

**CORRECCIÓN DEL CONCEPTO DE UNIDAD
MIGRATORIA FAMILIAR EN EL PROCEDIMIENTO
DE LLAMADO DE FAMILIA EN EL PERÚ
(A PROPÓSITO DE LOS MATRIMONIOS ENTRE
PERSONAS DEL MISMO SEXO)**
***THE CONCEPT OF MIGRATORY FAMILY UNIT IN THE PROCCES
OF FAMILY CALL IN PERU (ABOUT SAME-SEX MARRIAGES)***

Orlando de las Casas*

The concept of family call embraces a migratory alternative that allows a foreigner to stay in another country with his or her spouse. Taking into account Peru's legal framework, it is possible to ask if a foreigner is able to appeal to the family call if he or she is married to a person of the same sex? Would it be legitimate to recognize a foreign law that allows same sex marriages?

In the following paper, the author answers these and other questions, analyzing concepts such as family, public order, collective morality and familiar migratory unit that are acknowledged in our legal system by appealing, furthermore, to the weighting test of principles in collision.

KEY WORDS: *Family call; public order; same sex couples; weighting test; discrimination.*

El concepto de llamado de familia comprende la alternativa migratoria que permite a un extranjero permanecer en otro país con su cónyuge. Dado el marco normativo peruano, podríamos preguntarnos: ¿Es posible que un extranjero, casado con una persona de su mismo sexo, pueda recurrir al llamado de familia? ¿Podría ser válido reconocer una norma extranjera que permita el matrimonio entre personas de un mismo sexo?

En el presente artículo, el autor da respuesta a estas y otras preguntas, analizando los conceptos de familia, orden público, moral colectiva y unidad migratoria familiar recogidos en nuestro ordenamiento, aplicando la ponderación entre estos principios.

PALABRAS CLAVE: *Llamado de familia; orden público; parejas homosexuales; test de ponderación; discriminación.*

* Abogado. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de Hernández & Cía, Abogados.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 28 de marzo y aceptado por el mismo el 10 de mayo de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

En épocas como las actuales, en las que inclusive se están discutiendo los derechos patrimoniales de quienes mantienen relaciones con personas de su mismo sexo (en el caso peruano), nos enfrentamos a situaciones que, hasta hace muy poco tiempo, eran impensables.

Es una realidad que cada vez son más los Estados que aceptan y reconocen la unión matrimonial entre personas de un mismo sexo. Más allá de la opción que el Estado peruano adopte (y más allá de la discusión patrimonial que actualmente se viene presentando), en la actualidad se presenta ya un problema con los ciudadanos de los Estados que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo cuando estos van a permanecer por un tiempo determinado en el Perú.

Nos referimos a los extranjeros que ingresan al Perú con la intención de cumplir obligaciones laborales y que han contraído válidamente matrimonios con personas de su mismo sexo. El problema está en la imposibilidad de realizar el trámite del llamado de familia ante las autoridades migratorias nacionales.

Esto nos lleva a una serie de reflexiones. En primer lugar, y visto desde una perspectiva puramente normativa, debemos analizar si, por la forma en que están dadas las normas migratorias, el hecho de estar casado válidamente con una persona del mismo sexo es un impedimento de recurrir al denominado llamado de familia (alternativa migratoria que permite al extranjero permanecer en el Perú con su cónyuge). Desde una perspectiva más amplia, si un documento válidamente obtenido en un país extranjero (como es la partida de matrimonio, en aquellos países en los que el matrimonio entre personas de un mismo sexo está permitido) resulta no ser válido en el Perú.

Igualdad, no discriminación, realización personal, proyecto de vida, afectación de derechos fundamentales; todos ellos son elementos a evaluar, considerar e inclusive enfrentar cuando se toca este tema.

En el presente trabajo analizaremos este problema, en el que veremos si las autoridades migratorias (las cuales impiden esta posibilidad) están actuando de manera correcta. Veremos si es factible, con la regulación vigente, que un extranjero casado con una persona de su mismo sexo pueda recurrir al llamado de familia para poder permanecer en el Perú con su cónyuge o si, por el contrario, esta posibilidad no es reconocida en el marco de la legislación peruana.

II. CONCEPTO DE UNIDAD MIGRATORIA FAMILIAR EN EL PERÚ: DERECHO Y FAMILIA

Desde las aulas, hemos entendido siempre que el Derecho es una forma de realidad. Sin duda, no engloba todas las realidades, pero busca recogerlas, las conceptualiza y regula (o por lo menos, intenta hacerlo). Podríamos decir, en consecuencia, que “el Derecho es una forma de la realidad”¹.

Uno de esos conceptos es el de “familia”, aparentemente elemental, pero que en los últimos años ha sufrido una serie de nuevas concepciones o composiciones². Podríamos decir, a manera de propuesta, que en nuestro país existen diversas familias, “[...] pero ninguna puede ser considerada por sí sola la ‘realidad’ a la cual todas la demás formas deban someterse”³.

Podemos partir señalando que: (i) El Derecho de Familia regulado en el Perú, que incluye el concepto de matrimonio, toma una de las realidades existentes en nuestro país; y (ii) la realidad que ha sido regulada por nuestros legisladores responde a la cultura, la moral y el orden público.

Sin embargo, no podemos negar que, si bien esa realidad ha sido tomada por nuestro ordenamiento, existen otros países en los cuales el concepto de familia (matrimonio) ha sido regulado por el Derecho de manera diferente a la nuestra o, en todo caso, ha sido modificado, reconociendo, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. “La Familia en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez”. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 24.

² El modelo conformado por madre, padre e hijos no es el único modelo familiar.

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. Op. cit. Loc. cit.

