

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD	ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA FIRMA MORGAN & MORGAN, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ENRIQUE JELENSZKY Y JOHN WINSTANLEY, PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL UNA FRASE DEL ARTÍCULO 26 DEL CÓDIGO DE LA FAMILIA.
--	--

HONORABLE MAGISTRADO PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA (ARTICULO 101 DEL CÓDIGO JUDICIAL):

MARCELA SANCHEZ BUITRAGO, directora ejecutiva y **LILIBETH CORTÉS MORA**, abogada de litigio constitucional de Colombia Diversa¹ respetuosamente nos dirigimos a ustedes con apoyo de Heartland Alliance – Global Initiatives for Human Rights (GIHR), acompañados de nuestra representación en Panamá, en la persona del abogado panameño Iván Chanis Barahona, para interponer el presente Amicus Curiae en representación de la Coalición de Organizaciones de personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Transgénero, Transexuales, Travestis, e Intersex (LGBTTTI) de América Latina y el Caribe trabajando en el Marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con el fin de apoyar el reconocimiento de los derechos de personas LGBT a acceder al matrimonio igualitario, en virtud del caso en referencia que esta honorable Corte entrará a resolver, relativo a la advertencia de inconstitucionalidad de la frase “entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 26 del Código de Familia de la República de Panamá.

La exposición de nuestros argumentos se realizará en tres momentos. En el primero expondremos las obligaciones de los Estados de garantizar la protección de todas las familias, en pie de igualdad de condiciones. En el segundo, abordaremos el derecho de igualdad ante la ley y los estándares para su protección identificados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Finalmente,

¹ Organización No Gubernamental (ONG) que tiene como misión promover la plena inclusión, el respeto de la integralidad de los derechos, el reconocimiento y la movilización de Lesbianas, Gay, Bisexuales y personas Trans (LGBT) en los ámbitos económico, social, político y cultural, con el fin de contribuir en la construcción de una sociedad democrática, moderna y con justicia social en Colombia. www.colombiadiversa.org

presentaremos algunos argumentos esbozados por la Corte Constitucional de Colombia para la aprobación del matrimonio igualitario en ese país para terminar con un acápite conclusivo.

1. El Estado panameño tiene la obligación de garantizar la protección de las diversas formas de configuración familiar.

En diversos pronunciamientos internacionales es posible encontrar afirmaciones relacionadas con la importancia de respetar los distintos modelos de familia, existiendo una inclinación diversa de esta². Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana se han pronunciado rechazando la protección de un único modelo de familia, o el “modelo de familia tradicional”³. Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que “en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o CADH) 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”^{4 5}.

² Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Párr. 2. 24; Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000). Párr. 27. Asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comentario General No. 19, Comentarios Generales Adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia, 39 Sesión, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), párr. 2.

³ Véase, por ejemplo, T.E.D.H., Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párrs. 34 a 36. T.E.D.H., Caso Karner v. Austria (No. 40016/98), Sentencia de 24 de octubre de 2003, párr. 41. En caso Kozak contra Polonia, el TEDH dispuso “vida familiar “necesariamente debe tener en cuenta los desarrollos en la sociedad y los cambios en la percepción de asuntos sociales, estado civil y relaciones, incluyendo el hecho de que no existe una manera única o una sola elección en el ámbito de cómo llevar y vivir la vida familiar o privada propia.” T.E.D.H., Kozak vs. Polonia, 13102/02 (2 de marzo de 2010). Párrs. 98-99.

⁴ Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, 2012.

⁵ Solicitud de Opinión Consultiva No. 24, interpuesta por el Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Observaciones de 16 organizaciones de derechos humanos que forman parte de la Coalición de Organizaciones LGBTTTI ante la OEA. Colombia Diversa, Akahatá; Asociación Alfí; Asociación Panambi; Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex); Colectiva Mujer y Salud; Fundación Diversencia; Heartland Alliance / Global Initiatives for Human Rights (GIHR); Liga Brasileira de Lésbicas; Letra S, Sida, Cultura y Vida Cotidiana, A.C.; Otrans / Reinas de la Noche; Ovejas Negras; Red Mexicana de Mujeres Trans; Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (Redlactrans); Taller Comunicación Mujer; y UNIBAM. 14 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/costaricaoc24/61_lgbttti_oea.pdf

