su celebración e inscripción, la cual dentro de la República de Panamá, debe hacerse ante la Dirección de Registro Civil, tal como lo establece el Texto Único de la Ley 31 de 25 de julio de 2006 del Registro Civil. De igual forma, el artículo 75 de la

referida norma enuncia que los efectos jurídicos del matrimonio son los relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, al régimen económico matrimonial y a las relaciones paternofiliales. No obstante, existen otros efectos jurídicos surgidos a raíz del matrimonio, como ciertamente lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

Entre los derechos y deberes de los cónyuges, encontramos que la Sección I del Capítulo IV del Código de la Familia enuncia los siguientes:

- 1) Deber de fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (artículo 77 del Código de la Familia).
- 2) Obligación de los cónyuges de vivir juntos (Artículo 78 del Código de la Familia).
- 3) Obligación de darse recíprocamente respeto y protección (Artículo 78 del Código de la Familia).
- 4) Obligación a en los gastos de alimentos y otros de la familia, en proporción a su estado económico en dichos gastos (Artículo 79 del Código de la Familia).
- 5) Obligación de los cónyuges a vivir en el domicilio conyugal, y el derecho cada uno de ellos tiene derecho a que el otro lo reciba en él. (Artículo 80 del Código de la Familia).

En cuanto al régimen refiere Régimen Económico Matrimonial, el Capítulo V del Código de la Familia, establece:

- 1) Capitulaciones Matrimoniales (Sección II del Capítulo V del Código de la Familia).
- 2) Donaciones por razón de matrimonio (Sección III del Capítulo V del Código de la Familia).
- 3) Participación en las Ganancias como régimen supletorio (Sección IV del Capítulo V del Código de la Familia).
- 4) Separación de Bienes (Sección V del Capítulo V del Código de la Familia).

5) Sociedad en las Gananciales (Sección VI del Capítulo V del Código de la Familia).

A raíz de la reforma constitucional producida por los Actos Legislativos 1 y 2 de 2004, se agregó el último párrafo del artículo 17 de la Carta Fundamental panameña, en el sentido que: *“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”*, aunada a la doctrina del bloque de constitucionalidad introducida en nuestro medio por jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, además de la obligación surgida por el Sistema Americano de Derechos Humanos en cuanto al control convencional por parte de los operadores jurisdiccionales, la Procuraduría de la Administración considera, que el artículo 26 del Código de la Familia, el cual si bien es cierto que establece un tipo de matrimonio para las personas cuya orientación es heterosexual; sería violatoria en la medida que la misma impida el matrimonio entre personas de un mismo sexo, lo cual atentaría no solo a los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que integra el bloque de constitucionalidad, sino también al artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 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), la cual fue suscrita por la República de Panamá, la cual a pesar de ser una enunciación de principios fundamentales que orientan la vida de todo Ser Humano luego de la dos guerras mundiales surgidas en el siglo XX, constituyen el máximo desiderátum de toda la humanidad; la cual el Estado panameño no ha ratificado expresamente, en varios precedentes, desde la década de los años 90, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que conforma parte del bloque de constitucionalidad.

Si la norma acusada de inconstitucional prohíbe el matrimonio de personas de un mismo sexo, vulneraría de igual forma los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República de Panamá, antes citados, en cuanto establece un privilegio en la institución matrimonial, por razón de orientación sexual de las personas que lo contraen, lo que impide que los panameños y los extranjeros que se encuentren dentro de la jurisdicción nacional sean iguales ante la Ley, impidiendo que el Estado pueda cumplir a cabalidad su función constitucional de proteger tanto al matrimonio como a la familia, en razón, que se

ha podido considerar, que existen diversos tipos de conformación familiar dentro de la sociedad.