Nos encontramos en una época en la que prima la globalización, en la que las fronteras resultan ser cada vez menos existentes y en la que experiencias de integración, como la Unión Europea o el Mercosur, se presentan en diversas regiones del mundo. Este tipo de experiencias tienen una evidente implicancia en los aspectos laborales y migratorios⁴. El evidente aumento de migración laboral o, en todo caso, la natural presencia de trabajadores extranjeros en cualquier país del mundo (con mayor razón en los países que están, como en el caso peruano, en franco desarrollo), hace que podamos tener casos en los cuales tengamos representantes o ciudadanos de un país que recoge una realidad jurídica diferente. Una realidad que cada vez cobra más aceptación por diversos países es el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De ser contratado laboralmente un ciudadano extranjero, como veremos más en detalle, este tienen la posibilidad (el derecho, diríamos) de realizar el trámite migratorio que permita la presencia en el Perú de su esposa (o esposo, en caso se contrate a una mujer) e hijos.

¿Qué pasa si la persona contratada está casada con una persona de su mismo sexo? ¿Qué debemos hacer en dichos supuestos? ¿Debe el Estado reconocer los derechos adquiridos que les otorga otro Estado?

A. El procedimiento de llamado de familia

Ya hemos adelantado que en los últimos años, en respuesta a la globalización y a los procesos de integración, existe una gran movilización de extranjeros que van a trabajar a otros países. “[L]as migraciones laborales son un importante fenómeno mundial que afecta hoy día a la mayoría de los países del mundo”⁵.

En respuesta a este fenómeno mundial, cada Estado, haciendo uso de sus facultades y con ánimo de proteger su soberanía, ha instaurado distintas formas de protección que regulan el ingreso de los extranjeros a su territorio (en muchos casos, la regulación implica una res-

tricción, que en buena cuenta busca proteger a la mano de obra nacional). En el caso peruano, tenemos el Decreto Legislativo 703, Ley de Extranjería, y el Decreto Legislativo 1043, que modifica algunos artículos de la mencionada ley.

Contamos, además, con la Oficina de Migraciones, hoy llamada Superintendencia Nacional de Migraciones, creada por el Decreto Legislativo 1130, entidad que, de acuerdo al artículo 1 del citado Decreto, es un Organismo Técnico Especializado adscrito al Ministerio del Interior, y que se encarga del control migratorio y de diversos trámites que debe seguir un extranjero para permanecer en nuestro país de forma legal.

De esa forma, se ha establecido que la Oficina de Migraciones tiene como función “participar en la política de seguridad interna y fronteriza, ejerciendo el control como autoridad migratoria a ciudadanos nacionales y extranjeros en el territorio peruano, dotándolos de documentos de viaje seguros, vigilante del cumplimiento de las disposiciones respecto al ingreso, permanencia, residencia y actividades de extranjeros en el país, teniendo en consideración la política de modernización del estado en beneficio de la sociedad”⁶.

El artículo 4 del Decreto Legislativo 1130 ha señalado tres principios que deberán regir la actuación de la Oficina de Migraciones:

- a) **Principio de calidad en los servicios:** Presta servicios de calidad y responde de manera oportuna y adecuada a las necesidades de los usuarios;
- b) **Principio de seguridad jurídica:** La autoridad administrativa brinda seguridad jurídica en los actos administrativos de su competencia; y
- c) **Principio de trato justo e igualitario:** La atención a los administrados se brinda con **imparcialidad, asegurando la igualdad y la no discriminación por razones**

⁴ Tan claro resulta ser que, desde hace unos años, la Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT] ha realizado interesantes estudios y ha regulado la situación de los migrantes. Bastaría dar una revisión a los Convenios 21, 66 o 97 de la OIT.

⁵ Organización Internacional del Trabajo. “Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales”. Ginebra: OIT. 2005. p.3.

⁶ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE MIGRACIONES. En: <http://www.migraciones.gob.pe/index.php/quienes-somos/mision-y-vision/>.

de género, edad, raza, ideología, religión, nivel económico, o de otra índole [El énfasis es nuestro].

En consecuencia, podemos concluir que todo procedimiento ante la Oficina de Migraciones deberá desarrollarse respetando los principios antes citados.

Los procedimientos (dirigidos básicamente a la obtención de la calidad migratoria que permita la permanencia legal de ciudadanos extranjeros en el Perú) se encuentran recogidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio del Interior [en adelante, TUPA-IN]. En el TUPA-IN existe un procedimiento para el caso de extranjeros que vienen a trabajar a nuestro país y que, por ello, quisieran también traer a su familia. En ese sentido, existe el trámite de cambio de calidad migratoria a trabajador y a familiar de residente, conocido también como “llamado de familia”.

El artículo 4 de la Ley de Extranjería brindó un primer acercamiento que permitía a los extranjeros –como unidad migratoria– “extender” su calidad a los miembros de su familia, constituida por su cónyuge, hijos menores de dieciocho años, hijas solteras, padres y dependientes, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Extranjería.

Sin embargo, pese a lo señalado en dicho artículo, no existía una calidad migratoria precisa de familiar de residente. La situación cambió al promulgarse el Decreto Legislativo 1043, pues incorporó en el artículo 1 (que modifica el artículo 11 de la Ley de Extranjería) la calidad migratoria de “familiar de residente”, refiriéndose a ella en los siguientes términos:

“u) FAMILIAR RESIDENTE.- Aquellos extranjeros que forman parte de la **unidad migratoria** a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley y que ingresan al país en calidad de dependientes de un ciudadano peruano o de un extranjero mayor de edad titular de una visa de ‘residente’” [El énfasis es nuestro].

En la exposición de motivos del referido Decreto Legislativo se señala que se decidió la incorporación de dicha calidad migratoria al observar un contexto de aumento del co-

mercio exterior y la inversión extranjera y, en consecuencia, “es importante incorporar la calidad migratoria de “Familiar Residente” y así precisar la condición migratoria de los extranjeros dependientes que conforman la unidad migratoria de extranjero residente en el Perú”⁷. Vemos cómo la exposición de motivos refleja mucho de lo que indicamos al inicio del presente trabajo.