En este sentido, el estándar internacional de derechos humanos refiere que la protección de los derechos de las personas que conforman familias diversas debe ser protegidas con independencia de que sus proyectos de vida tengan una amplia aceptación en la sociedad. La negación de incluir a las parejas del mismo sexo en los derechos de protección derivados de los vínculos afectivos reconocidos a las parejas heterosexuales, así como del concepto de familia, está fundamentada, más que en principios de derecho, en juicios morales, y el temor infundado de un grupo social a perder un privilegio, ya que al extenderse la protección que la ley les otorga, a otras formas de familia y relaciones, su estado de cosas permanece intacto, su protección no se ve menguada. No obstante, las situaciones de exclusión de un grupo poblacional dentro un sistema de derechos humanos que supone la igualdad de derechos ante la ley conlleva como ya se dijo antes, la violación de derechos fundamentales.⁶

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han recurrido bien a interpretaciones literales del texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, bien al “consenso europeo”⁸ para afirmar que la negativa de un Estado en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo viola las obligaciones estatales asumidas por los Estados, mediante la ratificación de los tratados respectivos.⁹ Por ello resulta relevante mencionar que (1) la Corte Interamericana ya ha descartado el alegato de la “falta de un consenso regional”, en su caso de Karen Atala e Hijas contra Chile¹⁰; y (2) en el ámbito interamericano, es necesario hacer una interpretación de la Convención Americana en su conjunto, y a la luz del principio de no discriminación, lo que permite afirmar que la negativa de reconocer el matrimonio

⁶ *Ibidem*.

⁷ Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). Párr. 8.2.

⁸ T.E.D.H., Caso Schalk y Kopf v. Austria (30141/04), Sentencia de 24 de junio de 2010.

⁹ Solicitud de Opinión Consultiva No. 24, interpuesta por el Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op Cit.

¹⁰ Al respecto, en dicha oportunidad, indicó la Corte Interamericana que “la 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”. Este precedente fue también citado por la Corte en la sentencia del caso Duque contra Colombia. Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C

a parejas por el sexo de las personas que componen la pareja es una distinción injustificada bajo la Convención Americana, a todas luces discriminatoria, en razón de la orientación sexual y el sexo.¹¹

Estos dos elementos permiten dar cuenta que justificaciones relacionadas con la tradición o la falta de aceptación de los derechos de las parejas del mismo sexo, y particularmente al matrimonio igualitario, no tienen asidero en el Sistema Americano de Derechos Humanos.

2. La prohibición de acceder al matrimonio para parejas del mismo sexo viola el derecho de igualdad ante la ley.

2.1 El derecho a la no discriminación y la igualdad ante la ley en relación con la orientación sexual y la identidad de género en el derecho internacional

La Convención Americana establece en su artículo 1.1. la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, sin discriminación alguna:

[L]os 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.

Específicamente respecto de este artículo, la Corte IDH) ha establecido que el listado de categorías ahí incluido no es exhaustivo, y que el mismo debe ser interpretado de conformidad con el principio hermenéutico pro persona y en virtud de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, los cuales son instrumentos vivos cuyo estudio y aplicación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida¹², teniendo la dignidad humana como piedra angular.

¹¹ Op cit.

¹² Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

La Corte Interamericana estableció en su sentencia en el caso Karen Atala e Hijas contra Chile, emitida en 2012, que:

[L]os 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 contemporáneo¹³.

Más específicamente, la Corte IDH ha reconocido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana¹⁴. Esto se traduce en la obligación de los Estados de cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en dicho tratado sin discriminación alguna con base en la orientación sexual o identidad de género de las personas. En consecuencia, agrega la Corte Interamericana, “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”¹⁵ y la identidad de género¹⁶.

Adicionalmente, en los tratados internacionales¹⁷, ¹⁸ como en los organismos de Naciones Unidas¹⁹ se han incorporado los temas de orientación sexual y la

¹³ Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85. 8

¹⁴ Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239; CIDH, Informe “Violencia contra personas LGBTI en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015.

¹⁵ Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

¹⁶ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 109, citando Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20, párr. 32.

¹⁷ En la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, se encuentra expresamente establecido que la discriminación “puede estar basada en motivos de (...) orientación sexual, identidad y expresión de género”. OEA, Asamblea General, “Convención Interamericana contra la Discriminación e Intolerancia”, Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, 5 de junio de 2013. Al mes de febrero de 2017, esta Convención aún no ha entrado en vigor.

identidad de género como parte de los avances en derechos humanos y categorías de no discriminación. Por ejemplo, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha reconocido el principio de no discriminación con base de la orientación sexual y la identidad de género²⁰, y varios comités de tratados de las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos²¹; el Comité contra la Tortura; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

¹⁸ El 11 de enero de 2017 entró en vigor la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, la cual establece en sus artículos 5 y 9 los derechos a la igualdad y no discriminación, y a una vida libre de violencia por razones de edad, incluyendo por motivos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. El artículo 5 establece que “Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez. Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, (...) entre otros”. Por su parte, el artículo 9 establece el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, en los siguientes términos: “la persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.” OEA, Asamblea General, “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones, 15 de junio de 2015. Al mes de febrero de 2017, esta convención ha sido firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, y ratificada por Costa Rica y Uruguay.

