

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 089

Panamá, 25 de enero de 2018

**Advertencia de
Inconstitucionalidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración en torno
al incidente de hecho
sobreviniente.**

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

**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 los artículos 701 y 704 del Código Judicial, con la finalidad de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración, dentro del incidente de hecho sobreviniente, presentado por la firma forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal**, dentro de la **Advertencia de Inconstitucionalidad del artículo 26 del Código de la Familia**.

I. Cuestión previa.

Si bien es cierto que los procesos constitucionales son “de puro Derecho”, en la cual la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, examina la constitucionalidad del acto o norma acusada mediante su confrontación con los preceptos de la Constitución Política que el activador constitucional o esa instancia jurisdiccional consideren violados, se ha considerado que la presentación de pruebas debe ser pre constituida, es decir, debe aportarse al momento de la presentación de la acción correspondiente.

No obstante, es un hecho público y notorio, sobrevenido con posterioridad a la presentación de la Advertencia de Inconstitucionalidad propuesta por la firma

forense Morgan & Morgan, actuando en representación de **Enrique Raúl Jelenzsky Carvajal**, objeto del presente debate jurídico constitucional, que en los primeros días del mes de enero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer, públicamente, la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24., donde la República de Costa Rica solicita a dicho tribunal la interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los temas relativos a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, así como las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

También es un hecho público y notorio, sobrevenido con posterioridad a la presentación del proceso constitucional *sub-iudice*, que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Panamá, en ejercicio de su obligación legal de fungir como ente de comunicación oficial del Estado panameño entre otros Estados u organismos internacionales, y el Estado panameño y sus instituciones, ha puesto en conocimiento de las instituciones nacionales correspondientes y a los poderes del Estado involucrados, para que, en el ámbito de su competencia, se hagan los análisis y se tomen las decisiones que correspondan según las normas constitucionales, de derecho internacional y los tratados suscritos por la República de Panamá; por lo que el mismo, comunicó la opinión consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre matrimonio igualitario a la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Nacional de Diputados y el Tribunal Electoral.

Lo anterior es fundamental, toda vez el Estado panameño, a través del control de convencionalidad, tiene la obligación de tomar en consideración y fijar el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

José). En tal sentido, es necesario destacar el criterio del jurista mexicano Miguel Carbonell, en su obra Teoría de los Derechos Humanos y del Control de la Convencionalidad, el cual señala:

“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 Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos.

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

A. A la obligación de 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, 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 el día el 9 de mayo de 1990.

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).

Consideramos necesario destacar en esta oportunidad el principio de “el principio de responsabilidad internacional del Estado”, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 2 de julio de 2004,

relativa al “**Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**”, en la misma se señala en 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.”

Consideramos que a pesar que las pruebas dentro de los procesos relativos a la guarda de la integridad de la Constitución deben ser pre-constituidas, no podemos soslayar que en razón que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha remitido formalmente a la República de Panamá la Opinión Consultiva en referencia, y que el Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad pública entre cuyos objetivos se encuentra el ser el organismo de comunicación oficial del Estado panameño con otros Estados y demás sujetos del derecho internacional ha puesto en conocimiento de dicho documento a los diversos Poderes del Estado, entre los cuales se encuentra la Corte Suprema de Justicia, **es necesario destacar que este hecho sobreviniente debe ser tomado en consideración por parte del Pleno de esa instancia jurisdiccional, al decidir el fondo de la *litis* (litigio), toda vez que a la fecha, no existe una decisión de fondo por parte de ese Tribunal Constitucional, el cual al momento de ejercer**

el control de constitucionalidad, tiene la obligación que emana del imperativo surgido al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, de ejercer además, el control de convencionalidad, toda vez que la misma guarda relación directa con el tema de debate en la presente Advertencia de Inconstitucionalidad, habida cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José.

II. Solicitud de la República de Costa Rica.

El artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como el Pacto de San José), permite que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) eleven consultas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a efectos que este tribunal pueda considerar la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de cada país miembro de la misma y los instrumentos internacionales como la propia Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En tal sentido, establece la normativa internacional lo siguiente:

“... ”

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

En ejercicio de tal facultad, la República de Costa Rica, sometió el 18 de mayo de 2016 a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una consulta a efectos que dicho Tribunal internacional determinara los siguientes aspectos:

“ ...

a. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”.

b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley n° 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”.

c. [L]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

Consideramos que la solicitud elevada por el Estado costarricense a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que esa instancia se pronuncie sobre la compatibilidad de su legislación interna y la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente en sobre la protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, guarda relación directa con la presente Advertencia de Inconstitucionalidad que actualmente se surte en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en razón que la misma se fundamenta en la presunta infracción del artículo 1.1 y 24 de la Convención, además que la misma es vinculante, como examinaremos más adelante.

III. Propósito de una Consulta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La función consultiva que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el medio por el cual este Tribunal responde consultas que formulan los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos o los órganos de la misma. Esta competencia consultiva fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención, ya que permite a los órganos de la OEA consultar a la Corte en lo que les compete. Esta función consultiva permite al Tribunal interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser "intérprete última de la Convención Americana", competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal.

