

**ENTRE EL ESCUDO Y LA ESPADA: EL MATRIMONIO  
IGUALITARIO VISTO DESDE EL ORDEN PÚBLICO  
INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS\***

***BETWEEN THE SHIELD AND THE SWORD: EQUAL MARRIAGE  
FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL PUBLIC POLICY  
AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW***

**Carlos J. Zelada\*\***  
Universidad del Pacífico  
Ex miembro de THĒMIS

**Alonso Gurmendi Dunkelberg\*\*\***  
Universidad del Pacífico

*In the last few years, an ever growing number of States have recognized same-sex marriage. For that reason, it is important to ask what would happen if two same-sex individuals that have legally contracted marriage in another country would sue for its recognition in Peru.*

*The authors of this article study the courses of action available to legal operators facing this situation, in the context of the public policy exception and International Human Rights Law. For that purpose, they analyze European and Inter-American case-law on the matter and offer a way forward on how to solve conflicts between foreign law, domestic law, and human rights.*

**KEY WORDS:** *international public policy; same-sex marriage; Private International Law; International Human Rights Law; Inter-American Human Rights Court.*

*Durante los últimos años, cada vez más ordenamientos jurídicos han regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es importante por ello preguntarse qué sucedería si dos personas del mismo sexo que hayan contraído matrimonio legalmente en otro país exigieran que el mismo fuera reconocido en Perú.*

*Los autores de este artículo indagan sobre las posibilidades de acción de los operadores jurídicos ante esta situación, en el marco del orden público internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, analizan jurisprudencia tanto europea como interamericana sobre el tema, además de ensayar una solución sobre cómo resolver conflictos entre los ordenamientos extranjeros, la normativa nacional y los derechos humanos.*

**PALABRAS CLAVE:** *orden público internacional; matrimonio igualitario; Derecho Internacional Privado; Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

\* Los autores desean agradecer la asistencia de Carolina Neyra Sevilla, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, en la elaboración y desarrollo de esta investigación.

\*\* Jefe del Departamento Académico de Derecho y profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Pacífico. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Estudios de especialización en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Se ha desempeñado como especialista senior de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y como consultor de la Organización Panamericana de la Salud.

\*\*\* Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Pacífico. Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho (LL.M.) en International Legal Studies con una certificación en Derechos Humanos por la Universidad de Georgetown.

El Perú es uno de los cuatro países de Sudamérica que no reconoce ninguna forma legal para que dos personas del mismo sexo puedan conformar una sociedad de gananciales y ser reconocidos como una familia<sup>1</sup>. Esta situación deja a millones de sus ciudadanos en el más absoluto desamparo, impidiéndoles la realización plena de su proyecto de vida. Algunas de estas personas, deseosas de contar con un reconocimiento legal de sus relaciones, ven en los ordenamientos jurídicos extranjeros una opción de última *ratio* para obtener un mínimo de derechos amparables en nuestro país. Después de todo, algunos Estados permiten libremente la celebración de uniones matrimoniales o civiles para los extranjeros no domiciliados en sus fronteras<sup>2</sup>.

Esta tendencia a la internacionalización del matrimonio igualitario es cada vez más frecuente en nuestra región, y es sólo cuestión de tiempo antes de que el primero de estos matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero sea presentado ante las autoridades civiles para su reconocimiento en el ámbito interno. Esta posibilidad genera interesantes desafíos para el Derecho Internacional, tanto público como privado, y es de particular relevancia en el debate actual en torno al alcance del principio de no discriminación que rige a los derechos humanos.

En efecto, mientras el Derecho Internacional Público y los derechos humanos promueven lo internacional, el Derecho Internacional Privado parece resistirse a esto mediante la figura del orden público internacional [en adelante, OPI]. El OPI, como mencionaremos más adelante, es el conjunto de normas de carácter irrenunciable para una sociedad que no puede ceder ante un ordenamiento foráneo, ni siquiera cuando exista un elemento internacional relevante en la relación jurídica en cuestión<sup>3</sup>.

Existe una tendencia a considerar que un matrimonio igualitario, en tanto atenta contra el matrimonio heterosexual —una institución en teoría irrenunciable para ordenamientos jurídicos como el peruano— sería contrario al OPI y no podría ser reconocido como tal por el Registro Civil, dejando a los celebrantes en una situación de indeterminación sobre su situación jurídica. Por un lado,

son cónyuges en el extranjero, pero, por otro, no se encuentran casados allí donde se encuentra su centro principal de actividades. El Derecho, entonces, fuerza a estos “cuasi-cónyuges” a escoger entre dos inexistencias: o vivir solteros, pero juntos, el resto de sus vidas en el país o, de lo contrario, emigrar adonde su proyecto de vida tenga pleno reconocimiento.

En este artículo, ofreceremos una suerte de brújula para los operadores jurídicos de países como el Perú, en los que resulta todavía complicado encontrar un camino para el reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. Planteamos, así, una nueva lectura del OPI con el fin de actualizar a esta añeja institución a un Derecho contemporáneo globalizado y compatible con los derechos humanos.

Para ello, hemos dividido el artículo en cuatro secciones, cada una buscando atacar un paso específico dentro de nuestra hoja de ruta. Así, en la primera sección ubicaremos al matrimonio igualitario dentro de la doctrina tradicional del OPI en el Derecho Internacional Privado, buscando dar respuestas preliminares a la pregunta “¿el matrimonio igualitario viola el OPI?”. Respondemos a esta pregunta de forma contingente. Una revisión de la doctrina tradicional indicaría que sí, pero desarrollos más recientes parecen indicar lo contrario.

En base a este hallazgo, en la segunda sección analizaremos qué rol, si es que alguno, juegan los derechos humanos en el ámbito de la doctrina tradicional del OPI, y si puede esta acción dar lugar a un cambio en nuestra conclusión. Sostenemos que una lectura contemporánea del OPI no puede contemplar la afectación de derechos fundamentales ni entrar en conflicto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bajo este análisis, concluimos que la igualdad como manifestación del derecho a la no discriminación es, necesariamente, parte del OPI de todas las naciones. Por ende, en la medida en que el derecho humano a la igualdad ha sido el sustento doctrinario para la defensa de los derechos del colectivo homosexual a nivel internacional —incluyendo el interamericano—, concluimos que un OPI moderno no puede ser óbice para la denegación de dere-

<sup>1</sup> Los países que reconocen el matrimonio igualitario en el continente americano son Canadá, Argentina, Colombia, Brasil, Uruguay, México y Estados Unidos. Los Estados que reconocen fórmulas no matrimoniales para las parejas homosexuales son Chile, Costa Rica y Ecuador. Esto significa que, en Sudamérica, solamente Paraguay, Venezuela, Bolivia y Perú no tienen fórmula alguna de reconocimiento de derechos para las parejas homosexuales estables en sus ordenamientos internos.

<sup>2</sup> Tal es el caso de Argentina. Al respecto, ver: Ley 25.871 (Ley de Migraciones Argentinas), Ley 26.618 (Ley que modifica el Matrimonio Civil dentro del Código Civil) y la Resolución 99/SSJUS/12 (Ley que regula el matrimonio para extranjeros no residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

<sup>3</sup> TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL. “Derecho Internacional Privado”. Lima: Fundación Caballero Bustamante. 1987.

chos fundamentales en casos de reconocimiento de matrimonios igualitarios extranjeros.

En la tercera sección estudiaremos cómo podemos determinar los contornos de este nuevo OPI, ofreciendo una hoja de ruta para conciliar su naturaleza protectora con las aspiraciones de universalidad de los derechos humanos.

Finalmente, en la sección cuatro, señalamos cuáles son los pasos concretos que deben seguirse en el Perú para efectivizar el reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero a la luz del Derecho Internacional Privado.

## I. SITUACIÓN DEL MATRIMONIO IGUALITARIO FRENTE AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL PRIVADO PERUANO

Hace algunos meses, el Congreso peruano discutía la posibilidad de regular bajo su Derecho doméstico la figura de la “unión civil no matrimonial”. Para entonces, de acuerdo con las cifras de la encuestadora Ipsos Apoyo, 59% del país se oponía a la medida, la misma que fue archivada por el Parlamento a mediados de 2015<sup>4</sup>. En este contexto de resistencia, algunas parejas peruanas han optado por celebrar matrimonios igualitarios en el extranjero. La validez de estos matrimonios en el Perú, sin embargo, se ve puesta en riesgo por la probable aplicación del OPI al momento de procurar su reconocimiento.