¹⁹ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe Anual del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párr. 3. También han integrado en sus han integrado en su políticas, líneas de trabajo y pronunciamientos la orientación sexual e identidad de género el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA).

²⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párr. 22. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 23. 9

²¹ 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”. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, párr. 6. Así mismo, Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90. Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81.

Culturales; el Comité de los Derechos de la Niñez, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han afirmado que, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género están incluidas dentro de los motivos prohibidos de discriminación²². En el mismo sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha puntualizado que “en ninguno de nuestros tratados de derechos humanos existe letra pequeña o cláusula de exención oculta alguna que pudiera permitir que un Estado garantizara derechos plenos a algunos, pero se los denegara a otros exclusivamente por razón de su orientación sexual o su identidad de género”²³.

2.2 El derecho a la Igualdad ante la Ley y no discriminación

La Corte IDH ha sostenido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es inseparable de la dignidad esencial de la persona y que en el marco del derecho internacional ha ingresado en el dominio del ius cogens por lo que sobre éste descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional permeando todo el ordenamiento jurídico²⁴.

Además, ha afirmado la Corte IDH que los principios de igualdad ante la ley y la no discriminación, que “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”²⁵. La Corte Interamericana también ha determinado que el principio de igualdad y no discriminación es parte del ius cogens, y que “sobre él descansa el

²² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ficha de Datos: Normas Internacionales de Derechos Humanos y Orientación Sexual e Identidad de Género. Disponible en: https://unfe.org/system/unfe-21-UN_Fact_Sheets_-_Spanish_v1c.pdf.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 269. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, “Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 79. Corte IDH, Caso Duque vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de febrero de 2016, párr. 91.

²⁵ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91, citando Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55 y Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216.

andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” y “permea todo el ordenamiento jurídico”²⁶.

En relación con las obligaciones de los Estados frente a este derecho, la Corte ha afirmado que:

*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*²⁷.

Ello ha llevado a sostener que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable²⁸. Esto quiere decir que la diferencia es discriminatoria cuando “no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”²⁹. En particular tratándose de la prohibición de discriminación por las categorías protegidas bajo el artículo 1.1 de la Convención Americana, “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

²⁶ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

²⁷ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92, citando Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 104; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 201, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 220. Asimismo, ver Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

²⁸ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, citando Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 219.

²⁹ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, citando Caso Norín Catrimán (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) y otros Vs. Chile, párr. 200, y Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 219.

trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva”³⁰.

En los casos de parejas del mismo sexo, la Corte IDH, luego de revisar la doctrina y jurisprudencia de organismos internacionales³¹, ha establecido un estándar de protección en materia de orientación sexual e identidad de género sobre tres premisas: 1) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH³², 2) no es necesario que exista un consenso sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales para protegerlos, y 3) basta con constatar que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta la orientación sexual de la persona para determinar que esta identificación de la orientación sexual viola el principio de igualdad^{33 34}.

³⁰ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 94, citando Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr. 257. Asimismo, Mutatis mutandi, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 124, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, párr. 228.

³¹ Algunas de ellas son: O.E.A., AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); T.E.D.H., Caso Clift Vs. Reino Unido, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Toonen Vs. Australia, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007; Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009; Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3. El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003; Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General No. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008; Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010; Naciones Unidas, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008 e informes de algunos relatores especiales como el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004 en el que se señala que las normas internacionales de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por motivos de orientación sexual y que las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual.

³² En la sentencia del Caso Atala Riffo y niñas contra Chile la Corte IDH señaló que la orientación sexual estaba protegida por el artículo 1 dentro de la categoría o cualquier otra condición social. Corte IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 83-93.

³³ Contreras, Andrés y Lamaitre, Julieta, “La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia”. En: El Caso Ángel Alberto Duque Sentencia De La Corte

Este estándar es desarrollado a partir de los deberes y derechos consagrados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que se vulneran cuando la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación en relación con las categorías protegidas, como sería el caso de los ordenamientos jurídicos nacionales cuando las parejas del mismo sexo no están protegidas.³⁵

Reconocer los derechos de protección a las parejas del mismo sexo derivados de una relación afectiva es un deber de los Estados partes de la CADH emanada de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación. En relación con las obligaciones de los Estados de no discriminar, la Corte IDH ha establecido³⁶ que éstos: 1) deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación jurídica o de hecho; 2) están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas; 3) tienen un deber especial de protección respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias.³⁷

En consecuencia, si la exclusión de las parejas del mismo sexo de los derechos de protección constituye una forma de discriminación, estos derechos se encuentran protegidos por los artículos 1 y 24 de la CADH y, por lo tanto, los Estados partes tienen la obligación de:

- Abstenerse de expedir normas que directa o indirectamente creen situaciones que impidan jurídicamente o de hecho que las parejas del mismo sexo gocen de los derechos de protección;
- Adoptar disposiciones de derecho interno que reconozcan y garanticen el ejercicio de los derechos de protección derivados del vínculo de las parejas del mismo sexo;

Interamericana, La Responsabilidad Del Estado Colombiano Por La Violación Del Derecho A La Igualdad Y La No Discriminación Por Orientación Sexual. Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2016, P.15-39.

