

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público: orden público internacional, orden jurídico internacional y derechos humanos

Silvio Mezarina García *

Pablo Rosales Zamora *

Resumen. - Este artículo pretende analizar la institución del orden público internacional, perteneciente al derecho internacional privado, en el marco de la relación entre esta disciplina y el derecho internacional público, considerando, dentro de este, al derecho internacional de los derechos humanos. El objetivo de esta investigación es estudiar cómo el orden jurídico internacional da forma a los contornos indeterminados del orden público internacional. El análisis emprendido acude, además, a la legislación interna peruana.

Abstract. - This article aims to analyze the institution of public policy exception, which belongs to private international law, within the framework of the relationship between this discipline and public international law, considering within the latter the international human rights law. The objective of this research is to study how the international legal order shapes the indeterminate contours of public policy exception. The analysis also looks at Peruvian domestic law.

Palabras clave. - Derecho Internacional Privado - Derecho Internacional Público - Orden Público Internacional - Orden Jurídico Internacional

Keywords. - Private International Law - Public International Law - Public Policy Exception - International Legal Order

* Abogado y Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la UNMSM. Profesor de Derecho de los Tratados en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Correo electrónico: smezarinag@unmsm.edu.pe / pcrismez@upc.edu.pe.

* Abogado y Magíster en Ciencia Política con mención en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la PUCP y profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Correo electrónico: pablo.rosalesz@pucp.pe

I. Introducción

En el derecho internacional privado (en adelante, DIPRI), el orden público internacional (en adelante, OPI) es una excepción que se utiliza para evitar que una figura o institución jurídica extranjera incompatible con los valores del sistema normativo de un determinado Estado, sea aplicada a un caso concreto y con su presencia en él atente contra las bases o cimientos estructurales que lo conforman¹.

El DIPRI cuenta con tres métodos, que son el material, el conflictual y el autolimitativo². El OPI es expresión, concretamente, del método autolimitativo; por ello, actúa como salvaguarda excepcional del sistema jurídico del foro, en tanto que la regla general, en favor del tráfico jurídico internacional, es que las instituciones extranjeras sean aceptadas y puedan desplegar plenamente sus efectos, lo que se logra a través de la aplicación del método conflictual.

Por otra parte, en el derecho internacional público (en adelante, DIP), el uso de la frase “orden público internacional” tiene una connotación distinta, identificándose con la idea de “orden jurídico internacional”, es decir el sistema de normas que delinear y establecen un parámetro general para los comportamientos esperados dentro de la estructura jurídica de la sociedad internacional³.

De estas ideas se puede extraer que el OPI del DIPRI no coincide plenamente con el concepto de OPI que, como ya manifestamos, algunos autores utilizan en el campo del DIP (y que en este trabajo denominamos “orden jurídico internacional”). El primero es una excepción de la aplicación de la ley extranjera, y el segundo retrata los principios estructurales aplicables a la sociedad internacional.

El tema de la relación entre el DIPRI y el DIP, en particular, el DIDH ha sido materia de reflexión reciente en el *Institut de droit international*, la cual ha emitido la Resolución sobre *droits de la personne humaine et droit international privé* el año 2021. En la literatura, ya ha sido abordada por otros autores la difícil relación entre estas dos ramas; no obstante, poca atención se ha prestado al OPI en el marco de este debate. En ese escenario, el propósito del artículo es estudiar sobre cómo el orden jurídico internacional da contorno a la noción de OPI, en el plano de la influencia que el DIP ejerce sobre el DIPRI.

Para alcanzar este propósito, el artículo se estructura en las siguientes secciones. En la primera, se plantea la relación entre el DIP y el DIPRI; seguidamente, se

¹ BIOCCA, Stella et al. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Parte General, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 130.

² BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, pp. 303 y ss.

³ BURNEO, José. *Globalización de los Derechos Humanos y de la Justicia Penal Internacional*. Lima: PUCP, 2011, pp. 7 y ss. SALMÓN, Elizabeth. El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva internacional del derecho internacional de los derechos humanos, *Revista Themis*, vol. 51, pp. 152 - 153.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

revisa el concepto del OPI en el marco del DIPRI y se sostiene su carácter indeterminado. Dentro de esta sección, se examina el alcance del concepto de orden jurídico internacional bajo el DIP, demostrando que abarca la protección y promoción de los derechos humanos. En una última sección, se argumenta que el carácter indeterminado del OPI puede ser delimitado a través de las normas pertenecientes al orden jurídico internacional, en especial, aquellas referidas al derecho internacional de los derechos humanos.