De igual forma, la función consultiva de la cual está revestida este Tribunal Internacional, tiende a evitar futuros conflictos y procesos contenciosos, siendo **una acción preventiva para que el ordenamiento jurídico del Estado requirente (constitucional o legal), no sea contrario a la Convención**, pues lo contrario, sería un mero ejercicio académico. En este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ejerce un rol de intérprete definitiva y final a efectos de determinar el sentido y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido, el jurista Hernán Alejandro Olano García, en su obra Interpretación y Dogmática Constitucional, anota lo siguiente:

"El Estatuto de la Corte le otorga esencialmente dos funciones: a) una consultiva, que consiste en la emisión de opiniones que le formulen los estados miembros u órganos de la Organización de Estados Americanos respecto a la interpretación de la Convención o de otros tratados en lo relativo a la protección de los derechos humanos en las naciones americanas... b) otra de índole contencioso, con motivo

de su actividad jurisdiccional que se inicia por un Estado parte o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –no teniendo legitimación los individuos en lo particular-, alegando la violación a la Convención Americana de un Estado parte.

De los breves lineamientos anotados que sólo tienen como finalidad advertir que la Corte Interamericana funge como órgano concentrado e interprete final de la Convención Americana, nos interesa la función jurisdiccional de la misma, ya que las resoluciones que se dicten son obligatorias para aquellos Estados partes que han hecho una declaración en ese sentido y que a la fecha son veintiuno.

De esta forma advertimos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aproxima a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno.... y en cuanto a sus funciones, sobre todo la contenciosa, el objetivo esencial consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior* conteniendo un Bill of rights transnacional, teniendo sus resoluciones efectos vinculantes con los Estados que reconozcan su jurisdicción siendo inapelables.” (Hernán Alejandro Olano García, Interpretación y Dogmática Constitucional, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, D.C., 2005, p. 78 et seq.).

De igual forma, es necesario destacar que le queda a las partes interesadas, recurrir a dicho organismo, en el evento que los tribunales nacionales, independientemente de su jerarquía, no ejerzan adecuadamente el control de convencionalidad, lo que en el evento que el Estado sea condenado, surge una responsabilidad jurídica, pudiendo incluso, ser de índole económica.

El procedimiento que utiliza la Corte para emitir sus opiniones, se encuentra fijado en el Título III del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la misma en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

“...

Artículo 70. Interpretación de la Convención.

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular

con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.

2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.”

“Artículo 72. Interpretación de leyes internas.

1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar:

a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;

b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;

c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante.

2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.”

“Artículo 73. Procedimiento.

1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.

3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta.

Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente.

4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente.”

“Artículo 74. Aplicación analógica.

La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles.”

“Artículo 75. Emisión y contenido de las opiniones consultivas.

1. La emisión de las opiniones consultivas se regirá por lo dispuesto en el artículo 67 de este Reglamento.

2. La opinión consultiva contendrá:

a. el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren emitido, del Secretario y del Secretario Adjunto;

b. las cuestiones sometidas a la Corte;

c. una relación de los actos del procedimiento;

d. los fundamentos de derecho;

e. la opinión de la Corte;

f. la indicación de cuál es la versión auténtica de la opinión.

3. Todo Juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto concurrente o disidente, el cual deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicará lo dispuesto en el artículo 32.1.a de este Reglamento.”

4. Las opiniones consultivas podrán ser leídas en público.”

La función consultiva constituye **un servicio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos**, en razón que determina a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBTI (Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex, siglas que se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos) en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción. Esto conllevará a la determinación de los principios y obligaciones concretas que los Estados deben cumplir en materia de derecho a la igualdad y a la no discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la Organización de Estados Americanos para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

Cabe resaltar los párrafos 26 y 27 de la Opinión consultiva analizada, el cual señala:

“...26. La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, **cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad**, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’.

27. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.

28. Dado el amplio alcance de la función consultiva de la Corte que, como ya se expuso, involucra no sólo a los Estados Partes de la Convención Americana, todo lo que se señala en la presente opinión consultiva también tiene relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA, así como para los órganos Miembros de la OEA cuya esfera de competencia se refiera al tema de la consulta.

...” (Lo resaltado es nuestro).

En este sentido es importante destacar que existe una obligación de los Poderes u Órganos del Estado, entre estos, el judicial, de aplicar el control de convencionalidad, puesto que de lo contrario, puede surgir una responsabilidad internacional, en razón de la aplicación en solitario del Derecho interno, sin tomar

en consideración las normas de Derechos Humanos ratificados por el país, así como de los criterios y jurisprudencia de la Corte Interamericana, en razón de ser la última interprete en materia de Derechos Humanos dentro del Sistema Americano.

La responsabilidad internacional surge del compromiso asumido por la República de Panamá, como Estado soberano, al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y de aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana en esta materia.