### A. ¿Qué es el Orden Público Internacional?

El OPI, tal como es actualmente entendido, se refiere al principio legal según el cual un Estado determinado puede decidir no aplicar una norma legal extranjera aplicable según sus normas de conflicto en atención a una incompatibilidad fundamental entre dicha norma y un valor irrenunciable del país del foro<sup>5</sup>.

Esta idea de que el Derecho extranjero puede ser objetado por el foro remonta sus raíces hasta las

teorías del jurista alemán Friedrich Karl von Savigny<sup>6</sup> y sus discusiones con su par italiano Pascual Estanislao Mancini. El marco teórico de Savigny entendía al Derecho Internacional Privado como parte de una comunidad legal internacional: una expresión de la comunidad de naciones mediante la que los ordenamientos domésticos pretendían encontrar la “ley correcta” para regular una relación jurídica determinada<sup>7</sup>.

En este sistema, los Estados de la comunidad requieren que el Derecho ampare determinadas excepciones a la aplicación del Derecho extranjero para aquellos casos en los que las disposiciones legales domésticas se distancien en demasía del Derecho comunitario. Una de las excepciones propuestas por Savigny buscaba proteger aquellas disposiciones que él llamaba “normas de naturaleza positiva rigurosamente aplicables”<sup>8</sup>.

Mancini, en cambio, plantea una teoría unificada sobre la inaplicabilidad del Derecho extranjero, subsumiéndola en el concepto de OPI que utilizamos hoy. A diferencia de Savigny, empero, para Mancini esta inaplicabilidad no respondía a ninguna excepción a un supuesto Derecho comunitario global. Para él, la regulación de orden público quedaba subsumida en el concepto de “ley territorial”, que comprende “en la acepción más amplia de la palabra[,] el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, tal como son entendidos y profesados en aquel país, las buenas costumbres, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades, a las cuales ni las instituciones positivas, ni ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para estos Estados”<sup>9</sup>.

Así, la aproximación de Mancini al orden público resulta ciertamente excesiva, pues considera que el Derecho extranjero tiene que ser o redundante con el del foro y, por ende, aplicable, o perjudicial para él y, por ende, inaplicable<sup>10 11</sup>.

<sup>4</sup> MELÉNDEZ, Carlos y Arturo MALDONADO. “Las Bases Sociales de la Unión Civil”. En: El Comercio. Lima, 11 de mayo de 2015.

<sup>5</sup> TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL. Óp. cit.

<sup>6</sup> VON SAVIGNY, Friedrich Karl. “Sistema de Derecho Romano Actual”. Madras: Higginbotham. 1867.

<sup>7</sup> MILLS, Alex. “The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. p. 59.

<sup>8</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Derecho Internacional Privado”. Volumen I. 1969. Madrid: Atlas. p. 360.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”. Segunda edición. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952. p. 472.

<sup>11</sup> Goldschmidt compara la teoría de Mancini con una anécdota del profeta musulmán Omar quien, al dar la orden de quemar la Biblioteca de Alejandría, habría dicho en su defensa: “Uno de dos: o los libros en la biblioteca coinciden con lo que el Corán enseña y en ese supuesto sobran; o los libros discrepan del Corán y en este supuesto son nocivos”. Para Goldschmidt, entonces, “la ‘Escuela de Mancini’ pone fuego al Derecho extranjero, puesto que resulta en relación con el Corán del Derecho nacional o superabundante o perjudicial”. *Ibidem*.

El orden público, entonces, nació dividido. Entendido en una acepción como mera excepción que permita efectivizar el Derecho común de las naciones y, en otra, como un concepto omnicompreensivo y ultraprotector de toda norma de carácter territorial. Esta dualidad del orden público ocasionó un debate muy álgido entre los privatistas de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. Después de todo, entender al orden público más como un principio absoluto que como excepción “tiene indudablemente el peligro de que se le dé un alcance excesivo por los jueces y tribunales, en razón de una desmedida defensa de los intereses nacionales”<sup>12</sup>.

Ante los riesgos de un orden público desbocado, varios tratadistas intentaron reducir su extensión, intentando conciliar las bondades del carácter protector de la noción de Mancini con la naturaleza excepcional de la propuesta de Savigny. Esto permitió, por ejemplo, distinguir entre normas territoriales, como las procesales, las penales o las de conflicto (que se aplican siempre dentro del Estado del foro), de las normas civiles o mercantiles (donde la inaplicabilidad de la ley extranjera es menos restrictiva).

Otra distinción importante fue detectada por Bartin, quien separó las normas sobre OPI de las de Derecho público en sentido amplio, como el Derecho Constitucional, Administrativo o Tributario (que gozan también de una aplicación territorial privilegiada). Niboyet, por último, planteó una explicación para cuándo una norma extranjera puede ser inaplicable por esta concepción restringida del OPI, señalando que tiene que haber una mínima equivalencia tanto entre las instituciones reglamentadas en ambos ordenamientos como en el momento histórico en que se comparan. Así, para ser aplicada en el foro, una norma extranjera debe responder a una institución similar a alguna que ya exista en ese país y además debe respetar los valores de la sociedad que la recibe<sup>13</sup>.

Es sólo luego de este proceso histórico que el orden público que hoy conocemos llegó a nosotros en la segunda mitad del siglo XX. El orden público moderno, entonces, es tanto un principio fundamental del Derecho Internacional Privado como una institución de aplicación excepcional, que

pone freno al avance de la aplicación de lo extranjero frente a lo local<sup>14</sup>.

Así entendido, el propósito de esta institución sería “la defensa de lo particular nacional frente a un proceso de internacionalización o cosmopolitanismo”<sup>15</sup>. Bajo esta concepción existen principios irrenunciables, reflejo de los valores imperantes en la sociedad peruana, que no admiten actuación en contrario, en tanto definen el sentido del ordenamiento nacional. Se trata, entonces, de evitar que la apertura al mundo lleve a una “corrosión de nuestro sistema jurídico” por la contravención de sus principios rectores<sup>16</sup>.

Este énfasis en el rol protector del OPI, sin embargo, no deja de ser peligroso, y nos pone más bien en constante riesgo de volver al pasado: a momentos históricos ya superados del debate Mancini-Savigny. En efecto, elevar el fin del orden público a la categoría de ente protector de lo nacional puede causar un facilismo/chauvinismo en los jueces que los podría llevar a intentar forzar la aplicación del Derecho nacional para ahorrarse el trabajo de estudiar lo extranjero bajo la excusa del nacionalismo<sup>17</sup>. Un orden público que todo lo defiende es, al final, un orden público que no es excepcional.

Es importante, por ende, descubrir qué es exactamente lo que defiende nuestro OPI: saber si es un escudo o un cuarto de pánico. O constituye una herramienta con la que protegemos a nuestros ciudadanos del embate de aquellas instituciones foráneas que sean dañinas a sus intereses, o un espacio en el que simplemente nos refugiamos de un mundo en el que a veces no confiamos por prejuicio o desconocimiento.

Parte del problema, empero, es que la determinación del OPI ha sido siempre un punto de contención en el Derecho Internacional Privado. Sus particularidades espaciales, temporales y jurídicas lo hacen difícil, sino imposible de determinar con exactitud en cada momento dado. Adolfo Miaja de la Muela relata, por ejemplo, cómo la Conferencia de La Haya de 1894 tuvo que posponer su intento de definir los supuestos de orden público para el caso de las sucesiones internacionales, primero hasta 1900 y luego hasta 1904, sólo para, en

<sup>12</sup> GARCÍA CALDERÓN, Manuel. “Derecho Internacional Privado”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1969. p. 103.

<sup>13</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Óp. cit. pp. 362 y siguientes.

<sup>14</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y Javier CARRASCONA GONZÁLEZ. “Derecho Internacional Privado” .Volumen I. 2014. Granada: Comares. p. 528.

<sup>15</sup> TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL. Óp. cit. p. 118.

<sup>16</sup> Ibid. pp. 119-120.

<sup>17</sup> GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Óp. cit. p. 372.

1925, renunciar definitivamente a todo intento de enumerar supuestos concretos<sup>18</sup>. Niboyet, por su parte, habla de los esfuerzos del Instituto de Derecho Internacional, que en 1910, a pesar de contar con una propuesta enumerativa concreta de los profesores Fiore y Weiss, decidió dejar el asunto a las legislaciones nacionales, alegando la imposibilidad de una enumeración por vía de acuerdo internacional<sup>19</sup>. Así pues, “estos ensayos fracasaron, porque el orden público es como la hidra contra la que Hércules luchaba: en el lugar de cada cabeza cortada crecen en el acto diez nuevas”<sup>20</sup>.