Por lo tanto, tenemos que la incorporación de la calidad migratoria de “familiar de residente” corresponde a todas aquellas personas que forman parte de la unidad migratoria de un extranjero. En palabras de la propia ley, se podrá realizar el trámite en el caso del cónyuge, de los hijos menores de dieciocho años, de las hijas solteras, de los padres y de los dependientes.

Respecto a los requisitos que señala el TUPA-IN, si un extranjero residente en el país quisiera traer a su cónyuge deberá presentar: O la partida o acta de matrimonio original inscrita en los respectivos registros civiles del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil [en adelante, Reniec] (en caso el matrimonio haya sido realizado en el Perú), o la partida o acta de matrimonio o documento análogo de su país de origen, legalizada por el consulado peruano y visado por el Ministerio de Relaciones Exteriores (en caso el matrimonio haya sido realizado en el extranjero). Vemos cómo para que un extranjero pueda traer a su cónyuge deberá presentar, obligatoriamente, su partida o acta de matrimonio o, a nuestro entender, documentos análogos que prueben el matrimonio en su país de origen.

Realizada esta breve descripción del procedimiento (y los requisitos) de llamado de familia respecto de cónyuges de residentes extranjeros, volvamos al tema propuesto. ¿Qué pasaría en caso un extranjero quisiera traer a su cónyuge y este fuera de su mismo sexo?

Una respuesta, basándonos en la literalidad del dispositivo, sería que no existiría ningún problema, ya que bastaría que el extranjero que quiere realizar “el llamado” presente su acta o partida de matrimonio (la norma no menciona o exige que el matrimonio deba ser entre personas de distinto sexo). Este mismo razonamiento nos llevaría a concluir que los convi-

⁷ Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1043.

vientes (así sean de sexo distinto) no lo podrían hacer, por no contar con una partida de matrimonio (o con un documento análogo)⁸.

Pese a lo antes señalado, y a que ni la Ley de extranjería ni el TUPA-IN hacen distinción expresa alguna en cuanto al llamado de familia al cónyuge, funcionarios de la Oficina de Migraciones utilizan (sin decirlo de manera expresa) las normas que definen al matrimonio y la familia para evaluar las solicitudes de cambio de calidad migratoria, las cuales se han recogido de una de nuestras realidades nacionales y no reconoce la de otras realidades recogidas por ordenamientos extranjeros.

Nos preguntamos si dicha práctica iría en contra de la finalidad de la unidad familiar pues, al no reconocer las realidades reguladas por otros Estados, estaríamos permitiendo sólo en determinados casos la unidad migratoria-familiar, de acuerdo a nuestra legislación nacional.

B. El concepto de matrimonio en el Perú

Para entender (o, por lo menos, asumir) bajo qué conceptos resuelven los funcionarios de Oficina de Migraciones, debemos definir lo que en el Perú se ha regulado como matrimonio. No olvidemos lo que se ha señalado a lo largo de este trabajo: Los conceptos regulados por el Derecho son tomados de una de las realidades de nuestro país, pero ello no quiere decir que lo regulado corresponda a todas las realidades nacionales y, menos, a las internacionales.

No se deben hacer grandes investigaciones para concluir que nuestro país ha sido y aún es conservador respecto al concepto que se tiene sobre el matrimonio, siendo que, históricamente, el matrimonio ha sido: (i) Una figura religiosa; y (ii) la unión entre un hombre y una mujer.

Lo mencionan De Trazegnies, Rodríguez Iturri y Cárdenas Quirós al señalar que “[...] en el Perú colonial tuvo vigencia y validez el matrimonio religioso del catolicismo bajo las reglas del Derecho Canónico, lo que subsistió en el Perú republicano aun mediando, en 1852, la promul-

gación del primer Código Civil, no obstante ser ésta una fiel traducción del Código Napoleón. Dicho cuerpo de leyes definía el matrimonio como **la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida en común, corriendo a la conservación de la especie humana**”⁹ [El énfasis es nuestro].

A lo largo del tiempo y hasta la actualidad, en nuestro país, el concepto de matrimonio no ha variado en modo significativo; solamente se ha dado una división entre el matrimonio católico y el matrimonio civil. En ese sentido, desde la promulgación de la ley de 23 de diciembre de 1897 se reconocen en el Perú igualmente válidos el matrimonio canónico y el matrimonio civil¹⁰.

En la actualidad, se ha definido el concepto de matrimonio en dos dispositivos: La Constitución Política del Perú y el Código Civil. En primer lugar, nuestra Constitución, si bien no se refiere literalmente al matrimonio, señala en su artículo 5 que el matrimonio es “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial”; mientras que nuestro Código Civil lo define de la siguiente manera en su artículo 234:

“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

Se puede apreciar que el concepto de matrimonio regulado por nuestro Código Civil vigente y el que estableció el de 1852 son prácticamente los mismos. Es decir, después de más de cien años, nuestro concepto normativo de matrimonio sigue siendo la unión entre varón y mujer.

Por lo tanto, en nuestro país sólo será considerado matrimonio aquella unión entre un hombre y una mujer. Asumimos, entonces (considerando que no hay pronunciamientos específicos o concretos), que este es el concepto adoptado por los funcionarios de la Oficina de Migraciones. Asumir esta posición nos

⁸ Advertimos que lo planteamos a manera de ejemplo, ya que el problema sobre el llamado de familia de personas que no son casadas no forma parte del presente trabajo.

⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando; RODRÍGUEZ ITURRI, Roger y CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS. Op. cit. p. 85.