II. La relación entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado

Tradicionalmente, se ha manejado la relación entre estas dos ramas partiendo de la idea de su separación y escasa interconexión⁴: desde una consideración teleológica, el DIP se dedica a regular las relaciones entre los Estados y otras entidades del sistema internacional; en cambio, el DIPRI regula la relación privada internacional. Así planteado el asunto, las finalidades de ambas ramas jurídicas no son fácilmente coincidentes. Además, desde el punto de vista normativo, mientras que la primera disciplina se desenvuelve completamente en el plano internacional, el DIPRI tiene componentes jurídicos provenientes del derecho doméstico, extranjero e internacional.

Otra visión que un sector de la doctrina ha sostenido es que el DIPRI se encuentra comprendido dentro del DIP o que son ramas de una misma naturaleza, en particular cuando se analiza desde el punto de vista de las soberanías que podrían encontrarse en pugna⁵.

Unido a este debate, se percibe un reclamo permanente de la doctrina privatista por sostener la autonomía del DIPRI frente al DIP, como si el valor de la primera disciplina solo se alcanzase al separarse lo más posible de la segunda⁶.

Una aproximación teleológica y normativa alimenta una visión autónoma del DIPRI. Sin embargo, cabe plantear algunas precisiones sobre este punto:

- En primer lugar, este reclamo de separación, de apartamiento del DIPRI, no puede ser entendido en términos absolutos. Kelsen sostenía que el DIP no puede ser definido materialmente porque sería un riesgo un planteamiento de ese tipo en tanto cierra la posibilidad de que esta rama se expanda abarcando nuevos temas de regulación⁷. El DIP no tiene, por lo tanto, límites materiales y, de esa manera, también puede acoger varias expresiones que nacen del o para el DIPRI. Un ejemplo sería el desarrollo

⁴ PILLET, Antoine. *El derecho internacional privado*. Consideraciones en sus relaciones con el derecho internacional público, Salamanca, 1914, p. 11.

⁵ *Ibíd.*

⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo*. En: *Derecho internacional privado y Derecho de integración*. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, pp. 21-24.

⁷ KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Granada: Comares 2013 (1952), p. 149.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) y los varios tratados que se han celebrado en su seno. No se puede aislar del DIPRI este desarrollo armonizador que produce la HCCH, o la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP).

- En segundo lugar, una separación radical entre el DIPRI y el DIP supone desconocer que el primero tiene, además de fuentes éticas, fuentes de índole interética y extraética. Particularmente, importan en esta discusión las segundas que aluden a los tratados que son fuentes del DIP, conforme al artículo 38.1.a del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: en efecto, el DIPRI recurre a los tratados que son fuentes del DIP.
- En tercer lugar, el particularismo del DIPRI, es decir, el DIPRI que regula cada Estado de manera exclusiva, parte de la premisa de distribución territorial de los Estados. Sin la presencia de Estados en la comunidad internacional, sin esa distribución del poder político, no hubiese sido posible el desarrollo de la dimensión ética de las normas del DIPRI.

En consecuencia, si bien el DIP no contiene absolutamente todo lo que, actualmente, constituye el DIPRI, puede viabilizar varias de sus manifestaciones. La dimensión internacional del DIPRI se ve amparada, en un sentido amplio, por las fuentes del DIP.

Si existe este “préstamo” del DIP hacia el DIPRI, en especial de su fuente convencional, cabría identificar si es que el desarrollo actual del DIP influye materialmente en la configuración del DIPRI y eso se verá mediante la institución del OPI.

III. El orden público internacional en el derecho internacional privado

El objeto del DIPRI es la relación jurídica privada internacional, aquella que cuenta con un elemento extranjero y que surge como iniciativa de los privados, o que no siéndolo actúan en esa calidad⁸. Esta disciplina es la rama del derecho encargada de dar solución a los conflictos que se pueden presentar cuando hay dudas sobre el derecho aplicable (el llamado “conflicto de leyes”) o el juez o tribunal competente en resolver el problema jurídico vinculado a la relación jurídica privada internacional. Asimismo, se encarga de estudiar la pertinencia y posibilidad legal de otorgar eficacia en territorio nacional a sentencias o laudos arbitrales emitidos por autoridades extranjeras⁹.

⁸ ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 59.

