



HONORABLE SEÑOR MAGISTRADO PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

A objeto de emitir concepto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia me ha corrido traslado por el término de Ley de la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por la firma forense Morgan & Morgan, apoderado especial de ALVARO JOSÉ LÓPEZ, en contra de las frases **"entre un hombre y una mujer"** contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá, **"las personas del mismo sexo"** contenida en el artículo 34 numeral 1 del Código de la Familia de la República de Panamá, y el artículo 35 de la Ley 61 de 2015 que establece **"Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo"**.

Recibido el cuadernillo respectivo procedo a emitir opinión legal sobre la referida pretensión de inconstitucionalidad, dando cumplimiento al texto del artículo 2563 del Código Judicial.

NORMAS CUYA INCONSTITUCIONALIDAD SE ADVIERTE

Las normas consideradas inconstitucionales por el activador de la pretensión, están contenidas en el Código de la Familia y en la Ley 61 de 2015, las cuales establecen lo 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."

"Artículo 34. No pueden contraer matrimonio entre sí:

1. Las personas del mismo sexo;
2. Los parientes por consanguinidad o por adopción en línea recta descendente y ascendente; y en la línea colateral hasta el segundo grado;

3. Los parientes por afinidad en la línea recta descendente y ascendente; y
4. El condenado como autor o cómplice de un homicidio, ejecutado, frustrado o intentado, contra uno de los cónyuges, con el otro cónyuge sobreviviente. Mientras estuviese pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio."

Artículo 35. "Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo."

HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD:

El recurrente argumenta que el día 10 de julio de 2014, su representado contrajo nupcias con el señor KENNETH JAY GILBERG, en el Estado de Illinois de los Estados Unidos de América, añadiendo, que la base legal para la inscripción del mismo, es el Código de la Familia y la Ley 61 de 2015, las cuales impiden la inscripción de dicho matrimonio.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y LOS CONCEPTOS DE INFRACCIÓN:

El activador constitucional considera, que las referidas normas, vulneran los artículos 19, 4 y 56 de la Constitución Política, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, bajo los siguientes argumentos:

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

Estima el accionante, que la norma citada ha sido infringida en concepto de violación directa por omisión, pues a su juicio al 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 el mismo género, pues no existe norma constitucional que acepte, promueva, impida o condene la unión

matrimonial de personas del mismo sexo.

Igualmente, afirma que la prohibición del matrimonio igualitario es discriminatoria, ya que no existen razones justificables en derecho para tal diferenciación, pues esta negativa, ataca entre otras cosas, la dignidad de la persona humana, especialmente la igualdad ante la ley.

Añade, que la regulación del matrimonio debe sustentarse en razones de interés general, en la justicia, la protección de los derechos humanos, en el reconocimiento del valor intrínseco de todos los seres humanos y principalmente en su dignidad, sin dejar de lado, que las normas demandadas atacan a la familia como fundamento de la sociedad, al impedir que personas del mismo sexo sean reconocidas como tal.

Asimismo, considera que la situación es aún más compleja cuando el Estado se ha negado a reconocer el verdadero estado civil, de una persona legalmente casada ante las leyes de los Estados Unidos, pues al no poder acceder al registro del mismo, se encuentra en desventaja respecto a las parejas heterosexuales, fundamentalmente porque no le serán reconocidos los efectos jurídicos del matrimonio y los derechos y deberes que derivan del mismo.

Artículo 4: "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional."

A juicio del demandante, la norma citada ha sido infringida en concepto de violación directa por omisión, pues las frases refutadas vulneran los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, así como el reconocimiento de la igualdad ante la ley, también reconocida en los artículos 7 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues las normas vigentes, deben mínimamente proveer las mismas garantías que estas convenciones ofrecen a

los nacionales de los países que son parte de las mismas.

Añade que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de las autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona, a partir de su orientación sexual, pues en la Convención Americana, no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege un solo modelo "tradicional" de la misma, ya que el concepto de vida familiar, no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tengan vida en común por fuera del matrimonio.

Igualmente, considera que ningún Estado Americano toma medidas para regular o exigir la procreación dentro del matrimonio, ni es requisito para las parejas de sexo opuesto la fertilidad para acceder a este derecho, ni se les niega a los padres no aptos por no pagar pensión alimenticia.