El mismo problema ha sido experimentado por los Derechos domésticos de los diversos países. Así, durante la primera mitad del siglo XX, varios países incorporaron en sus códigos civiles cláusulas de reserva generales bastante amplias. La Ley Introductoria del Código Civil Alemán de 1900, por ejemplo, dispone en su artículo 6 que “[u]na disposición del Derecho de otro país no deberá ser tomada en cuenta cuando su aplicación lleve a un resultado que sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán. En particular, la inaplicabilidad procede, si su aplicación sería incompatible con los derechos civiles”<sup>21</sup>. Por su parte, el artículo 38 de la Ley polaca de Derecho Internacional Privado de 1926, establecía que “[l]as disposiciones de las leyes extranjeras no son aplicables en Polonia cuando chocan, ya con los principios esenciales del orden público, ya con las buenas costumbres”<sup>22</sup>. Finalmente, el artículo 21 del Código Civil italiano de 1938 establecía que “[n]o obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes y los actos de un Estado extranjero, los ordenamientos o los actos de cualquier institución o ente, o las disposiciones o convenciones privadas pueden tener efecto en el Reino cuando sean contrarias al orden público o las buenas costumbres”<sup>23</sup>.

El Perú no ha sido excepción a esta tendencia. Así, el artículo 2049 del Código Civil de 1984 establece que “[l]as disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando

su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres. Rigen en este caso, las normas del derecho interno peruano”.

Esta indeterminación del OPI, entonces, ha llevado a que, desde muy temprano en su evolución, sea un concepto bastante criticado por su ligereza conceptual, capaz de adaptarse a cualquier situación que así lo requiera. Un claro ejemplo de este problema ocurrió en Reino Unido, en 1824, en el caso *Richardson v. Mellish*. En este caso, las partes discutían la aplicabilidad de un contrato a través del cual Mellish se había comprometido a otorgar al demandante, el capitán Richardson, el mando de una embarcación de la *East India Company* en caso su capitán original, el capitán Mills, sobrino de Richardson, falleciese. Uno de los argumentos esbozados por la defensa de Mellish fue que el acuerdo contravenía el orden público británico, en la medida en que las partes no podían acordar convencionalmente el intercambio de barcos de la empresa. El juez Borrough se opuso fuertemente a una aplicación muy estricta del orden público en este caso, acusándolo famosamente de ser “a very unruly horse” y que “once you get astride it you never know where it will carry you [as] it may lead you from the sound law”<sup>24</sup>.

¿Cómo puede domarse, entonces, a este “caballo desobediente”? La doctrina del Derecho Internacional Privado, consciente de las limitaciones del concepto de orden público, ha terminado ofreciendo diversas teorías que buscan guiar a los operadores hacia una correcta determinación. Para lograr este objetivo, una primera regla que podemos establecer es que el OPI tiene un carácter intencionalmente restrictivo y que “operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la organización moral y económica de la [sociedad en particular], y sólo en la medida en que sea preciso para ello”<sup>25</sup>. Una segunda regla sería que el orden público no responde a normas específicas, sino a principios de aplicación general. Así, sería errado afirmar que tal o cual norma del ordenamiento peruano es de OPI; más bien,

<sup>18</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Óp. cit. pp. 370 y siguientes.

<sup>19</sup> NIBOYET, Juan Paulino y Antoine PILLET. “Principios de Derecho Internacional Privado” (Traducido por Andrés Rodríguez Ramón). Ciudad de México: Editora Nacional. 1974. pp. 405-406.

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. Óp. cit. p. 475.

<sup>21</sup> Cabe destacar que el Código Alemán también incluía cláusulas específicas de orden público, además de la cláusula de reserva general. Versión libre de la traducción inglesa hecha por la Profesora Juliana Mörsdorf-Schulte, de la Universidad de Mannheim, disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html#p0009](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0009).

<sup>22</sup> Traducción de Miaja de la Muela en: MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Óp. cit. p. 371.

<sup>23</sup> Ibid. pp. 371-372.

<sup>24</sup> *Richardson v. Mellish*. 1824-1834. All England Reports Rep 258, Court of Common Pleas. 2 de Julio de 1824.

<sup>25</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y Javier Carrascona González. Óp. cit. p. 528.

deberá hablarse, siguiendo a Calvo Caravaca, de “normas que contienen principios integrantes del orden público internacional”<sup>26</sup>.

De esta forma, por ejemplo, Calvo Caravaca, en vez de una enumeración de categorías o normas que respondan al OPI español, ofrece más bien una guía para identificar aquellos principios que constituyen su “eje maestro” y que sustentarían entonces su orden público. Para él, estos principios serán: (i) aquellos principios básicos del Derecho español, entendidos como aquellos que “inspiren y presidan el ordenamiento nacional” o aquellos que funcionan como pauta para el funcionamiento del Derecho y la sociedad españolas; (ii) aquellos principios que sean **generales** (en el sentido de no encontrarse en legislación de carácter especial) como podrían ser la no discriminación, la igualdad de los cónyuges, la monogamia o el interés superior del niño, entre otros; y, (iii) aquellos principios que sean actuales, en el sentido de que respondan al sentir de la población española hoy, y no hayan quedado en *desuetudo* por el paso del tiempo<sup>27</sup>.

En base a estas reglas, Calvo Caravaca identifica como fuentes del OPI español las siguientes: (i) La Constitución, en tanto contiene los principios básicos del Derecho de un país; (ii) el Derecho de la Unión Europea que contenga principios fundamentales; (iii) normas internacionales sobre derechos humanos; y, (iv) normas españolas que él denomina “de Derecho Privado de producción interna”, como el Código Civil y las leyes especiales, en la medida en que contengan estos principios esenciales, como podría ser la monogamia o la prohibición de adopción de descendientes<sup>28</sup>.

En el Perú no han sido muchos los autores que han realizado ejercicios tan detallados. Por ejemplo, Jorge Basadre señala de forma bastante escueta que “[p]or regla general, las normas de orden público están contenidas en la Constitución Política del respectivo Estado” y que es el Estado mismo “por intermedio de sus autoridades competentes [quien] determina cuándo procede amparar la excepción de orden público internacional”<sup>29</sup>. García Calderón, por su parte, afirma que es el juez quien debe darle contenido al OPI mediante un examen del “orden jurídico positivo”. Para él, entonces, sería contraria al orden público una norma que atente contra una “regla de carácter constitucional” o que

apruebe algo prohibido por el Derecho Penal. Señala también que violará el OPI aquella norma que “afectara intereses colectivos o situaciones jurídicas considerados como esenciales para preservar la existencia o la estructura de la sociedad” como son las disposiciones relativas a la familia, la herencia forzosa y la organización de la propiedad<sup>30</sup>.

Una propuesta más ambiciosa es la de los hermanos Tovar, quienes plantean un sistema de identificación tripartito, empezando por la Constitución, que serviría de una “guía bastante objetiva de normas jurídicas irrenunciables”, señalando que “cualquier norma extranjera que contradiga un principio constitucionalmente consagrado contraviene nuestro orden público internacional”. En segundo lugar, los hermanos Tovar mencionan el Título Preliminar del Código Civil, precisamente por ser una sección “cuasi constitucional” que refleja principios irrenunciables “no sólo del Derecho Civil, sino de todo nuestro ordenamiento”. Finalmente, añaden también una tercera pauta que describen como “mucho más subjetiva e imprecisa” y que llaman el sistema del “repudio”. En esta concepción, una norma extranjera que genera repudio social tiene más probabilidades de ir en contra del orden público que una norma que no genera este repudio<sup>31</sup>.

Como puede apreciarse, la doctrina peruana no descarta la importancia de la cuestión subjetiva en el orden público –sea el criterio de los jueces o el repudio social– y confía, más bien, en la capacidad del ordenamiento legal y sus operadores de identificar correctamente cuáles son esos valores fundamentales de la sociedad en cada caso concreto sin que los límites de la institución estén muy claramente decididos. Teniendo esto como antecedente, para efectos de nuestro análisis sobre la conformidad de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero con el OPI peruano, es imperativo que podamos asumir un criterio propio, que responda necesariamente a los conceptos sobre su evolución que hemos estudiado líneas arriba, así como los debates entre Savigny y Mancini.

Concordamos con Savigny, entonces, en el carácter restrictivo y excepcional del OPI. Como tal, y a fin de evitar caer en los excesos de la teoría de Mancini, creemos que la determinación del orden público debería ir de abajo hacia arriba: del Derecho

<sup>26</sup> Ibid. pp. 535-536.

<sup>27</sup> Ibid. p. 535-537.

<sup>28</sup> Ibid. p. 536.

<sup>29</sup> BASADRE AYULO, Jorge. “Derecho Internacional Privado”. Cuarta edición. Lima: Ediciones Legales. 2010. p. 179.