⁹ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, pp. 13 y ss.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Otros autores consideran que es acertado incluir dentro de su campo de estudio, la cooperación judicial internacional, el derecho de nacionalidad y de extranjería, en tanto que es vital entender estas materias para poder aplicar debidamente las normas de DIPRI. Existe doctrina que se inclina, pues, por asumir una concepción amplia del DIPRI, abarcando no solo el “conflicto de leyes”¹⁰.

El DIPRI tiene un carácter predominantemente nacional, pero cuenta también con elementos internacionales. Respecto al primer aspecto, ello explica por qué se puede diferenciar entre, v.gr., un DIPRI chino y un DIPRI peruano. En ese sentido, cada Estado cuenta con sus propias normas en la materia¹¹. En el caso del Perú, las normas de DIPRI se encuentran sobre todo en el Libro X del Código Civil de 1984.

Además de las normas nacionales, también se puede identificar tratados en la materia, como aquellos que surgen de la HCCH¹² o en el marco de la OEA¹³, o inclusive normas consuetudinarias como la *lex mercatoria*. Este carácter internacional (o transnacional) del DIPRI es innegable al día de hoy y su fundamento descansa en la vocación personalista que posee¹⁴; es decir, el reconocimiento del ser humano como principal actor de la relación jurídica privada internacional.

En ese sentido, el aspecto estatal e internacional del DIPRI conduce a una tensión permanente al interior de esta disciplina. En ese contexto, es que se halla el OPI, o

¹⁰ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*. Recueil des cours, 1977, pp. 39 y ss.

¹¹ ESPLUGUES, Carlos; Iglesias, José. *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 60.

¹² El Estatuto de la HCCH fue suscrito, en La Haya, el 31 de octubre de 1951, entrando en vigor internacional el 15 de julio de 1955. Mediante Decreto Supremo N.º 004-2001-RE, del 16 de enero de 2001, Perú ratificó el Estatuto de la citada Conferencia. El instrumento de adhesión fue depositado el 29 de enero del mismo año, fecha a partir de la cual, Perú se convierte en Estado Miembro de la Conferencia. El “Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros”, fue adoptado el 5 de octubre de 1961, en Perú fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 29445, ratificado mediante Decreto Supremo N.º 086-2009-RE, y en vigor desde el 30 de setiembre de 2010; el “Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” fue adoptado el 25 de octubre de 1980, en Perú fue aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 27302, ratificado a través del Decreto Supremo N.º 023-2000-RE y en vigor desde el 1 de agosto de 2001; la “Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional” fue adoptada el 29 de mayo de 1993, en Perú fue aprobada por Resolución Legislativa N.º 26474, entrando en vigor el 1 de enero de 1996.

¹³ Es el caso de las denominadas Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), se la revisión del portal institucional del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, tenemos que, a la fecha, se han “(...) celebrado siete CIDIPs (...) en (...) ciudad de Panamá en 1975, Montevideo en 1979, La Paz en 1984, Montevideo en 1989, ciudad de México en 1994, y Washington, D.C. en 2002 y 2009(...)”, habiéndose “(...) suscrito 26 instrumentos interamericanos (...) sobre diversos asuntos relativos a la cooperación jurídica y judicial entre los Estados y la seguridad en las relaciones civiles, de familia, comerciales y procesales” (En: https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_historia_proceso_cidips.asp#:~:text=Las%20CIDIPs%20han%20sido%20el,cuestiones%20de%20derecho%20internacional%20privado

¹⁴ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*, Recueil des cours, 1977.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

la llamada “ley de aplicación inmediata” o “ley de aplicación necesaria”¹⁵, el cual se erige como una de las principales restricciones de la aplicación de la ley extranjera por constituir la aplicación de esta un riesgo a la vigencia del plano axiológico del foro.

Como afirmaría en su momento Healy¹⁶, el OPI autoriza al Estado a proteger sobre todo su territorio y respecto de los particulares sujetos a su jurisdicción, las normas que concibe como esenciales a esta entidad soberana “para la seguridad, la moral y el buen gobierno de su territorio”. El OPI se caracteriza por ser sumamente controversial tanto, a nivel doctrinario como aplicativo, dados sus contornos imprecisos y porque cuanto más se intenta precisarlo más surgen las discrepancias respecto de su contenido¹⁷.

Con todo su carácter indefinido, el OPI es precisamente una institución intrínseca del DIPRI, una expresión muy única de su esencia, común a la gran mayoría de sistemas normativos nacionales¹⁸, que sirve como escudo que evita que una norma extranjera se aplique en un determinado Estado, cuando esta norma atenta contra un valor ineluctable del foro¹⁹.