¹⁰ Ibídem.

permite concluir que el concepto o definición de matrimonio en el Perú es la única valedera, y que se extiende a otras realidades o legislaciones o, en todo caso, no acepta otras realidades válidas y legalmente reconocidas en otros países.

C. La no procedencia del llamado de familia en los caso de cónyuges del mismo sexo. ¿Protección del orden público?

Tal como hemos señalado, los funcionarios de la Oficina de Migraciones que reciben las solicitudes de llamado de familia rechazan los trámites cuando la solicitud se hace a favor de un cónyuge del mismo sexo que el solicitante. El único motivo por el cual se rechaza la solicitud se debe al concepto de matrimonio que regula nuestro país, en tanto que el permitir y aceptar una solicitud de ese tipo contravendría el orden público interno. Resulta válido, entonces, hacer una breve reflexión de lo que debemos entender por orden público.

El orden público es un concepto dinámico; cambia de acuerdo a la época¹¹. En opinión de algunos, en lo que se refiere al matrimonio, “la monogamia, exogamia, consentimiento y heterosexualidad, por constituir principios de base de la constitución de los matrimonios, deben ser considerados de orden público”¹².

A pesar de haber reconocido que la condición de heterosexualidad de los contrayentes es un derecho cultural del foro¹³ y que, por lo tanto, es de orden público, es evidente que, al ser dinámico el orden público, siempre existirá un margen de inseguridad o variabilidad. A lo largo del tiempo se ha considerado que el matrimonio entre personas del mismo sexo vulneraría el orden público interno, puesto que va en contra de concepciones fundamentales en el país.

¿Puede ser válido reconocer una norma extranjera que permita el matrimonio entre personas de un mismo sexo? En atención a todo lo que hasta el momento hemos expuesto, consideramos que, en tanto no vaya en con-

tra de derechos fundamentales de un Estado, es decir, del país del foro, tendría que ponderarse la aplicación de una ley extranjera que contenga un derecho fundamental contrario; por ejemplo, la concepción moral que tenga un Estado.

Consideramos lo anterior en tanto no podemos justificar la no aplicación de una norma extranjera basándonos en la moral de un Estado (moral que, a la vez, es cambiante), en tanto que la no aplicación de dicha norma podría estar vulnerando derechos fundamentales de un individuo o una familia.

Por lo tanto, estamos de acuerdo con Delgado Barreto cuando sostiene que la excepción de orden público solo funcionará cuando se afecten derechos fundamentales del país del foro. Por ejemplo, es el caso de un país extranjero que admita la esclavitud y pretenda que se reconozca dicho derecho en el país, situación que, evidentemente, será rechazada, al violar el derecho fundamental a la libertad, consagrado en nuestra Constitución.

III. VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDIVIDUO Y LA FAMILIA

A partir de lo señalado en el punto anterior, consideramos que al rechazarse el procedimiento de llamado de familia a cónyuges del mismo sexo, por considerarse que contraviene el orden público peruano, se produciría una afectación de derechos humanos reconocidos no sólo por normas internas, sino también internacionales. De esa formar, la Convención Americana de Derecho Humanos [en adelante, la Convención] establece la siguiente obligación general a los Estados en su artículo 1.1:

“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**

¹¹ Por ejemplo, en el pasado no se admitía el divorcio en nuestro país, pues se consideraba contrario al orden público.

¹² DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho privado”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. p. 78.

¹³ El orden público abarca tres tipos de normas: (i) Normas de *ius cogens* (Derechos Humanos); (ii) derechos fundamentales del foro; y (iii) derechos culturales del foro.

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” [El énfasis es nuestro].

Al respecto, desarrollaremos una lista de los derechos afectados.

A. El derecho a la igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra regulado no sólo en el artículo 1.1 de la Convención sino, también, en casi todos los instrumentos internacionales vinculados de Derechos Humanos¹⁴, en los que podemos notar su inclusión en diferentes normas debido a la relevancia tanto del derecho a la igualdad como a la no discriminación. Ahora, en tanto los citados derechos se encuentran regulados por la Convención, los Estados Parte están obligados a adoptar medidas que fueran necesarias para hacerlos efectivos¹⁵.

Por otro lado, se entiende que, en cuanto al derecho a la igualdad, “históricamente se han desarrollado dos concepciones del derecho a la igualdad. La primera de ellas se encuentra referida a la igualdad como prohibición de trato arbitrario. La segunda, la prohibición de no discriminación”¹⁶.

La igualdad ante la ley, o igualdad formal, se encuentra regulada por el artículo 24 de la Convención¹⁷ y el artículo 2. 2 de nuestra Constitución Política, y expresa que toda ley deberá aplicarse a todos por igual, a excepción de que exista justificación objetiva y razonable para su distinción. “[P]ara la determinación de la razonabilidad y objetividad la Corte In-

teramericana, siguiendo los parámetros de la Corte Europea de Derechos Humanos, ha establecido un *test* de igualdad, según el cual se deberá analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”¹⁸.

Por otro lado, la igualdad como no discriminación se “encuentra directamente relacionada con la protección de grupos sistemáticamente excluidos”¹⁹. Al mencionar a los grupos sistemáticamente excluidos, nos referimos a los grupos que históricamente han sido discriminados por raza, edad, sexo, condición social, religión, entre otros.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos señala que este concepto se encuentra referido a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base 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 posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga 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”.

En el caso del llamado de familia de un cónyuge del mismo sexo, para verificar si existe una vulneración a la igualdad y si la negativa de realizar el trámite tiene algún sustento objetivo, deberemos realizar el *test* de ponderación. El referido *test* será realizado al final de siguiente capítulo, en tanto la ponderación se deberá hacer teniendo en cuenta los otros derechos vulnerados.

¹⁴ Por ejemplo: Artículo II de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵ Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 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.