Además, señala 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 pueda tener en el núcleo familiar a la luz de lo establecido en el artículo 17.1 de dicha Convención.

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."

Según el activador constitucional, la norma transcrita ha sido infringida en concepto de violación directa por omisión, pues impedir que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio, no solo niega arbitrariamente los derechos indispensables para constituirse en el fundamento de la familia, sino que

además, dicho ataque se extiende a la sociedad misma al impedirles constituirse en núcleo de la sociedad, tal y como lo establece el artículo 57 de la Constitución en lo concerniente a que la familia es el fundamento de la sociedad.

ANÁLISIS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN RESPECTO A LA PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL:

Expuestos los hechos en que se sustenta la advertencia de inconstitucionalidad de las frases **"entre un hombre y una mujer"** contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá, **"las personas del mismo sexo"** contenida en el artículo 34 numeral 1 del Código de la Familia de la República de Panamá y el artículo 35 de la Ley 61 de 2015 que establece **"Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo"**, bajo la supuesta violación de los artículos 4, 19 y 56 de la Constitución, procedo a emitir el concepto correspondiente.

De acuerdo con lo argumentado por el accionante, las frases demandadas, transgreden la Constitución Política y las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos al prohibir el matrimonio entre parejas del mismo sexo y negarse a inscribir el verdadero estado civil de un ciudadano que contrajo nupcias, conforme las leyes los Estados Unidos de América.

No obstante, lo argumentado carece de sustento jurídico al desconocer, que el artículo 15 de nuestra Carta Magna establece que tanto nacionales como extranjeros, están sometidos a la Constitución y las leyes, lo que implica que el ordenamiento jurídico interno, no debe ser alterado de manera antojadiza por voluntad de los particulares, principalmente por tratarse de normas de orden público y de interés social.

En este sentido, debemos tener presente que doctrinalmente el orden público, ha sido definido como el conjunto de normas cuya finalidad es mantener

69

en un país, el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares y de las que éstos, no pueden en principio, apartarse en sus convenciones, destacando, que se trata de un límite de la autonomía de las voluntades, en el sentido de que los particulares no pueden afectarlo aún de común acuerdo.

De conformidad con lo expuesto, advertimos que en materia de familia, los actos jurídicos realizados en el extranjero que involucren ciudadanos panameños, solo pueden ser reconocidos si no son contrarios al ordenamiento jurídico de nuestro país, pues como hemos señalado, al tratarse de normas de orden público, se encuentran sujetos al estatuto personal, es decir, a la ley panameña.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sentencia del 9 de octubre de 2006, manifestó lo siguiente:

"El Artículo 3 de la citada Ley establece que las normas contenidas en ella son de orden público y de interés social y se aplicaran con preferencia a otras normas, en consecuencia, no pueden ser alteradas o variadas por voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo en los casos expresamente permitidos por dicho código.

Esta disposición, que además de ser declarativa, tiene ribetes exegéticos, señala que sólo puede variarse lo dispuesto por una norma de dicho código por otra norma igualmente contenida en el mismo.

...

Por otro lado, debemos hacer referencia también a los conceptos de orden público interno e internacional...

En efecto, nuestra ley dispone que **"Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres"** (artículo 21 C. Civ.).

La ley civil dispone además, que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público".

...se desprende de la doctrina, que el **ius cogens** está conformado por normas de carácter impositivo impuestas por el Estado y que no pueden ser modificadas por voluntad de los gobernados, son de forzoso cumplimiento y existen también en el Derecho Internacional. ...será función del intérprete, previo a la resolución del caso concreto, buscar que tanto el orden internacional como el nacional coexistan armónicamente y puedan tener aplicación de manera

simultánea, pues no se trata de anular a una de las dos normas en conflicto, privando totalmente de sus efectos a una de ellas; sino de definir su aplicabilidad a un caso concreto. ...