Como puede apreciarse, la problemática que encierra la noción de OPI en DIPRI gira en torno a su indefinición material. Es en sí una categoría jurídica indeterminada²⁰, en la cual pueden encontrarse al menos dos elementos, que varían en cada sistema jurídico. Por un lado, un aspecto que proviene del derecho interno, de la voluntad legislativa, concerniente a la “coherencia de la vida social”²¹, y por otro lado, un aspecto que supone la incorporación de “una fracción de la vida internacional en el orden interno”, en palabras de Graulich²², y que nosotros preciaríamos como una fracción de la vida de una sociedad extranjera. Esta dualidad del OPI demuestra la posible confusión con otros conceptos como “orden público”, el cual procederemos a diferenciar más adelante. Primero conviene revisar dónde se encuentra localizado el OPI en el plano de la solución a un problema jurídico referido a la relación privada internacional.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 120.

¹⁶ HEALY, Thomas. *Théorie générale de l'ordre public*, Recueil des cours, vol. 27, 1925, p. 412.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Privado*, Brasil: Forense, 2017, p. 262.

¹⁹ ZELADA, Carlos; GURMENDI, Alonso. Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, *Revista Themis*, vol. 69, 2016, p. 259.

²⁰ BUCHER, Alfred. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des cours, 1993, pp. 23- 26. Vassallo, Nicolás. El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú, *Forseti. Revista de Derecho*, vol. 12, n.º 16, 2022, p. 77.

²¹ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)*, Recueil des cours, 1997, p. 127.

²² *Ibíd.*

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

i. La ruta de solución de problemas de derecho internacional privado: lugar que ocupa el orden público internacional

Es importante retratar la ruta que el Libro X del Código Civil plantea con relación a la aplicación del OPI. En esa línea, se tiene una serie de elementos que surge de la lectura sistemática del Libro X²³, que son los siguientes:

- a. Determinación de la relación o situación jurídica privada internacional
- b. Pertinencia de tratado
- c. Competencia jurisdiccional
- d. Ley aplicable y factor de conexión
- e. Excepción del orden público internacional y del fraude a la ley

A continuación, se explican cada uno de estos puntos, con el objetivo de determinar en qué punto se ubica el OPI.

A. Determinación de la relación o situación jurídica privada internacional

En ausencia de la configuración de una relación jurídica privada internacional, no es posible invocar la aplicación del DIPRI. Para que haya una relación de esta clase, se deben conjugar tres elementos:

- Que posea relevancia jurídica: En tanto que el DIPRI es una disciplina jurídica, solo tendrá interés respecto de aquellos supuestos que tengan interés desde el punto de vista legal. En ese sentido, puede ocurrir que se encuentren presentes los otros elementos, lo privado y lo internacional, y, no obstante, carecer de interés para esta disciplina. Por ejemplo, una conversación informal vía medios informáticos entre personas de dos países distintos, transferencia de dinero de un país a otro, la presencia de extranjeros que adquieren bienes en el país receptor, etc.
- Que sea privada: Toda relación jurídica objeto de DIPRI es una que se configura entre particulares, personas naturales o jurídicas, o incluso entre aquellos que, pese a que no lo sean, asumen ese carácter en el marco de esa relación. Como ejemplo, se puede citar un contrato de compraventa internacional, el cual puede celebrarse por dos empresas o por dos Estados. Este último supuesto puede ser problemático porque los Estados actúan, comúnmente, bajo su calidad soberana (actos de *ius imperii*), pero también pueden someter, el régimen jurídico

²³ TOVAR, María; TOVAR, Javier. Derecho Internacional Privado. Estudio de las Relaciones Económicas Privadas Internacionales, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 22.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

de ese contrato, a una legislación nacional y que, en caso de controversia, sea una jurisdicción local extranjera la que lo resuelva.

- Que sea internacional: El sentido de lo internacional, en el ámbito del DIPRI, se refiere a la presencia de un elemento extranjero dentro de la relación jurídica privada. Eso explica el fraseo del artículo 2047 del Código Civil, que refiere al DIPRI como “derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros”. Asimismo, no toda presencia del elemento extranjero es relevante, sino sólo aquella que involucre la simultánea vocación de varios ordenamientos jurídicos en ser aplicados al caso en concreto. Lo “internacional” en este punto no coincide con el concepto que se maneja en el DIP, que alude a un régimen creado *ad hoc* por dos o más sujetos de derecho internacional para regular sus relaciones *inter se*.