¹⁶ GÓNZALEZ LE SAUX, Marianne y Óscar PARRA VERA. “Concepciones y Cláusulas de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, a propósito del caso Apítz”. En: Anuario de Derechos Humanos 47. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Enero-junio 2008. p. 19.

¹⁷ 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”.

¹⁸ VITERI CUSTODIO, Daniela y Mauricio CUADRA MORENO. “Las nuevas dimensiones del derecho a la igualdad en el Derecho Internacional de los Derechos humanos, a propósito del caso Atala Riffo y niñas contra Chile”. Lima: Gaceta Constitucional. 2013. p. 336.

¹⁹ *Ibíd.* p.337.

En lo que respecta al derecho a la no discriminación, debemos señalar que, efectivamente, este existe en tanto que, al no permitir que una persona que viene a trabajar al Perú traiga a su cónyuge del mismo sexo, se estarían vulnerando sus derechos como individuo, toda vez que sí se permite que un extranjero que viene a trabajar al Perú traiga a su cónyuge si es de otro sexo. En consecuencia, se estaría evidenciando que no se reconocen las mismas condiciones de igualdad y libertades fundamentales a todas las personas. Adicionalmente, debemos entender que igualdad y no discriminación implican, finalmente, el hecho de respetar la igualdad de oportunidades (para efectos de lo tratado en el presente trabajo, igualdad de oportunidades en la realización como persona a la que todo individuo tiene derecho).

Finalmente, en tanto que, como a continuación expondremos, la Corte Internacional ha reconocido el derecho a la orientación sexual, se estaría excluyendo a un grupo y favoreciendo a otro por su opción sexual, vulnerando así los derechos y deberes reconocidos en el Convenio.

B. El derecho a la orientación sexual

El derecho a la orientación sexual deriva del derecho a la igualdad y, sobre todo, del derecho a la no discriminación. Como sabemos, la lista de prácticas discriminatorias proscritas es una lista abierta. Por tanto, puede incluir nuevas formas de discriminación que vayan apareciendo en el camino.

“[E]n efecto si bien es cierto, en líneas generales, los tratados de protección de Derechos Humanos” contienen categorías específicas con base a las cuales no se puede proferir actos discriminatorios, es posible encontrar otras formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que constituyen una violación al derecho de igualdad”²⁰.

Al respecto, la Corte Internacional reconoció que en la lista de categorías reconocidas se

encontraría la orientación sexual. De esa forma, se “estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención bajo el término “otra condición social”, establecido en el artículo 1.1 de la Convención”²¹.

Los Estados tienen la obligación de adoptar diferentes disposiciones para efectivizar un derecho. En consecuencia, no sólo se buscaría un reconocimiento al derecho de orientación sexual, sino que se incluya “su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de la persona”²². En ese sentido, una expresión del derecho podría ser convivir con otra persona sin que el Estado pueda poner restricción alguna.

La Corte ha reconocido que el derecho a la orientación sexual va de la mano con el derecho a la libertad de opción y autodeterminación de la persona, y hasta con la identidad de esta.

Por consiguiente, la Corte ha señalado que quedan prohibidos “cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la personal [...]. 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”²³.

Ahora, en el caso del llamado de familia a cónyuges del mismo sexo, existen prácticas de Derecho interno, decisiones y, si se pueden considerar, normas que restringen el derecho de los extranjeros casados a traer a su cónyuge —del mismo sexo— al venir a trabajar al Perú. Existe, en consecuencia, una vulneración al derecho a la orientación sexual de los extranjeros, dado que las normas actuales no incluyen dentro del concepto de unidad migratoria familiar a los cónyuges del mismo sexo, siendo que los funcionarios de la Oficina de Migraciones rechazan preliminarmente los trámites de este tipo.

²⁰ Comité de Derechos Humanos. Caso Gueye v. Francia. Comunicación 196/1985. A/44/40. 1980. párrafo. 9.4.

²¹ Esta incorporación ha sido establecida por la Corte Interamericana por el caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

²² Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C 239, numeral 91.

²³ Dossier Caso Atala Riffo y niñas contra Chile. Lima: TC Gaceta Constitucional. pp. 315-316.

C. El derecho a la vida privada y la vida familiar

El derecho a la vida privada y a la vida familiar se encuentra regulado en el artículo 11 de la Convención²⁴ y en el artículo 2.6 y 2.7 de nuestra Constitución, regulación que ampliamente se conoce como el derecho a la dignidad individual.

Respecto a la vida privada, el Tribunal de la Corte Internacional, en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, consideró que “la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”²⁵. En ese sentido, la vida privada no solo abarca al mismo individuo sino también las relaciones con los demás.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia recaída en el C-029/2009, indicó que “las cuestiones relacionadas con la vida sexual y afectiva importan solamente a los individuos involucrados. En ese sentido, el Estado debe garantizar el derecho de las personas a ser dejadas solas, esto es, que el Estado no pueda invadir el espacio íntimo donde articulan, modifican e intentan volver realidad sus compromisos morales”²⁶.

La Corte Colombiana toma una postura extrema al regular que todo lo referente a la intimidad no debería tener intervención del Estado. Consideramos que el Estado sí debería tener un grado de intervención, pero como promotor del Derecho y como creador de normas de fomento que no generen injerencia en la vida privada de las personas.

Por otro lado, el concepto de derecho a la vida privada se encuentra relacionado al derecho a la vida familiar, en tanto que se debe proteger el derecho a vivir con la familia. En ese senti-

do, “la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho a establecer y mantener relaciones con una persona del mismo sexo”²⁷ [sic].

El Tribunal de la Corte Internacional señaló, como ya adelantamos, que “no hay un modelo único de familia por cuanto éste puede variar [...], la separación de la familia constituye una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar”²⁸.