³⁴ Solicitud de Opinión Consultiva No. 24, interpuesta por el Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op Cit.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 101, 103 y 104.

³⁷ Op. Cit.

- Brindar especial protección a las parejas del mismo sexo para que agentes del Estado o particulares no obstaculicen el disfrute de los derechos de protección a las parejas del mismo sexo.³⁸

3. Derecho comparado: algunos argumentos empleados por la Corte Constitucional de Colombia respecto al matrimonio igualitario.

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-577 de 2011³⁹, que abordó el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio, sobre protección debida a las parejas del mismo sexo señaló que:

“Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.

Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia”.

Concluyendo, la misma Corte Constitucional, que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado. El caso colombiano nos sirve de ejemplo para invitar a la honorable Corte Suprema de Justicia a pronunciarse de manera precisa sobre el derecho que tienen las parejas

³⁸ Ibídem.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

del mismo sexo a fundar una familia a través de los mecanismos legales que tenga cada Estado sin diferencia alguna.

En el año 2016 la Corte Constitucional de Colombia determinó finalmente y sin lugar a interpretaciones ambiguas que las parejas del mismo sexo tenían derecho a acceder al matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Entre otros argumentos, la Corte expresó que:

“Del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía del individuo para escoger a la persona con la cual quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural o solemne, cuyos propósitos son acompañarse, socorrerse mutuamente y disfrutar de una asociación íntima, en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “vivir como quiera”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones” En ese sentido, el Estado no puede tolerar la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, toda vez que ello comporta un trato diferenciado fundado en la orientación sexual que quebranta la dignidad de la persona humana. Para esta Corte, allí donde existe la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección del Estado.

(...)

“La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio, sin distingos sociales, étnicos, raciales, nacionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana”.

(...)

El derecho de las parejas heterosexuales y del mismo sexo a celebrar una unión marital y formal, cuya principal expresión lo constituye el matrimonio civil, también es una manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato⁴⁰.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

4. Conclusiones

En punto a la obligación de garantía de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha dicho que aquella implica la obligación estatal de remover todos los obstáculos que puedan existir para que los individuos tengan el goce pleno y efectivo de todos los derechos que reconoce la Convención Americana. En este sentido, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del Pacto, la tolerancia estatal a cualquier circunstancia o condición que no permita el disfrute de los derechos reconocidos por este instrumento internacional⁴¹, incluida la prohibición a las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio.

Es así, que una respuesta negativa respecto a la protección de los derechos las parejas del mismo sexo derivaría en situaciones incompatibles con el principio de igualdad y la dignidad humana, como sería: avalar la expedición de normas que lleven a considerar superiores a las parejas heterosexuales y merecedoras de más o mejores derechos que las parejas del mismo sexo.⁴²

Excluir a las parejas del mismo sexo del disfrute de los derechos que se les reconocen a las parejas de distinto sexo, compromete la responsabilidad estatal al violarse el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana, pues la ley protege de manera diferenciada pero no justificada de manera objetiva y razonable a las parejas con base en su sexo, su orientación sexual y su vínculo afectivo.⁴³

Sea el momento para recordar que el desarrollo y fortalecimiento del derecho a la igualdad y no discriminación es indispensable para que los países de la región latinoamericana puedan fortalecer sus instituciones, garantizar el Estado de Derecho y construir sociedad más justas y equitativas, conforme a los principios y obligaciones adoptados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

PETICIÓN

⁴¹ Opinión Consultiva OC-11190 (1990), Corte IDH, 10 de agosto de 1990.

⁴² Solicitud de Opinión Consultiva No. 24, interpuesta por el Estado de Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Op Cit.

⁴³ *Ibídem*.

Frente a la relevancia del caso y el positivo panorama que podría generar en Panamá y la región, solicitamos a la Honorable Corte Suprema de Justicia que declare la inconstitucionalidad de la frase **“entre un hombre y una mujer”** que se encuentra contenida en el artículo 26 del Código de Familia.

Cordialmente,

Iván Chanis Barahona
Cédula: 8-768-1139
Idoneidad: 9586