<sup>30</sup> GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Óp. cit. pp. 108-109.

<sup>31</sup> TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL. Óp. cit. pp. 125-126.

a su operador y no al revés. Es decir, es el Derecho quien debe –en la medida de lo posible– indicar al juez cuál es el principio al que no puede renunciar, y no el juez quien debe decírselo al Derecho. Esto nos obliga, por ende, a descartar de antemano una confianza excesiva en el criterio del juez o en el repudio social como factor de determinación del OPI. Una excepción, como tal, debe estar correctamente delimitada o de lo contrario se convertirá en la regla.

De esta forma, creemos que el juez deberá sustentar una determinación de OPI no en su propio saber y entender, sino en alguna de las siguientes fuentes:

a) Principios Constitucionales:

Coincidimos con la mayoría de privatistas en el sentido de que, si una norma extranjera viola un principio constitucional vigente en el Perú, entonces la norma afectará el OPI peruano. Vale la pena alegar, sin embargo, que debe existir una clara diferencia entre **principios y normas** constitucionales. Tal como explicamos antes, no toda norma –ni siquiera constitucional– es *ipso facto* de OPI. No importa cuánto insista el artículo 45 de la Constitución Política vigente que el poder del Estado emana del pueblo, las normas extranjeras aplicables en el Perú que provengan de un Estado absolutista –como podrían ser, por ejemplo, Suazilandia o el Vaticano– podrán mantener su vigencia. En cambio, si la norma suazi atentara contra un principio constitucional de aplicación general en el Perú, como podría ser, por ejemplo, el principio de que todos somos iguales ante la ley, entonces esta ley no podría ser aplicada en el Perú en atención al principio recogido por el artículo 2.2 de la Constitución.

b) Principios Generales consagrados en el Título Preliminar del Código Civil:

Coincidimos con los hermanos Tovar cuando señalan que el Título Preliminar del Código Civil es una norma cuasi-constitucional<sup>32</sup>. Esta naturaleza cuasi-constitucional nos invita entonces a incluir sus disposiciones dentro de las fuentes que pueden generar principios de OPI en el Perú<sup>33</sup>.

c) Tratados sobre derechos humanos:

Los derechos humanos representan un estándar mínimo que los Estados deben ofrecer a sus ciudadanos. Son normas que existen y se sustentan

en la propia condición humana y, por lo tanto, cuentan con plena capacidad de producir principios irrenunciables para el Perú. Es por esto, por ejemplo, que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 reconoce a los tratados sobre derechos humanos una condición privilegiada en el ordenamiento nacional, señalando que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución deben interpretarse en concordancia con ellos. Esto además debe aplicarse tomando en cuenta lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que señala que los derechos fundamentales deben interpretarse además de acuerdo con “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Nuevamente, pues, nos encontramos ante normas de índole constitucional o cuasi-constitucional que nos llevan a incluirlas en este listado.

**B. EL RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS IGUALITARIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL PERUANO**

Habiendo establecido ya los límites del OPI como norma del Derecho peruano, en este acápite estudiaremos su impacto en la aplicación de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. Para realizar este estudio, como ya hemos mencionado, deberemos revisar el ordenamiento jurídico peruano para encontrar el principio general aplicable al tema. Si el reconocimiento de los matrimonios igualitarios extranjeros atenta contra este principio, entonces su aplicación será vedada por el OPI. Si, en cambio, no encontramos principio general alguno que contradiga esta institución foránea, entonces deberemos concluir que el OPI no impide que los jueces procedan a su aplicación y reconocimiento en el Perú.

Para llevar adelante este ejercicio, según las fuentes del orden público internacional examinadas en la sección anterior, en primer lugar exploraremos los principios generales del Derecho Peruano relacionados: (i) al matrimonio y la familia; y, (ii) a la igualdad y no discriminación.

1. Los Principios Generales del Derecho Peruano en materia de matrimonio

La Constitución Política de 1993 tiene dos artículos que se relacionan directamente con el matrimonio. Estos son:

<sup>32</sup> Ibid. p. 125.

<sup>33</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “El Título Preliminar del Código Civil”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú . 2008. p. 16.

Artículo 4.-

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

Artículo 5.-

“La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

El Código Civil, además, regula en su artículo 234 que 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 en común”.

La interrogante ante la que nos encontramos es cuál es el principio general que resulta de la lectura de estos artículos y ver si es que contradice de alguna manera el reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero.

En el Derecho de Familia peruano se acepta una divergencia entre los principios constitucionales de la Constitución de 1979 y la de 1993. Como señala Alex Plácido, “[e]n la Constitución de 1979, el matrimonio es objeto de protección y aparece vinculado a la familia; en cambio, en la Constitución de 1993, el matrimonio es materia de promoción y está desvinculado de la familia”<sup>34</sup>. De esta forma, la Constitución vigente en el Perú recoge los principios de “promoción del matrimonio” y “protección de la familia”, que deben diferenciarse del principio de “protección del matrimonio y la familia”, vigente antes de 1993.

Lo primero que hay que destacar es que, en cuanto al principio de “protección de la familia”, el Tribu-

nal Constitucional peruano ha sido bastante claro en afirmar que la Constitución no ha recogido un tipo específico de familia a proteger. En efecto, como señala la Sentencia recaída en el Expediente 06572-2006-PA, de fecha 6 de noviembre de 2007, “sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad”. Al no existir, entonces, un modelo único de familia, como señaló en su momento la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “nada ha sostenido el Tribunal Constitucional que impida considerar a una pareja estable del mismo sexo como familia”<sup>35</sup>.

Así, en primer lugar, puede decirse con seguridad que el reconocer un matrimonio igualitario celebrado en el extranjero, en el Perú, no violaría el principio de “protección de la familia” y, por ende, no quedaría violado el OPI peruano. Resta, ahora, analizar el principio de “promoción del matrimonio”.

El principio de “promoción del matrimonio” es entendido como que el Estado debe tener una política para tender a la realización de matrimonios, incentivando a que las personas contraigan nupcias. “La idea” —señala Enrique Varsi— “es publicitar, ofertar, fomentar, presentar el matrimonio como una forma atractiva y provocativa de constituir familia”<sup>36</sup>.

Dentro de este contenido, el principio de “promoción del matrimonio” deja a la ley la definición de cuál es ese matrimonio que el Estado debe promover. Como señala el propio artículo 4 de la Constitución, “la forma del matrimonio (...) [es] regulada por la ley”. De esta forma, es el artículo 234 del Código Civil, no nuestra Constitución, la que define al matrimonio como “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella”.

De acuerdo con lo visto anteriormente, sin embargo, nuestro concepto de OPI no nos permite entrar al análisis del Código Civil, incluso en el caso de normas imperativas, puesto que hacerlo destruiría la esencia del Derecho Internacional Privado<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. “El Modelo de Matrimonio Constitucionalmente Garantizado por el Principio de Promoción: El Matrimonio Igualitario y la Nulidad del Matrimonio por Inobservancia de la Forma prescrita para Casarse”. En: THÉMIS-Revista de Derecho 66. 2014. p. 108.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. “Informe No. 05-2014-JUS/DGDH. Opinión sobre el Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Perú. Dirección General de Derechos Humanos. Lima. 2014.

<sup>36</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Carlos CANALES TORRES. “Comentarios al Artículo 4 de la Constitución - Protección del niño, de la madre, del anciano y de la familia. Promoción del matrimonio”. En: GUTIERREZ, Walter. “La Constitución Comentada”. Lima: Gaceta Jurídica. 2013. p. 505.

<sup>37</sup> El Derecho Internacional Privado parte de la lógica de que una relación jurídica con elementos internacionales relevantes, regida por una legislación extranjera, deberá poder aplicar, necesariamente, las normas imperativas de ese Derecho extranjero. De lo contrario, la aplicación del Derecho extranjero no sería más que un mero reemplazo de normas supletorias peruanas por normas particulares escogidas por las partes. Este principio, por ejemplo, se ve contemplado en el artículo 2096 del Código Civil peruano, cuando señala que “la ley competente [...] determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes”.



Nuestro análisis debe detenerse, por ende, en el ámbito constitucional y, en este sentido, concluir que el reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero no violaría el principio de “promoción del matrimonio”<sup>38</sup>.

## 2. Los Principios Generales del Derecho Peruano en materia de igualdad y no discriminación

La Constitución Política de 1993 establece en el artículo 2.2 que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Al interpretar este artículo, el Tribunal Constitucional ha entendido que la igualdad, “además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho”<sup>39</sup>.