Entendemos que la ampliación que hizo la Corte al derecho a la vida privada hace que este no sólo abarque la vida privada (intimidad), sino también la pública/profesional. En ese sentido, al referirnos al caso del llamado de familia a cónyuges del mismo sexo tenemos que existen dos grandes vulneraciones: (i) Vulneración al derecho vida privada; y (ii) vulneración al derecho a la vida familiar.

Respecto a la primera vulneración, existe una injerencia normativa y fáctica, que llevaría a una prohibición de desarrollo de la personalidad: Los funcionarios de la Oficina de Migraciones, al recibir la partida de matrimonio (que es el único requisito para el llamado de familia, en el que, además, no se especifica si tal documento debe guardar los mismo estándares o reconocimientos –o, inclusive, “aceptaciones”– que tiene la legislación peruana), rechazan el trámite al tratarse de cónyuges del mismo sexo.

Finalmente, respecto a la vulneración del derecho a la vida familiar, en el caso del llamado de familia, es evidente que hay una flagrante vulneración, en tanto que hay una práctica que prohíbe el llamado de familia de cónyuges del mismo sexo y que, además, la definición de la unidad familiar como “matrimonio entre

²⁴ Artículo 11.- “Protección de la Honra y de la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques [sic].

²⁵ Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C 239, numeral 162.

²⁶ WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS. “The right to privacy”. En: *Harvard Law Review* 4. 1890. p. 193.

²⁷ Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C 239, numeral 162.

²⁸ *Ibidem*.

hombre y mujer” no permite que un extranjero que adquirió su derecho en otro país pueda seguir el trámite y traer consigo lo que para él o ella es su unidad familiar.

IV. CORRECCIÓN DEL CONCEPTO DE UNIDAD FAMILIAR EN PROCEDIMIENTO DEL LLAMADO DE FAMILIA

Tal como hemos señalado, la Ley de Extranjería refiere que podrán hacer el cambio de calidad migratoria a familiar de residente aquellos que pertenezcan a la unidad migratoria del extranjero. La norma define a la unidad migratoria o familia al cónyuge, a los hijos menores de dieciocho años, a las hijas solteras, a los padres y a los dependientes.

En tanto en el Perú el matrimonio entre varón y mujer es el único permitido, y en tanto se ha definido que en el caso del llamado de familia a cónyuge, la unidad familiar sólo corresponderá en caso de un matrimonio entre varón y mujer, se encuentra prohibido, *contrario sensu*, el llamado de familia de un matrimonio entre personas del mismo sexo, al no considerarse estos matrimonios parte de la unidad familiar de un extranjero.

A. Orden público v. unidad migratoria. Familia de matrimonios del mismo sexo

Tal como señalamos cuando definimos el derecho a la igualdad, toda norma deberá aplicarse a todos por igual, a excepción de que se justifique de manera objetiva y razonable una distinción.

Para determinar si existe una distinción razonable, tanto la Corte Interamericana como nuestro Tribunal Constitucional²⁹, han determinado que se deberá analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Robert Alexy afirma que “las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presen-

tan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio”³⁰.

De acuerdo a lo antes expuesto, pueden existir conflictos entre principios o reglas, pero no sólo entre ellos, sino también contra bienes colectivos. Es decir, según Alexy “los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos”³¹. Vemos que existe una colisión, pues la realización de un derecho tendrá una repercusión negativa en el otro derecho.

El *test* de proporcionalidad existe para “establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada”³². Para su aplicación, tal como señalamos, necesitaremos de tres sub-principios: La adecuación o idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En el presente caso, existe un conflicto entre la satisfacción del derecho de los extranjeros de conseguir la calidad migratoria de familiar residente para su cónyuge del mismo sexo y la moral pública, regulada en las normas peruanas³³, que prohíbe (o impide) que dentro de la unidad migratoria se encuentre el cónyuge del mismo sexo. Con la finalidad de señalar si la absoluta restricción es válida, comenzaremos con el sub-principio de idoneidad.

(i) *Idoneidad*: Mediante este primer juicio “se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) sólo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácitamente sirve para favorecer otro principio constitucional”³⁴. Asimismo, de acuerdo a como lo ha definido nuestro Tribunal Constitucional³⁵, la idoneidad de la medida impuesta deberá tener una relación “medio-fin”, con lo cual se observará “de un lado, que el objetivo sea

²⁹ Lo establece así la sentencia recaída en el expediente TC 0008-2003-AI.

³⁰ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 90.

³¹ BURGA CORONEL, Angélica. “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Lima: Gaceta Constitucional. 2012. p.255.

³² *Ibid.* p.256.

³³ Se deja claro que se trata de la moral pública basada en normas y no en la opinión de la mayoría, que dista de ser considerada como moral pública.

³⁴ BURGA CORONEL, Angélica. *Op. cit.* Loc. cit.

³⁵ Sentencia recaída en el expediente TC 7-2006-PI.

legítimo; y de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico” relevante.

Los conceptos antes señalados se complementan y nos permitirán conocer si la restricción impuesta por el Estado favorece otro principio constitucional.

Primero debemos identificar si existe un fin legítimo en la restricción. En primer lugar, tal como lo hemos señalado, la prohibición del llamado de familia a cónyuge del mismo sexo corresponde al “orden público interno” de nuestro país.

El concepto de orden público, como ya lo hemos sostenido, es cambiante y, en consecuencia, no podemos justificar la no aplicación de una norma extranjera basándonos en la moral de un Estado.

Ahora, respecto al segundo paso nos preguntamos: ¿La medida contribuye a la protección del orden público interno? La respuesta es negativa pues, si bien la mayor parte de la sociedad (que no implica en modo alguno moral pública), considera que el matrimonio debe ser heterosexual y que ello forma parte del orden público, no se ha analizado si los extranjeros pueden contraer nupcias en nuestro país, sino que se desconocen otras realidades reconocidas legalmente por otros Estados. Así, con el llamado de familia solamente se estaría permitiendo el ingreso de un cónyuge del mismo sexo, pues forma parte de su familia, siendo este un derecho adquirido.