De configurarse, entonces, una relación jurídica privada internacional, se sigue la consecuente aplicación de los métodos que involucra el DIPRI, como se explicará, a continuación.

B. Pertinencia de las normas de un tratado en el esquema del artículo 2047 del Código Civil

El artículo 2047 del Código Civil señala que el DIPRI “se determina de acuerdo con los tratados (...) ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.” De esta disposición, se extrae el mandato por el cual, primero, debe trabajarse la relación jurídica privada internacional conforme a lo regulado en el tratado pertinente.

Con tratado, se alude a aquel “acuerdo entre sujetos de derecho internacional con capacidad de celebrarlos que se rige por el derecho internacional, generalmente por escrito, ya conste en un único instrumento o en más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”²⁴. En el caso del DIPRI, se tiene que los Estados son, generalmente, los celebrantes de tratados sobre la materia, en virtud de la función que cumple dicha disciplina en sus sistemas normativos²⁵.

La frase “pertinente” denota aquí la idea de que el tratado es aplicable a la relación jurídica privada internacional y que, además, ofrece una solución material que goce de suficiencia. Esta regla es expresión del método sustancialista del DIPRI. La aplicación del Código Civil está supeditada a la

²⁴ ROSALES, Pablo; ANTIALÓN, Alexander. *Las fuentes del derecho internacional*. En: MAÚRTUA, Óscar (Coord.). *Derecho Internacional Público*, Lima: Universidad Ricardo Palma, 2019, p. 116.

²⁵ El caso de la Unión Europea es particular, en tanto que, a pesar de no ser un Estado, no solo forma parte de tratados sobre derecho internacional privado en el marco de la HCCH, de la cual también es miembro, sino que posee su propio derecho internacional privado. Ver: CALVO, Alfonso; CARRASCOSA, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I, Granada: Comares, 2008, pp. 157 - 292.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

solución material aportada por un tratado de DIPRI. Por lo tanto, el método sustancialista antecede al método conflictual. Si el primero no ofrece una solución, queda acudir al más clásico de todos los métodos del DIPRI.

C. Competencia jurisdiccional

Pero antes de entrar al análisis normativo, es necesario determinar cuál es el tribunal competente para resolver el caso. Como señalan los hermanos Tovar y Tovar "(...) la piedra de toque o punto de partida para analizar y resolver un conflicto privado internacional parte por definir o suponer el tribunal que debe conocer el asunto"²⁶. Sin el juez civil o el árbitro no será posible la resolución del mencionado conflicto, y en cuanto a la evaluación en torno al OPI, corresponde que estos sean quienes se encarguen de su aplicación, en caso sea imperioso el uso de esta excepción.

Dado el alcance de este artículo, no hemos considerado necesario profundizar más sobre este punto, enfatizando simplemente que, sin tribunal competente, no será posible avanzar con los siguientes pasos que son explicados a continuación.

D. Ley aplicable y factor de conexión

El Título III (Ley aplicable) del Libro X del Código Civil refiere al método conflictual o de "conflicto de leyes". La estructura de la norma de conflicto consta de la relación o situación jurídica, el factor de conexión y un resultado.

- Relación o situación jurídica: Como se ha sostenido por la doctrina mayoritaria, la estructura de la norma de conflicto difiere de la norma usual de los ordenamientos jurídicos internos. La norma de conflicto no contempla un supuesto de hecho, es decir, un suceso de la realidad en cuanto tal, sino un concepto jurídico (por ejemplo, un contrato de donación, el matrimonio, la adopción, la existencia de la persona jurídica, la responsabilidad extracontractual, etc.). La operación de encontrar la justa inserción entre la relación jurídica privada internacional con el concepto contemplado en el supuesto de la norma conflictual se conoce como "calificación".
- Factor de conexión: Es el "punto intermedio"²⁷ de la norma conflictual, y consiste en el criterio que se aplicará a la relación jurídica y que dará como resultado la legislación interna o la legislación extranjera aplicable. El factor de conexión varía de acuerdo al criterio que posea

²⁶ TOVAR, María; TOVAR, Javier. Derecho Internacional Privado. Estudio de las Relaciones Económicas Privadas Internacionales, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 24.

²⁷ ARGUELLO, Isaura. La norma de Derecho Internacional Privado, Lecciones y Ensayos, 1959, p. 78.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

el legislador y que le atribuya a cada institución en particular (puede ser, la nacionalidad, el domicilio, etc.).