De forma conexa, en la Sentencia recaída en el Expediente 00926-2007-AA, de fecha 3 de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional señaló que “en el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio, sin que esto implique un abuso del mismo”.

El Estado, entonces, en base al principio de igualdad, debe asegurar que todas las personas tengan los mismos derechos ante la ley y debe velar por proteger a quienes encajen en una categoría sospechosa de discriminación, un “criterio de clasificación que alud[e] a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico”<sup>40</sup>. De hecho, el Tribunal Constitucional ya ha resuelto casos en donde ha considerado la discriminación

por orientación sexual como una vulneración del derecho-principio de igualdad<sup>41</sup>.

Así, pareciera haber suficientes indicios de que el reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero no vulneraría el principio de igualdad, en la medida en que la orientación sexual es una categoría sospechosa y la exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio igualitario puede verse como una discriminación<sup>42</sup>. Este fue, después de todo, el argumento del Ministerio de Justicia y la Defensoría del Pueblo para argumentar a favor de la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Unión Civil No Matrimonial<sup>43</sup>: en ausencia de la legislación infraconstitucional que restringe el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio, la unión civil sería perfectamente legal y constitucional. Para efectos de nuestro análisis de OPI, entonces, basta con señalar que el reconocimiento de los matrimonios igualitarios no atenta contra el principio de igualdad.

## II. EL ROL DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ya hemos mencionado que, según nuestro análisis, el reconocimiento de matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero no violaría ningún principio del Derecho peruano. Como vimos antes, sin embargo, es necesario analizar estos principios y nuestro ordenamiento también a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Después de todo, la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política de 1993 y el Código Procesal Constitucional así lo ordenan.

Esto quiere decir que, incluso si los principios constitucionales antes estudiados pudiesen ser entendidos de alguna forma diferente a la que nosotros hemos planteado, los operadores jurídicos deberán escoger aquella interpretación que se adecúe mejor a los derechos humanos. En consecuencia, la inclusión de los derechos humanos en

<sup>38</sup> Vale la pena añadir, empero, que incluso si uno quisiese mirar el contenido del Código Civil, como señala Varsi, “la Constitución peruana establece el principio de promoción del matrimonio, pero no ofrece una definición, ni establece quién puede ser parte activa de un matrimonio [...]. a ley ordinaria debe seguir lo establecido por la Lex Fundamentalís y no el revés, bajo pena de inversión de las fuentes del Derecho”. Por eso, para Varsi, no es imposible argumentar que el artículo 234 del Código Civil es inconstitucional. Ver: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Carlos CANALES TORRES. Óp. cit. pp. 513-514.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0048-2004-PI, de fecha 1 de abril de 2005.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 2317-2010-AA, de fecha 3 de septiembre de 2010.

<sup>41</sup> Ver las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 0023-2003-AI, 2868-2004-AA y 1575-2007-PHC.

<sup>42</sup> Resulta interesante destacar que cuando el artículo 37.1 del Código Procesal Constitucional señala las categorías sospechosas de discriminación, menciona la orientación sexual. Dicha categoría no es explícita en el artículo 2.2 de la Constitución Política de 1993. El texto del Código Procesal Constitucional es de 2004.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger Rafael. Óp. cit.

el análisis puede tener importantes consecuencias para confirmar la determinación realizada en la sección anterior<sup>44</sup>.

#### A. El principio de no discriminación protege las relaciones afectivas estables entre las personas del mismo sexo

¿Cuál es el *status* del matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? El derecho a contraer matrimonio es una cláusula recogida con formulaciones textuales similares en los principales tratados del sistema internacional de protección de los derechos humanos, tanto universal como regional.

Así, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante, PIDCP] señala que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. En el ámbito europeo, el artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales [en adelante, Convención Europea] dispone que: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Mientras que en el ámbito interamericano, el artículo 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [en adelante, Convención Americana] establece que: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”<sup>45</sup>.

Si bien estos tres instrumentos fueron redactados durante las décadas de 1950 y 1960, las cláusulas vinculadas al matrimonio han sido invocadas con

poca frecuencia en el litigio de casos ante las instancias decisorias que supervisan el cumplimiento de las obligaciones de estos tratados. De hecho, la pregunta sobre el alcance de estas disposiciones respecto a las uniones entre personas del mismo sexo se ha formulado —al menos de manera explícita— apenas en dos ocasiones, una ante el Comité de Derechos Humanos y otra ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>46</sup>.

Esto parecería responder al hecho de que las primeras fórmulas de protección jurídica para las parejas homosexuales datan recién del final de la década de 1980<sup>47</sup>, y que para el final del siglo XX todavía no había un solo Estado en el globo que ampliase la fórmula matrimonial fuera del espectro heterosexual. La pregunta en torno al alcance del derecho a contraer matrimonio en el Derecho Internacional aparece entonces con fuerza en este siglo, yendo de la mano con las diferentes formulaciones —matrimoniales y no matrimoniales— que vienen reconociendo derechos para las parejas del mismo sexo en las dos últimas décadas. De hecho, para julio de 2016, son ya veintiuno (21) los Estados que han legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en la totalidad de sus territorios<sup>48</sup>.

¿Y cómo se ha interpretado el derecho a contraer matrimonio en el Derecho Internacional cuando la pregunta ha involucrado a parejas del mismo sexo? El sistema internacional de protección de los derechos humanos ha pasado por una interesante evolución en torno al alcance de los derechos de las parejas homosexuales en el ámbito de los instrumentos arriba señalados. Si bien la pregunta fue postulada formalmente en dos ocasiones, ha sido el desarrollo jurisprudencial en posteriores demandas lo que ha permitido matizar las interpretaciones iniciales emitidas bajo una tendencia bastante conservadora.

<sup>44</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Carlos CANALES TORRES. Óp. cit. p. 515; y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando. Óp. cit. p. 112.

<sup>45</sup> Es interesante observar que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos no recoge una disposición análoga. Por el contrario, su artículo 18.2 dispone que “[E]l Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad”.

<sup>46</sup> El sistema interamericano carece todavía de un caso emblemático en el que la pregunta clave haya girado en torno al alcance de las disposiciones de la Convención Americana respecto a las uniones homosexuales. Cabe señalar que, en el ámbito europeo, se encuentran pendientes de decisión dos casos que abordan explícitamente la cuestión matrimonial: *Chapin y Charpentier v. Francia* (Aplicación 40183/07) y *Orlandi y otros v. Italia* (Aplicaciones 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12).

<sup>47</sup> Dinamarca fue el primer Estado del mundo en aprobar un régimen legislativo de protección de los derechos de las parejas homosexuales en 1989. Ver: ZELADA, Carlos J. “¿Camino al altar?: El matrimonio igualitario en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Ponencia presentada en la Conferencia “Moving Beyond the Good, The Bad, and The Ugly: What to Learn From International Human Rights Systems?”, organizada por el *Inter-American Human Rights Network* en la Universidad de Ghent. 29-30 de enero de 2016.

<sup>48</sup> Los Estados, en orden cronológico, son los siguientes: Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Suecia, Noruega, Argentina, Portugal, Islandia, Dinamarca, Brasil, Francia, Nueva Zelanda, Uruguay, Reino Unido —con la excepción de Irlanda del Norte—, Irlanda, Luxemburgo, Estados Unidos, México y Colombia. Para marzo de 2017, Finlandia se convertirá en el vigésimo segundo Estado de la lista.

En el primer caso, *Joslin y otras v. Nueva Zelanda*<sup>49</sup>, el Comité de Derechos Humanos señalaba que:

“8.2. El párrafo 2 del artículo 23 del Pacto es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término “hombre y mujer”, en lugar de “todo ser humano”, “todos”, o “todas las personas”. El uso del término “hombre y mujer” en lugar de los términos generales utilizados en otros lugares de la parte III del Pacto, se ha entendido consistente y uniformemente en el sentido de que la obligación emanada del Tratado para los Estados Partes, según el párrafo 2 del artículo 23 del Pacto, es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que desean casarse.”

El dictamen del Comité de Derechos Humanos es del 17 de julio de 2002, un momento temporal en el que solamente existía un Estado en el mundo con legislación matrimonial favorable a las parejas del mismo sexo (desde 2001 en los Países Bajos). Un dato interesante es que la demanda fue presentada en 1998, cuando el matrimonio igualitario era todavía una lejana posibilidad jurídica.