En consecuencia, tanto por la finalidad como por la contribución de la medida, consideramos que la restricción no pasa el primer filtro; pese a ello, por un interés académico, seguiremos con los siguientes puntos del *test*.

- (ii) Necesidad: Se encuentra en establecer si “la medida en cuestión es la menos

restrictiva de las posibles y, además, si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión” o si, por el contrario, existen medidas menos lesivas que pueden alcanzar el bien que se pretende proteger. En palabras del Tribunal Constitucional, al definir este principio se habla de “un análisis sobre la existencia de medios alternativos, en tanto el optado por el legislador sea el menos gravoso”³⁶.

Sostenemos que la medida no es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión. Somos de esta opinión en tanto que, tal como señalamos en el punto anterior, no existe una conexión entre lo que se pretende proteger y la restricción que anula ciertos derechos fundamentales de extranjeros que vienen a trabajar al Perú.

Sobre la existencia de medios alternativos menos lesivos consideramos que, dado que la prohibición no tiene conexidad con lo que se pretende proteger, ni esta ni alguna otra medida justifican la existencia de una limitación o restricción a los derechos de los cónyuges del mismo sexo. Por todo lo antes expuesto, la restricción tampoco sería una medida necesaria.

- (iii) Proporcionalidad en sentido estricto: En palabras de Alexy, “está contenida en dos enunciados: (i) Valorar que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los derechos, tanto mayor debe ser la importancia del satisfacción del otro; y, (ii) cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que las premisas que sustentan la intervención”³⁷.

El Tribunal Constitucional, siguiendo lo dicho por Alexy, sostiene que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”³⁸.

³⁶ Fundamento 39 de la sentencia recaída en el expediente TC 45-2004-AI.

³⁷ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos constitucionales”. Citado en: BURGA CORONEL, Angélica. Op. cit. Loc. cit.

³⁸ Fundamento 49 de la sentencia recaída en el expediente TC 6712-2005-PHC.

No nos pronunciaremos en relación al grado de optimización del fin constitucional en tanto que, como hemos señalado, no existe efectivamente un fin legítimo y tampoco existe conexidad entre la restricción y la finalidad del Estado en prohibir el trámite de llamado de familia a los cónyuges del mismo sexo.

En cuanto a la intensidad de la intervención de la autoridad migratoria, consideramos que esta es excesiva, ello en tanto que, de acuerdo a lo señalado por la Convención (en el caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*), “para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social” que a fin de cuentas produce más daño del que se quiere salvaguardar con el “fin legítimo”.

En ese sentido, al restringir el derecho de los extranjeros casados válidamente con personas de su mismo sexo, se vulneran su derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho a la vida privada y a la unión familiar; y el derecho a la orientación sexual.

Conforme a lo expuesto y haciendo una ponderación, la vulneración a los derechos del individuo extranjero y su familia es mayor al supuesto fin que pretende proteger el Estado.

Por lo tanto, la restricción implantada por los funcionarios de la Oficina de Migraciones no supera ninguno de los sub-principios del *test* de ponderación; existe una flagrante vulneración a los derechos de los extranjeros, los cuales se encuentran prohibidos de realizar el trámite de llamado de familia solamente por el hecho de tener cónyuges del mismo sexo. Por consiguiente, la restricción no tiene un sustento objetivo y razonable que permita hacer una diferenciación, por lo que dicha práctica es discriminatoria.

B. Reformulación del concepto de unidad migratoria familiar

Los derechos, en tanto regulan una realidad, deben considerar su modificación en tanto

encuentren que la realidad que regulaban se ha modificado. Ello se justificaría en el avance social y la consideración de cambios en la concepción que se tiene de ciertos derechos, lo cual de alguna manera ayudaría a alcanzar justicia.

Al respecto, si bien en nuestro país no se permite (o, tal vez, deberíamos decir no se reconoce) el matrimonio entre personas del mismo sexo, ello no quiere decir que se desconozcan los derechos válidamente adquiridos por ciudadanos extranjeros en países en los que esta posibilidad es legalmente reconocida. Si bien los Estados defienden intereses propios, no deben aceptar criterios de discriminación por condiciones de raza, sexo, nacionalidad ni, sobre todo, de orientación sexual.

En ese sentido, la unidad migratoria, como está regulada, sólo faculta a un extranjero a realizar el cambio de calidad migratoria a familiar residente cuando se trate de un matrimonio heterosexual. Tal como hemos visto, lo que se pretende proteger con esta norma no es más que el orden público o la moral de un grupo. Sin embargo, tal como señala Alexy, la moral no debe estar desvinculada al derecho, sino todo lo contrario: Debe existir una relación sustentada en un argumento de injusticia y un argumento de corrección. El propio Alexy lo explica de la siguiente forma:

“[S]egún el argumento de la injusticia, las normas o los sistemas normativos pierden su carácter jurídico si sobrepasan ciertos límites de la injusticia. Según el argumento de la corrección, en los procesos de creación y aplicación del Derecho, los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección, que básicamente es una pretensión de corrección moral”³⁹.

Para Alexy, la corrección debe estar presente tanto cuando el legislador recoge una realidad, como cuando los jueces emiten sentencia. Sobre estos últimos, refiere que cuando se emite sentencia, el juez debe referirse no sólo a aspectos positivos (regulación), sino también a la moral.

Asimismo, señala que “la relevancia práctica del argumento de corrección puede apreciar-

³⁹ ALEXY, Robert y Eugenio BULYGIN. “La pretensión de corrección del Derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y moral”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. p. 19.

se en dos ocasiones: En el caso del derrumbe de un sistema jurídico injusto y en la resolución de los llamados casos difíciles⁴⁰.