- Resultado: El método conflictual solo puede conducir a dos escenarios posibles, que son la aplicación de la legislación nacional o de la legislación extranjera. Es en este punto del análisis donde ingresa la aplicación del método autolimitativo.

E. Excepción del orden público internacional y del fraude a la ley

Ambas son expresión del método autolimitativo, o normas de policía, que el legislador prevé para evitar que la legislación extranjera sea aplicable. El artículo 2049 del Código Civil peruano señala lo siguiente: *“Incompatibilidad de norma extranjera. Artículo 2049.- Las 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.”*

De la lectura de la disposición citada, se puede constatar que el legislador peruano no ofrece una definición de orden público internacional ni tampoco señala qué normas entrarían en dicha categoría. Adicionalmente, se observan los siguientes dos problemas:

- Por un lado, el primer aspecto complicado de la redacción de este artículo es la construcción del enunciado normativo que parece solo acotar el método autolimitativo a lo planteado en este, excluyendo, aparentemente, al fraude a la ley. La discusión en la doctrina nacional ofrece dos líneas argumentativas sobre el particular: aquellos que sostienen su existencia, a la par de la excepción del OPI, y aquellos que niegan que se haya recogido en el Código Civil. Podría decirse que la sola redacción del artículo 2049 del Código Civil no es capaz de excluir la institución del fraude a la ley, el cual es inherente al sistema jurídico, en cuanto que este recoge la noción de abuso del derecho en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, y que viene a ser recogido en virtud de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, del 8 de mayo de 1979, que indica en su artículo 6 que “[n]o se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificioosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte²⁸.”
- Por otro lado, la regulación peruana menciona el concepto “buenas costumbres”, el cual tampoco es definido en este artículo ni en el Código Civil, aunque sea mencionado también en el artículo V del

²⁸ Respecto de este tratado, la República del Perú depositó su instrumento de ratificación el 15 de mayo de 1980.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Título Preliminar. La noción reviste dificultades porque introduce un amplio margen de discrecionalidad en la labor del juez para negar la aplicación de la legislación extranjera, so pretexto de aparentes criterios axiológicos correctos o superiores, provenientes del foro. La noción, lejos de poseer claridad, supone que el juez debe tener la suficiente lucidez como para poder identificar cuál es ese criterio axiológico compartido a nivel de la comunidad peruana. En el marco de este concepto, podríamos decir que se encuentra en construcción una perspectiva ética común a las sociedades de los diversos países²⁹. Tal perspectiva se tendría que edificar en base a los instrumentos más universales y representativos en el marco de los derechos humanos.

ii. Orden público internacional y orden jurídico internacional

A nivel de la literatura nacional, se ha empleado la noción de OPI para referirse, en el caso del DIP, al “conjunto de valores fundamentales o esenciales de la comunidad internacional”³⁰.

Considerando la necesidad de claridad didáctica, para hacer referencia al contexto del DIP, tal vez sería preferible el uso de la terminología “orden jurídico internacional”, como se observa en la literatura³¹. Ello podría evitar la confusión entre la noción OPI empleada en DIPRI y cuya denominación es ampliamente difundida en este campo, para reservar “orden jurídico internacional” en referencia al conjunto de principios generales que rigen el sistema internacional.

iii. Orden público y orden público internacional: apreciaciones desde el Código Civil peruano

Genera fácil desconcierto que se empleen términos que, de primera impresión, aparentan ser lo mismo. Sin embargo, en el Código Civil peruano, la terminología de OPI figura solo en los artículos 2049 y 2050 pertenecientes al Libro X, mientras que el término “orden público” en el artículo V del Título Preliminar; artículos 6 (actos de disposición del propio cuerpo) y 7 (actos funerarios) del Título II (Derecho de la Persona), perteneciente al Libro I (Derecho de las Personas); artículos 96 y 120 (disolución por atentar contra orden público) del Título I de la Sección Segunda (Personas Jurídicas) también pertenecientes al Libro I; artículos 1681 (Obligaciones del arrendatario) y 1697 (causales de resolución) del Capítulo

²⁹ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*, Lima: Ediciones Legales, 2010, p. 196.

³⁰ SALMÓN, Elizabeth. *El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva internacional del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Themis, vol. 51, 2005, p. 153. El concepto parece provenir del texto ya citado “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé” de Bucher (1993), curso escrito para la Academia de La Haya de Derecho Internacional.