La pregunta fue respondida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2010, con ocasión del caso *Schalk y Kopf v. Austria*<sup>50</sup>. Pero el sistema europeo ya había tenido la oportunidad de examinar la cuestión indirectamente años antes, el 11 de julio de 2002, en su sentencia en *Goodwin v. Reino Unido*<sup>51</sup>. El caso, presentado ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en 1995, se centraba en los cuestionamientos al reconocimiento jurídico de la identidad *trans*, pero realizaba también una serie de afirmaciones decisivas para la consideración jurídica de las uniones homosexuales en el ámbito regional europeo. En *Goodwin v. Reino Unido* el tribunal afirma que el artículo 12 del Convenio Europeo no puede interpretarse a partir de criterios estrictamente biológicos:

“100. It is true that the first sentence refers in express terms to the right of a man and woman to marry. The Court is not persuaded that at the date of this case it can still be assumed that these terms must refer to a determination of gender by purely biological criteria [...]. There have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medi-

cine and science in the field of transsexuality. The Court has found [...], under Article 8 of the Convention, that a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors –the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender.”

Sin embargo, en espejo con lo que días después diría el Comité de Derechos Humanos en *Joslin*, la corte también restringiría el alcance del derecho a contraer matrimonio a la fórmula heterosexual. Christine Goodwin, una mujer *trans* –originalmente registrada como varón–, tendría garantizado su derecho a contraer matrimonio sólo en la medida en que su futuro cónyuge tuviese una identidad masculina:

“101. The Court has therefore considered whether the allocation of sex in national law to that registered at birth is a limitation impairing the very essence of the right to marry in this case. In that regard, it finds that it is artificial to assert that post-operative transsexuals have not been deprived of the right to marry as, according to law, they remain able to marry a person of their former opposite sex. The applicant in this case lives as a woman, is in a relationship with a man and would only wish to marry a man. She has no possibility of doing so. In the Court’s view, she may therefore claim that the very essence of her right to marry has been infringed.”

Pero volvamos a *Schalk y Kopf*. La sentencia de la corte allí inicia su razonamiento afirmando que, pese al paso del tiempo desde *Goodwin*, el alcance del derecho a contraer matrimonio otorga todavía un importante margen de apreciación al derecho nacional de cada Estado. Sin embargo, el tribunal matiza esta afirmación señalando que: “49. [...] the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired”.

La pregunta natural que sigue es, ¿cuál es entonces el contenido esencial del derecho a contraer

<sup>49</sup> *Juliet Joslin y otras v. Nueva Zelanda. Comunicación 902/1999.* Comité de Derechos Humanos. 17 de julio de 2002.

<sup>50</sup> *Schalk y Kopf v. Austria.* Aplicación 30141/04. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 24 de junio de 2010.

<sup>51</sup> *Christine Goodwin v. Reino Unido.* Aplicación 28957/95. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Cámara). 11 de julio de 2002.

matrimonio? El Tribunal Europeo ensaya una respuesta en los párrafos siguientes:

“55. The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to “everyone” or state that “no one” is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.”

“58. [...], as it is noted in Christine Goodwin [...], the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, [but] the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage.”

Si bien el resultado es bastante parecido al dictamen en *Joslin* de 2002, la corte introduce un interesante matiz que abre la posibilidad de discusión del régimen del matrimonio igualitario para el futuro:

“61. [...] the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.”

En resumen, lo que el Tribunal Europeo está afirmando es que, para 2010, el matrimonio igualitario puede discutirse como parte del contenido

esencial del derecho a contraer matrimonio, pero que, por el momento, no lo hará hasta que exista un mayor consenso en el ámbito regional europeo. Como señala la corte, para 2010 existían ya seis (6) Estados europeos legislando el matrimonio igualitario. La cuenta llegaba ya a diez (10) para el resto del mundo<sup>52</sup>.

¿Qué ha sucedido desde entonces en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Si bien la sentencia en *Schalk y Kopf* parecía volver a cerrar la puerta del matrimonio igualitario, también abrió varias ventanas a la posibilidad de explorar vías alternas en torno al reconocimiento de derechos para las parejas homosexuales, en especial desde los artículos 8—derecho al respeto a la vida privada y familiar—<sup>53</sup> y 14—prohibición de discriminación—<sup>54</sup> del Convenio Europeo.

Así, en la misma sentencia, se adopta un paso decisivo para afirmar que las parejas del mismo sexo no sólo enmarcan sus derechos en la “privacidad” —cuestión que para el tribunal es obvia—, sino también el concepto de “vida familiar”. Para la corte, allí sí se ha alcanzado el consenso necesario al que todavía no se arribaba para la cuestión matrimonial:

“93. The Court notes that since 2001, [...], a rapid evolution of social attitudes towards same-sex couples has taken place in many member States. Since then a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples [...].”

“94. In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would.”

En casos siguientes, el Tribunal Europeo ha ido dando lentos —pero seguros— pasos aprovechando

<sup>52</sup> ZELADA, Carlos J. Óp. cit.

<sup>53</sup> Artículo 8.- “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>54</sup> Artículo 14.- “Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

esta nueva ventana de oportunidad. En *Vallianatos v. Grecia*<sup>55</sup>, una decisión de 2013, la corte afirmaría que los regímenes no matrimoniales de protección de parejas —como la unión de hecho, por ejemplo— pueden ser exclusivamente heterosexuales. En tales casos, ha señalado el tribunal, el Estado necesita invocar una motivación imperiosa que justifique la diferencia por orientación sexual. De lo contrario, el régimen será considerado como discriminatorio a la luz de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo. ¿En qué se sustenta esta afirmación? En la tendencia que se verifica en el espacio europeo —¿costumbre regional?— para brindar regímenes de protección legal a las parejas del mismo sexo:

“91. [...] although there is no consensus among the legal systems of the Council of Europe member States, a trend is currently emerging with regard to the introduction of forms of legal recognition of same-sex relationships. Nine member States provide for same-sex marriage. In addition, seventeen member States authorise some form of civil partnership for same-sex couples. As to the specific issue raised by the present case [...], the Court considers that the trend emerging in the legal systems of the Council of Europe member States is clear: of the nineteen States which authorise some form of registered partnership other than marriage, Lithuania and Greece are the only ones to reserve it exclusively to different-sex couples [...]. In other words, with two exceptions Council of Europe member States, when they opt to enact legislation introducing a new system of registered partnership as an alternative to marriage for unmarried couples, include same-sex couples in its scope.”

Esta limitación al margen de apreciación de los Estados sólo se aplicaría entonces para los casos de regímenes no conyugales, pues para el caso del matrimonio las naciones europeas todavía no habrían alcanzado el ansiado consenso<sup>56</sup>. Esta última afirmación puede tener importantes consecuencias para países como el Perú en donde el régimen espejo del matrimonio, la unión de hecho, sólo permite el acceso de parejas heterosexuales.

Posteriormente, en 2015, en la sentencia del caso *Oliari v. Italia*<sup>57</sup>, los magistrados europeos irían más allá y afirmarían que, a la luz del artículo 8 de la Convención Europea, existen obligaciones posi-

tivas para los Estados de proveer fórmulas legales que reconozcan a las parejas del mismo sexo:

“185. In conclusion, in the absence of a prevailing community interest being put forward by the Italian Government, against which to balance the applicants’ momentous interests as identified above, and in the light of domestic courts’ conclusions on the matter which remained unheeded, the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfill their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions.”

Para dar sustento a la anterior conclusión, el tribunal se apoya nuevamente en la marcada tendencia “pro reconocimiento” que cada año viene creciendo en el espacio regional europeo:

“55. It follows that to date twenty-four countries out of the forty-seven CoE member States have already enacted legislation permitting same-sex couples to have their relationship recognised as a legal marriage or as a form of civil union or registered partnership.”

La corte suma al sustento previo un argumento de legitimidad, especialmente aplicable en contextos en donde no existen herramientas jurídicas de protección específicas:

“165. It follows that the Court has already acknowledged that same-sex couples are in need of legal recognition and protection of their relationship.”

“174. [...] the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection —in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship— without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the applicants’ position, irrespective of the legal

<sup>55</sup> *Vallianatos y otros v. Grecia*. Aplicaciones 29381/09 y 32684/09. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Cámara). 11 de julio de 2013.

<sup>56</sup> En efecto, en el caso *Hämäläinen v. Grecia*, la corte señalaría claramente que: “38. [...], according to the Court’s case-law, Article 12 of the Convention did not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage. Nor could Article 8, a provision of more general purpose and scope, be interpreted as imposing such an obligation”. *Hämäläinen v. Grecia*. Aplicación 37359/09. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Cámara). 16 de julio de 2014.

<sup>57</sup> *Oliari y otros v. Italia*. Aplicaciones 18766/11 y 36030/11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 21 de julio de 2015.

effects, however narrow or extensive, that they would produce [...]. This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.”