Como vemos, se trata de un tema sujeto a debate, pero que en el caso concreto no tiene mucha complejidad, puesto que la propia norma interna es la que hace referencia a la supremacía del orden público internacional; artículo 11 del Código de la Familia y en concordancia con el artículo 14 del Código Civil por tratarse de un asunto particular, se debe preferir la especial. Vista aquella disposición exegética debemos concluir que la norma en conflicto aplicable debe ser el artículo 11 del Código de la Familia, es decir, la ley del domicilio conyugal regirá todo lo concerniente a las demandas de divorcio y separación de cuerpos." (Lo resaltado es nuestro)

En el caso que nos ocupa, el acto jurídico cuya inscripción se pretende, ha sido formalizado de acuerdo a la legislación del Estado de Illinois de los Estados Unidos de América, surtiendo los efectos que la ley le confiere en dicho país, sin embargo, resulta evidente que esta actuación ha sido realizada en contravención al ordenamiento jurídico interno, olvidando la facultad privativa y soberana del Estado de reglamentar todo lo relativo al estado civil y el matrimonio, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución.

Así tenemos que, aún cuando la convivencia de las parejas homosexuales es parte de la realidad social, no es dable el reconocimiento de dichas uniones a través de la acción incoada, no solo por quebrantar el ordenamiento jurídico interno, sino porque además las frases objeto de debate, han sido emitidas en atención a lo dispuesto en los artículos 56, 57 y 58 de la Constitución Nacional, en concordancia con el numeral 2 del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el numeral 2 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Igualmente, apreciamos que el accionante argumenta que las frases impugnadas vulneran el artículo 19 de la Constitución Política, pues a su juicio, establece un trato desigual o discriminatorio basado en la inclinación sexual.

En este sentido, considero prudente recordar que la prohibición de fueros o privilegios que consagra el artículo 19 de nuestro estatuto fundamental es consecuencia o derivación lógica del principio de igualdad ante la ley contenido en el artículo 20 de la misma, entendiéndose que la vulneración de dicha norma, entraña la necesidad de que el acto impugnado desmejore la condición de la persona o grupo de personas frente a otra u otros que estén en las mismas condiciones objetivas, lo que quiere decir, que todos los panameños deben recibir un trato igualitario, siempre y cuando se encuentren en situaciones iguales, similares o parecidas, donde no podrá ser sometido a ningún tipo de discriminación (por razones de sexo, raza, nacimiento, clase social, religión o ideas políticas), lo que no impide que el Estado pueda legislar de manera distinta cuando concurren circunstancias especiales¹.

No obstante, aprecio que a través de las frases demandadas no se otorgan privilegios, ventajas o excepciones para favorecer a determinado grupo de personas indiscriminadamente, pues por el contrario, se trata de un acto realizado en cumplimiento de una serie de requisitos y parámetros previamente establecidos por la Constitución Política y de procedimientos reglamentados a través de la Ley.

Cabe señalar, que el matrimonio como institución social ha sido concebido y reglamentado de manera especial para las parejas de distinto sexo que mediante acuerdo de voluntades desean formar una familia, institución que al generar derechos y obligaciones entre los cónyuges, ha sido protegida por la Ley, la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que de estos últimos se desprendan concepciones que contemplan derechos particularmente a las parejas del mismo sexo.

¹ Corte Suprema de Justicia de Panamá, Pleno, Sentencia del 27 de marzo de 2014.

Elo es así, por cuanto las uniones civiles entre parejas homosexuales o matrimonio igualitario, constituyen una figura novedosa cuyo reconocimiento y reglamentación dependerá de los mecanismos jurídicos internos de cada país y no de la voluntad de un particular; sin embargo, al tratarse de figuras jurídicas innovadoras, no escapan del principio de progresividad propio de los derechos humanos y por ende, a la luz de lo normado en los artículos 56 y 159 de la Constitución Política, únicamente podría ser reconocido y reglamentado luego del escrutinio de la autoridad competente, cuando la voluntad del pueblo así lo determine.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Conforme a lo expuesto, consideramos que las frases "entre un hombre y una mujer" contenida en el artículo 26 del Código de la Familia de la República de Panamá, "las personas del mismo sexo" contenida en el artículo 34 numeral 1 del Código de la Familia de la República de Panamá y el artículo 35 de la Ley 61 de 2015 que establece "Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo", no son inconstitucionales, pues no vulneran los artículos 4, 19 y 56 de la Constitución Política, ni los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni ninguna otra disposición de la Constitución Política, por lo que solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que así sea declarado al momento de ponderar la presente petición.

Del Honorable Magistrado,


Kenia I. Porcell D.
Procuradora General de la Nación