³¹ DUPUY, Pierre.-Marie. *L’unité de l’ordre juridique international: cours général de droit international public*. Recueil des cours, vol. 297, 2003, pp. 59 - 66.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Tercero del Título IV (Arrendamiento), perteneciente al Libro VII (Fuente de las obligaciones).

La confusión se agrava porque, en el propio Libro X, se acude a la frase “orden público” a secas y no a “orden público internacional” en los artículos 2060 (Prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional), 2104 (Requisitos para exequátur). No obstante, de una lectura sistemática del Código Civil, se entiende que la referencia es al OPI por ser el exequátur una institución perteneciente al DIPRI³².

El orden público en general puede ser identificado con las normas imperativas de un determinado Estado. Se encuentra conformado “por el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una determinada comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos (...)”³³. Técnicamente, se trata de aquellas normas que no admiten pacto en contrario.

En la sección anterior, se indicaba que, pese a su carácter jurídico indeterminado, el OPI tiene dos grandes componentes, uno proveniente del derecho interno y otro del marco jurídico internacional. Asumiendo la definición citada de orden público, se puede afirmar que el OPI es, lógicamente siempre orden público, pero no todo orden público es OPI³⁴, porque no resulta razonable que toda norma imperativa sea oponible a una norma extranjera al punto de evitar su aplicación.

En ese sentido, mientras que el orden público implica un límite a la autonomía de la voluntad, el OPI sería, además, un límite a la aplicación del derecho extranjero³⁵. En esa línea, el OPI tiene su centro vital en el orden público interno, pero no toda norma perteneciente a esta categoría es “fundamental” y conduce a detraer el resultado de la ley aplicable.

La confusión se da no solo a nivel teórico sino también en la práctica, en el plano jurisdiccional.

César Delgado *et al.* ofrecen como ejemplo una sentencia de la Corte Suprema que revocó una resolución que declaraba fundada una solicitud de exequátur sobre el reconocimiento de un divorcio producido en los Estados Unidos de América. En concreto, el divorcio se había concedido en este país, valorando la causal de incompatibilidad de caracteres. En ese momento, no existía esta causal en el Perú para la disolución del vínculo matrimonial. La mencionada corte señaló que al ser la familia y el matrimonio instituciones naturales y fundamentales de la sociedad,

³² TOVAR, María; TOVAR, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Bustamante de la Fuente, 1987, p. 348.

³³ BASADRE, Jorge. *Derecho Internacional Privado*. Lima: Ediciones Legales, 2010, p. 165.

³⁴ MEZARINA, Silvio. *Orden público internacional, derechos fundamentales y control de convencionalidad*. Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Año II, n.º 3, 2019, p. 74

³⁵ PEREZNIETO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Parte General, México: Oxford University Press, 2002, p. 158.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

las normas que la regulan son indisponibles y por lo tanto de orden público; en consecuencia, la disolución del vínculo matrimonial con base a una causal inexistente en el Perú atentaba contra el OPI³⁶.

Si bien es cierto que las causales de divorcio son *numerus clausus*, y se trata de normas de orden público, en tanto los ciudadanos no pueden invocar una causal inexistente en el Código Civil, eso no significa que ciertas causales admitidas en el extranjero, que no coinciden exactamente con las que se encuentran reguladas en nuestro país, atenten contra las bases esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. No todo lo que es imperativo para nuestro ordenamiento jurídico bajo el concepto de “orden público” resulta ser suficiente para impedir la aplicación de una legislación extranjera como OPI.

Por ejemplo, no es posible hoy en día en el Perú, solicitar el divorcio por una causal como “falta de deseos de superación del cónyuge”. Un peruano o residente en el país no puede invocar dicha razón, en tanto que la lista de causales de divorcio establecidas en el artículo 349 del Código Civil constituye una lista cerrada, es decir, una petición en ese sentido atentaría contra el orden público (normas imperativas).

¿Qué sucedería si se presentara a consideración de las autoridades nacionales, un exequatur para validar en el Perú un divorcio concedido en un sistema jurídico extranjero que admitiera una causal que validara la discriminación étnica como razón para la anulación o extinción del vínculo matrimonial? Es claro que aceptar la validez del efecto legal de tal divorcio en nuestro sistema jurídico sería atentatorio a la dignidad del ser humano, basamento de todo nuestro derecho objetivo, partiendo de la Constitución Política, y por lo tanto se atentaría contra nuestro OPI.

iv. Nuevos planteamientos: orden público internacional de proximidad

Por otra parte, la doctrina ha desarrollado el concepto de OPI de proximidad, que sería aquel que restringe el campo de acción de la excepción, enfocándose en los llamados casos cercanos o próximos al foro³⁷.