Podemos concluir entonces que, al momento de escribirse estas líneas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce que los Estados, en virtud del derecho a la vida familiar y al principio que prohíbe la discriminación por orientación sexual, tienen la obligación de crear instituciones que protejan a las parejas del mismo sexo. Esta obligación tendría, como mínimo, que el régimen espejo al matrimonio —en el Perú, la unión de hecho— incluya también a las parejas homosexuales en su formulación.

### B. Aplicación del estándar de derechos humanos al caso peruano: Las uniones entre personas del mismo sexo en el Sistema Interamericano

Un sistema regional tan activo como el europeo, pero que no ha sido testeado con la pregunta del matrimonio igualitario, es el sistema interamericano. ¿Cómo deberían responder la Comisión y la Corte Interamericana a las mismas preguntas planteadas en el ámbito europeo? Creemos que el sistema interamericano, que ha abierto de manera más reciente su interés por las cuestiones vinculadas a las sexualidades periféricas<sup>58</sup>, ofrece una avenida de solución que, de ser bien calibrada, puede inclusive borrar los efectos de *Joslin*.

Si bien, la Convención Americana no hace mayor referencia a la orientación sexual en su texto, la cláusula que consagra el derecho a contraer matrimonio tiene una particular redacción en el segundo párrafo del artículo 17 (Protección a la Familia): “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, **en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención**” [el énfasis es nuestro].

El principio en cuestión, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, señala que: “Los Estados Partes [...] 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”.

¿Y qué ha dicho la Corte Interamericana al interpretar este principio para las cuestiones vinculadas a la diversidad sexual? En la que hasta hace poco fue la única decisión relacionada con la temática *gay*, *Atala Riffo y Niñas v. Chile*<sup>59</sup>, el tribunal ha señalado que:

“91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, [...] la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”

Puede argumentarse que, en el ámbito de la Convención Americana, inclusive las normas internas que regulan el matrimonio estarían limitadas por este principio. ¿Es la ausencia de reconocimiento jurídico —matrimonial o no— de las uniones homosexuales en un Estado una violación de este principio? ¿Tienen los Estados la obligación positiva de regular el matrimonio clásico más inclusivamente de acuerdo con estas pautas? Las posibilidades de una respuesta bajo este nuevo marco muestran, al menos teóricamente, un mejor augurio. ¿Y qué del margen de apreciación? La propia sentencia en *Atala Riffo* parece brindar una antesala de respuesta:

“92. [...] la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.”

El argumento del consenso regional y de su articulación oportuna con el margen de apreciación

<sup>58</sup> Fue recién en 2011 que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió crear una Unidad Especializada sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex. Dicha unidad fue transformada en una Relatoría en febrero de 2014. La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex ha publicado su primer informe —Violencia contra personas LGTBI en América— en noviembre de 2015.

<sup>59</sup> *Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012.

estatal aplicable podría no tener tanto eco en el sistema interamericano. Por fortuna, además, en las Américas el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo –incluyendo el matrimonio igualitario– viene siendo tendencia estatal no sólo en la vía legislativa, sino también en la jurisdiccional<sup>60</sup>.

Si los derechos humanos no prohíben el matrimonio igualitario o las uniones civiles, sino más bien promueven estas instituciones, entonces ninguna de ellas vulnera el OPI, peruano o de cualquier Estado.

### III. UN RETO PARA EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL PRIVADO

El análisis realizado hasta este punto nos lleva entonces a concluir que las normas de derechos humanos son parte de nuestro orden público internacional y que forman parte de su proceso de formación. Esto crea una potencial paradoja en el sentido de que, desde sus inicios, aunque con distinto alcance, el orden público internacional ha funcionado como una suerte de escudo de lo nacional frente a lo internacional<sup>61</sup>. Los derechos humanos, en cambio, funcionan como una espada que, buscando asegurar que las legislaciones domésticas se conformen a un estándar mínimo internacional de derechos, perfora el escudo de la soberanía nacional. Plantear entonces que el escudo del orden público internacional y la espada de los derechos humanos deben trabajar de la mano es un tema que requiere de un análisis específico.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos lleva varios años lidiando con normas de orden público en el marco de la restricción de derechos. Ya desde 1985 la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “de ninguna manera podrían invocarse ‘el orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”<sup>62</sup>.

Esto quiere decir, entonces, que cuando la invocación del orden público internacional afecte sustancialmente derechos humanos, una determinación netamente doméstica del orden público deberá

ceder ante otra más internacional que lo compatibilice con las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos. De hecho, ya existen casos a nivel comparado en donde este debate entre orden público internacional y derechos humanos ha sido resuelto en este sentido.

En efecto, en *Menesson v. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrentó a un contrato de vientre de alquiler, donde, en el año 2000, una pareja francesa infértil viajó a California para tener hijos con la ayuda de una mujer a la que contrataron para tener a sus hijos. Una vez que los niños nacieron, sin embargo, el consulado francés se negó a inscribirlos bajo el argumento de que los contratos de vientre de alquiler no son válidos en Francia.

El caso llegó hasta la Corte de Casación francesa que, en 2011, emitió una sentencia señalando que “the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up in execution of a foreign court decision, based on the incompatibility of that decision with French international public policy, is justified where that decision contains provisions which conflict with essential principles of French law”<sup>63</sup>. Para el tribunal francés, entonces, la violación al principio de inalienabilidad del estado civil –un principio del Derecho francés– impedía dar reconocimiento a la relación paterno-filial creada a raíz de un contrato de vientre de alquiler.

El Tribunal Europeo, en aplicación de su doctrina del margen de apreciación, reconoció que la ausencia de un consenso europeo alrededor del vientre de alquiler en principio otorgaría a Francia un amplio margen de apreciación para determinar si la aplicación de la doctrina del orden público era “necesaria en una sociedad democrática”. Sin embargo, en atención a la severa afectación que el orden público tendría en el derecho a la vida privada –y en específico el derecho a la identidad– de los niños nacidos del acuerdo, el margen de apreciación debía reducirse. Después de todo, incluso si Francia podía tener derecho a desincentivar a sus ciudadanos de realizar contratos de vientre de alquiler, esta excusa no se extiende a la afectación de los derechos de los niños nacidos producto de dicho acuerdo. Estos niños no podrían tener la

<sup>60</sup> Existe una segunda decisión relacionada con los derechos del colectivo homosexual, *Duque v. Colombia*. La discusión en *Duque* estudia la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de uno de los compañeros en una pareja del mismo sexo. Allí, el tribunal reafirma la imposibilidad de aplicar la doctrina del margen de apreciación en el ámbito interamericano. *Duque v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de febrero de 2016. párr. 123.

<sup>61</sup> TOVAR GIL, Javier y María del Carmen TOVAR GIL. Óp. cit. p. 118.

<sup>62</sup> *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. Serie A No. 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 13 de noviembre de 1985. párr. 67.

<sup>63</sup> *Menesson v. Francia*. Aplicación 65192/11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 26 de Junio de 2014.

misma nacionalidad que sus padres, no tendrían derechos sucesorios en relación a su madre genética no biológica, y tendrían diferentes padres en diferentes países<sup>64</sup>.

En base a estas consideraciones, entonces, la corte concluyó que “by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation”, y falló encontrando una afectación al derecho a la vida privada de los niños<sup>65</sup>.

La sentencia en *Menesson* refleja entonces esta interpretación moderna que debe tener la doctrina del orden público internacional en el siglo XXI: una que le permita cumplir el rol original que von Savigny pretendió otorgarle, de facilitador del lenguaje legal común de la humanidad, más que como un baluarte del nacionalismo extremo y restrictivo de los derechos fundamentales.

Es pues perfectamente posible concebir un OPI post-*Menesson*. El Tribunal Europeo específicamente adujo que no se pronunciaría sobre la validez del orden público internacional en el marco de los derechos humanos<sup>66</sup>. Temer que el escudo del OPI desaparecerá si es que se le combina con la espada de los derechos humanos es un temor infundado.

Al fin y al cabo, el orden público internacional continuará protegiendo al Derecho doméstico de aquellas instituciones que restringen derechos humanos, en vez de afirmarlos. Casos como la esclavitud, la desigualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y el abuso del derecho continuarán siendo contrarios al OPI peruano. El punto clave estará en cómo hacerlos hablar entre sí y operativizar la relación del orden público con asuntos como el matrimonio igualitario.