Aplicando el criterio de Alexy, consideramos que debería existir un control de corrección al concepto de unidad migratoria familiar, en tanto que nuestro sistema normativo, tal como está configurado, “sobrepasa los criterios de injusticia” que justifican la entrada de la corrección.

Lo ponemos en esos términos: La moral pública que se pretende proteger al restringir derechos —en este caso— no debe ser amparada en tanto crea situaciones de injusticia. En ese sentido, el legislador, al momento de recoger una realidad y crear un sistema jurídico, debe tomar en cuenta los criterios de justicia, moral y Derecho.

Por consiguiente, es necesaria una corrección en el concepto de unidad migratoria familiar en el sentido que incluya el llamado de familia de cónyuges del mismo sexo.

C. Alternativas para garantizar la unidad migratoria en el llamado de familia

Tal como están las cosas al día de hoy, debemos considerar alternativas que puedan cumplir con el objetivo de lograr el nuevo concepto de unidad migratoria familiar planteado.

Al respecto, quedaría la vía judicial para poder reclamar los derechos de los extranjeros. Considerando la vinculación que hace Alexy entre la moral y el Derecho, señala que “las decisiones judiciales injustas ya no podrán ser consideradas sólo moralmente controvertidas sino, además, jurídicamente imperfectas. De ese modo el Derecho no sólo está abierto a la crítica de la moral desde fuera. La dimensión crítica se resitúa completamente dentro del propio Derecho⁴¹.”

Considerando lo anterior, los jueces deberán aplicar en los procesos, en palabras de Alexy, procedimientos de corrección de conceptos con la finalidad de alcanzar justicia, resolviendo no sólo con normas positivas, sino con conceptos morales.

En caso de iniciar un proceso judicial (un proceso de Amparo, por los derechos fundamentales vulnerados y encaminados a respetar el legítimo derecho que tiene todo individuo de lograr la realización personal), en primer lugar, se alegraría la existencia de una vulneración a las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos a los Estados. En ese sentido, sea que se considere una vulneración por actos (realizados por funcionarios) o normativa (al regular el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer) se trataría de un incumplimiento de las obligaciones de garantizar un derecho (el derecho a la igualdad, orientación sexual, proyecto de vida y familia), y aun así se trate de un extranjero.

Por otro lado, además de señalar la vulneración a los derechos que ya hemos descrito, se deben de tomar en cuenta los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Internacional de Derechos Humanos [en adelante, CIDH].

Se debe recordar que existe vinculatoriedad con las sentencias de la CIDH que se derivan no sólo a la parte resolutive, sino también al contenido de los fundamentos expuestos en su sentencia. Así lo ha establecido el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De esa forma, se vuelven vinculantes las interpretaciones que realiza la CIDH, siendo de especial importancia lo señalado en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile.

En consecuencia, los tribunales internos, al momento de resolver, deberán (si bien no en un ámbito de sujeción) considerar las interpretaciones de la CIDH, la cual ha señalado que “los derechos reconocidos en los tratados sobre Derechos Humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales son, por así decirlo, un punto de partida, un referente mínimo indispensable en cuyo desarrollo se encuentra expedida la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos nuevos inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del Derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta⁴².”

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ ALEXY, Robert. “The Special Case Thesis”. *Ratio Juris* 12. 1999. p. 382.

⁴² Fundamento 15 de la sentencia recaída en el expediente TC 2730-2006-PA.

Sumando la interpretación que hace Alexy a lo señalado por la CIDH, tenemos que, aun existiendo una prohibición vigente, sería posible, de cierta forma, lograr judicialmente la aplicación de criterios de corrección para poder ampliar el concepto de unidad migratoria familiar y, en consecuencia, que un extranjero pueda realizar el trámite de llamado de familia a su cónyuge del mismo sexo; sobre todo si consideramos que uno de los principios de la Oficina de Migraciones es el trato justo e igualitario.

V. BREVE CONCLUSIÓN

Los funcionarios de la Oficina de Migraciones que reciben las solicitudes de llamado de familia rechazan los trámites cuando la solicitud se hace a favor de un cónyuge del mismo sexo que el solicitante. Entendemos que el único motivo por el cual se rechaza la solicitud se debe al concepto de matrimonio que regula nuestro país y que, de aceptarse una alternativa distinta, se contravendría el orden público interno. Sin embargo, el orden público es un concepto dinámico; cambia de acuerdo a la época.

Esta práctica genera una afectación a los Derechos Humanos, reconocidos por normas internas e internacionales. Específicamente, afectan el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la orientación sexual; y el derecho a la vida privada y a la vida familiar.

Lo que los funcionarios de migraciones no han analizado es que el reconocimiento de un matrimonio entre personas de un mismo sexo, celebrado válidamente en un país extranjero, no implica en modo alguno que los extranjeros de un mismo sexo puedan contraer nupcias en nuestro país.

Esa razón (y otras que no han sido materia del presente trabajo) nos demuestra que se hace necesario reformular el concepto de unidad migratoria familiar, debido no solamente al reconocimiento de una situación real (y cada vez más aceptada por diversos ordenamientos legales), sino a la necesidad de responder dentro de un marco lógico de protección de derechos, con el objetivo, además, de alcanzar justicia. De cualquier manera, no se pueden desconocer derechos válidamente adquiridos por ciudadanos extranjeros.

Más allá de las reformulaciones que planteamos, consideramos que un extranjero que haya contraído válidamente matrimonio con una persona de su mismo sexo tiene todo el derecho de recurrir al procedimiento de llamado de familia ya que, por la forma en la que está regulado este procedimiento, no existe impedimento para realizarlo.

La negativa en un procedimiento administrativo nos llevaría a plantear el inicio de una acción de garantía con el objeto de hacer valer los derechos fundamentales afectados.