IV. Aplicación de la Opinión Consultiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la Advertencia de Inconstitucionalidad que actualmente se tramita en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Dentro de la Advertencia de Inconstitucionalidad sub-iudice, subyace el análisis del principio de Igualdad, presuntamente vulnerado por el artículo 26 del Código de la Familia, cuando señala 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”*, bajo el argumento que tal redacción conlleva como resultado se excluya que, personas del mismo sexo, puedan contraer matrimonio con miras a que se le reconozcan los mismos derechos que tiene las parejas heterosexuales, situación que fue analizada por esta Procuraduría de la Administración al emitir el concepto correspondiente, contenido en la Vista 503 de 11 de mayo de 2017.

No obstante, en razón que la controversia jurídica surgida guarda relación con derechos fundamentales y humanos, dentro de una 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.

En tal sentido, emerge la obligación del Estado panameño, cuando de acuerdo a la voluntad del Constituyente, se dispuso en el artículo 4 de la Carta Constitucional, la obligación que la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Se confronta así la norma acusada de inconstitucional y de infractora del orden jurídico internacional, plasmada en los artículos 1.1 y 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 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.”

Consideramos que la opinión vertida recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, distinguida como “Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, debe ser tomada en cuenta por quien ejerce el control de constitucionalidad

y convencionalidad en la República de Panamá, toda vez que la misma señala, en su parte decisoria medular, entre otras cosas:

“...
 8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención **es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales**, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.
 ...”

Es necesario destacar que el punto antes transcrito, se refiere a la necesidad que tienen los Estados (obsérvese se refiere en plural, entendiéndose que a todos los Estados partes de la Convención Interamericana y no exclusivamente al Estado costarricense) para que estos, en su totalidad, garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, a efectos que se puedan asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales.

Es de sumo interés el análisis que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el documento bajo análisis, en los párrafos señalados en la parte resolutive, los cuales nos permitimos transcribir:

“...
 220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

221. **La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio,**

típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación es incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de la familia como realidad social. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear.

222. Por otro lado, el significado de la palabra 'matrimonio' al igual que la de 'familia' ha variado conforme al paso de los tiempos (supra párr. 177). Si bien la etimología es siempre ilustrativa, nadie pretende una imposición semántica de la etimología, pues de lo contrario se debería igualmente excluir del lenguaje otra numerosa cantidad de vocablos cuya semántica se aparta de su etimología.

223. Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar

socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados 'normales' en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados 'anormales' según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

225. Por otra parte, como ya fuera señalado, el Tribunal entiende que del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17)417. Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado (supra párr. 33).

226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que **es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo.** Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas,

administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.

227. De cualquier manera, los Estados que aún no garanticen a las personas del mismo sexo su derecho de acceso al matrimonio, están igualmente obligados a no violar las normas que prohíben la discriminación de estas personas, debiendo por ende, garantizarles los mismos derechos derivados del matrimonio, en el entendimiento que siempre se trata de una situación transitoria.

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna.”
(Lo resaltado es nuestro).

V. Consideraciones de la Procuraduría de la Administración.

La Procuraduría de la Administración es consiente que el tema objeto de debate, genera toda una serie de cuestionamientos por los diversos grupos que

conforman la sociedad panameña, en sus diversas vertientes, tanto culturales, religiosas y políticas.

No obstante, independientemente del credo religioso que pueda predominar en algunos de los diversos actores de la sociedad panameña, es innegable que el tema, a efectos de la institucionalidad democrática del Estado panameño, debe fundamentarse en el sentido jurídico, lejos de las ideologías sobrevinientes como en su momento lo expresara Hans Kelsen.

En una sociedad del siglo XXI donde conviven expresiones pluriculturales distintas, es necesario asumir criterios basados en la tolerancia de ideas y conceptos, especialmente cuando nos referimos a temas de relevancia jurídica y social.

Así las cosas, debemos recordar que el debate debe ser realizado dentro de la legislación de la República de Panamá, así como desde el punto de vista de la convencionalidad, toda vez que no podemos soslayar que por decisión soberana, voluntariamente nos incorporamos y actualmente somos parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo legítimo intérprete es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde es de obligatorio acatamiento tanto las normas que emana de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de dicho tribunal.

En tal sentido, consideramos que la decisión contenida en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo estudio, dictada con posterioridad a la Advertencia presentada por el señor **Raúl Jelenzsky Carvajal** a través de sus apoderados judiciales, y presentada dentro del presente incidente por hecho sobreviniente, debe ser considerada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al momento de resolver la situación jurídica planteada, tomando como referencia que el Ministerio de Relaciones Exteriores de la

República de Panamá, ha puesto oficialmente en conocimiento de esa instancia jurisdiccional, de la misma, a través de los mecanismos correspondientes, en razón que la República de Panamá tiene la obligación de ejercer el control convencional respectivo, pues así se emana de la normativa internacional vigente.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General

Expediente 1042-16-C-I