En efecto, puede hacerse una analogía clara entre *Menesson* y el caso del reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado en el extranjero en el Perú. Se trata de una figura legalmente celebrada en el extranjero al amparo del ordenamiento jurídico aplicable que, como hemos visto, no sólo no viola ningún principio constitucional peruano,

sino que, además, cae dentro del principio de no discriminación amparado tanto por nuestra Constitución como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Lo interesante del análisis realizado es que parece concluir que lo que sería atentatorio contra el orden público peruano sería más bien permitir la discriminación mediante una sentencia extranjera que no le reconozca derechos sucesorios a uno de los cónyuges de un matrimonio igualitario extranjero por el sólo hecho de su orientación sexual. La aplicación del principio de no discriminación y la aplicación de los tratados de derechos humanos a los que el Perú es parte nos obligarían a declarar esa sentencia inexecutable en el Perú, de la misma forma como lo sería una sentencia que niegue derechos sucesorios a un hijo extramatrimonial a favor de un hijo matrimonial.

Esta conclusión nos lleva ineludiblemente a una paradoja: y es que si se determina que el matrimonio igualitario no atenta contra el orden público internacional peruano en virtud de la no discriminación; entonces, a su vez, se estaría tratando diferenciadamente a los peruanos con parejas extranjeras o que tienen la opción de casarse en el extranjero en comparación con aquellos peruanos que no. Este problema nos pone pues en una situación en donde nuestro propio ordenamiento, al contradecir obligaciones en materia de derechos humanos, contraviene nuestro propio orden público. Una especie de inconventionalidad de nuestra regulación del matrimonio creada no por el desarrollo de nuestro propio Derecho doméstico, sino por el desarrollo del Derecho Internacional. Esto es, al fin y al cabo, similar a la conclusión a la que llegó la Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Justicia cuando analizaron el Proyecto de Ley de Unión Civil<sup>67</sup>. Es este pues el nuevo reto que enfrenta el orden público internacional de nuestros días.

#### IV. LOS PASOS SIGUIENTES

Hemos concluido que existe una paradoja aún no resuelta en el ámbito de regulación del orden público internacional peruano. Según nuestro análisis, tenemos un orden público que adopta disposiciones del Derecho Internacional de Derechos Humanos que lo llevan a aceptar figuras como el

<sup>64</sup> Ibid. p. 25.

<sup>65</sup> Ibid. p. 26.

<sup>66</sup> Ibid. p. 21.

<sup>67</sup> Defensoría del Pueblo. “Informe de Adjuntía No. 003-2014-DP/AHPD, Opinión respecto del Proyecto de Ley No. 2647/2013-CR, que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo. Situación de los derechos fundamentales de la población LGBTI en el país”. Lima. 2014.



matrimonio igualitario, y un Derecho interno que simplemente se opone a las obligaciones que los derechos humanos le imponen.

Teniendo en cuenta lo que parece ser una inevitable tendencia hacia el reconocimiento del matrimonio igualitario a nivel del Derecho Internacional, tanto europeo como interamericano, nuestros operadores jurídicos tendrán que encontrar formas de operativizar y resolver esta paradoja. De lo contrario, arriesgarán colocar al Perú en incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, sin tener, al mismo tiempo, ninguna herramienta de Derecho interno que les permita salvar este incumplimiento.

En la experiencia comparada ya han existido intentos de resolver los periodos transicionales y los conflictos de leyes que ocurren cuando un país regula una figura matrimonial no reconocida por otro. Así, a raíz de la aprobación del matrimonio igualitario en España en 2005, la doctrina de ese país lanzó la pregunta de cuál sería la eficacia extraterritorial de los matrimonios igualitarios españoles al amparo de ordenamientos extranjeros –europeos o no– que no reconociesen tales uniones.

En un artículo muy ilustrativo, la profesora de la Universidad de Sevilla, María Ángeles Rodríguez Vázquez, señaló que, probablemente, esta efectividad se vería en efecto limitada por la aplicación de la figura del orden público internacional, pero que ello no tendría que ser un obstáculo para su total falta de reconocimiento<sup>68</sup>. En efecto, en aquellos ordenamientos donde se regulen figuras análogas no matrimoniales como la unión civil o la unión de hecho, los matrimonios españoles deberían ser reconocidos como tales. Por su parte, en aquellos países en donde no se regulen estas instituciones, los jueces de dicho país podían dar un efecto limitado al OPI, que reconozca determinados efectos al matrimonio homosexual aun si no reconoce la unión por sí misma como matrimonio. Así, “[l]a cláusula de orden público sólo actuaría para rechazar el reconocimiento del vínculo conyugal, pero no se opondría a que en dicho país dicho matrimonio surtiese efectos en materias como alimentos, beneficios fiscales, pensión de viudedad”<sup>69</sup>. De este modo, señala Rodríguez, “se intentaría limitar el efecto perturbador del orden público ante una situación creada válidamente en otro ordenamiento jurídico”, de la misma forma como en España se le reconocen efectos limita-

dos, por ejemplo, a las uniones matrimoniales poligámicas propias del Derecho islámico.

Es perfectamente posible que un juez peruano adopte la salida del orden público limitado desde ya, tal cual se encuentra nuestra legislación vigente, o incluso –aunque quizás esto sea más ambicioso– que, en atención a los desarrollos vistos en secciones anteriores en materia de derechos humanos, otorgue a los cónyuges un estatus de unión de hecho por analogía. Estas salidas, sin embargo, sólo serían aplicables si es que el ordenamiento peruano rechazase el reconocimiento del matrimonio igualitario vía la excepción de orden público. Como hemos demostrado a lo largo de este artículo, somos de la opinión que –tal cual lo entendemos– el orden público internacional peruano no es obstáculo para que un juez peruano pueda reconocer la eficacia de un matrimonio igualitario celebrado en el extranjero ¿Cómo debería entonces proceder un juez peruano?

En el Derecho Internacional Privado existen tres doctrinas que coadyuvan a dar respuesta a esta interrogante: (i) la doctrina de los derechos adquiridos; (ii) la doctrina de la Institución Desconocida; y, (iii) su prima cercana, la doctrina de la Institución Análoga. Leídas en conjunto, estas tres teorías ofrecen a los jueces peruanos una hoja de ruta bastante sólida con la que proceder cuando se enfrenten a estos matrimonios extranjeros.

Así, en primer lugar, la primera de estas doctrinas ordena a los jueces a proteger los derechos que hayan sido adquiridos bajo un ordenamiento extranjero siempre que sea posible. Así, por ejemplo, el artículo 2050 del Código Civil peruano señala que “[t]odo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”. A la luz de este artículo, y en base a nuestras conclusiones anteriores, un juez peruano estaría en principio en la obligación de reconocer los matrimonios igualitarios extranjeros válidamente celebrados en el exterior.

En segundo término, las doctrinas de la institución desconocida y análoga señalan que un juez que se encuentra con una institución no reconocida por su ordenamiento puede rehusarse a reconocerla sólo cuando no exista ninguna figura análoga que

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, María Ángeles. “Los Matrimonios entre Personas del Mismo Sexo en el Derecho Internacional Privado Español”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado 122 (mayo-agosto). 2008. pp. 913-941.

<sup>69</sup> Ibid. pp. 938-939.

permita salvaguardar el derecho adquirido bajo el ordenamiento extranjero. Es decir, sólo podrá descartarse el reconocimiento cuando simplemente no existe lugar en donde colocar esta figura y, en el caso del matrimonio igualitario, existe pues una lógica analogía en el matrimonio regulado en nuestro Código Civil.

Esta obligación se encuentra establecida para el Perú, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979, ratificada por el Perú en mayo de 1980 y que nos vincula con países que han regulado el matrimonio igualitario como Argentina, Brasil, Colombia, México y Uruguay, así como con países que han regulado la unión civil, como Ecuador y Chile. En efecto, el artículo 3 de dicho instrumento señala textualmente que “[c]uando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”. Quedaría así claramente establecida la atribución de un juez peruano de dar reconocimiento a un matrimonio

igualitario extranjero por analogía al matrimonio civil, pudiendo determinar que ambos cónyuges están legalmente casados en el Perú.

A pesar de esta determinación teórica, sin embargo, va a ser de suma importancia que no sólo exista un reconocimiento judicial del vínculo matrimonial, sino que —además— se pueda capacitar a nuestros funcionarios públicos o, en todo caso, actualizar nuestra legislación administrativa, para que se pueda permitir el debido registro de estas situaciones ante los órganos competentes del Estado. De no suceder esto, los contrayentes tendrán que vivir sus vidas con una sentencia judicial en el bolsillo, sin poder utilizar su documento de identidad para poder demostrar su estado civil, lo que constituiría una carga desproporcionada al ejercicio de sus derechos adquiridos.

Como puede verse, entonces, de lo visto en este artículo, creemos que podemos afirmar con tranquilidad que, en el Perú de 2016, no sólo es moralmente justo, sino también jurídicamente posible, reconocer judicialmente la validez de un matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. ¶