La idea general de este concepto se basa en lo siguiente: si determinada institución jurídica de un país extranjero con similar cultura y con un sustrato normativo, político, económico y social sustancialmente compatible con el país del foro (receptor), es contraria a ese sustrato, su presencia generará con alta probabilidad un “daño” estructural en el colectivo social afectado³⁸. *Contrario sensu*, si se permite el ingreso de una determinada figura jurídica proveniente de un ordenamiento jurídico extranjero de una sustancia diametralmente opuesta y construida en base

³⁶ DELGADO, César et al. *Introducción al derecho internacional privado*. Volumen 1, Lima: PUCP, 2004.

³⁷ CARRASCOSA, Javier. Orden público internacional y externalidades negativas. En: *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, Año 62, N.º 2065, 2008, p. 2372.

³⁸ *Ibid.*

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

a valores distintos a los del foro, el reconocimiento de esa situación jurídica extraña al país anfitrión, no tendría un resultado catastrófico por ser incapaz de expandir sus efectos en la nación receptora.

Entre las ventajas que ofrece la tesis del OPI de proximidad se encuentran las siguientes:

- a. La excepción sólo es aplicable cuando existe un daño real para la integridad del ordenamiento jurídico del Estado; y,
- b. Se respeta la forma de organización social extranjera³⁹.

La principal crítica a esta teoría es que se estaría consintiendo la existencia de sujetos de doble condición jurídica:

- a. Por un lado, estarían aquellos que pueden invocar el OPI como defensa, al haber estado implicados en relaciones jurídicas en países de cercanía cultural, impidiendo con ello la aplicación de la norma extranjera, protegiendo con ello plenamente sus derechos subjetivos; y,
- b. Por otro lado, aquellos que no podrían invocar el OPI, viendo vulnerados sus derechos subjetivos, sólo por haber sido partícipes de una situación jurídica determinada en un ordenamiento jurídico muy poco conectado con el del foro⁴⁰.

Pongamos como ejemplo el siguiente caso: un extranjero o nacional que quiere hacer valer una disolución matrimonial conseguida en un país de tradición musulmana. En aquel país es suficiente con la voluntad unilateral de repudio para dar por concluido el vínculo. Desde el punto de vista de la igualdad entre hombre y mujer, del respeto por la dignidad del ser humano, nos parecería absolutamente ilógico que se concediera legitimidad en nuestro país a una figura jurídica tan alevosamente contraria a los derechos humanos. Sin embargo, desde un punto de vista técnico de OPI de proximidad, se podría aducir que el reconocimiento de semejante situación no generaría un sacudón irresistible en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la distancia cultural que separa ambos sistemas es tal que no afectaría a nuestra sociedad ni a nuestro sistema jurídico.

En España, por ejemplo, vía exequatur, los jueces atribuyen validez a este tipo de disoluciones matrimoniales, aunque con el propósito de preservar derechos adquiridos por la mujer (por ejemplo, la indemnización compensatoria)⁴¹; asimismo, se busca evitar que la mujer repudiada siga manteniendo el vínculo con el ex esposo, pudiendo, ya libre, contraer nuevo matrimonio en España.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 2375-2376.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 2376.

⁴¹ PÉREZ, Salvador. Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español, *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, n.º 13, 2008, p. 202.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Bajo el punto de vista del orden público internacional de proximidad, por ejemplo, se podría argüir que, si se concede reconocimiento legal en nuestro país, a un matrimonio entre personas del mismo sexo constituido en el extranjero, y al estar la sociedad peruana dentro de la órbita del mundo occidental en la que un buen número de Estados ha reconocido esa institución, y precisamente por esa proximidad cultural, se podría producir una auténtica colisión de efectos expansivos contra la forma de organización social escogida por la sociedad peruana (plasmada en la Constitución política de 1993 y el Código Civil vigente), dado que la concepción detrás de la norma es la de admitir solo el matrimonio entre varón y mujer como célula básica social.

Como se observa, se produce una tensión entre dos intereses contrapuestos:

- La validación en el sistema jurídico nacional de la institución del matrimonio o de la unión civil entre personas del mismo sexo;
- La defensa del orden público en la integridad del sistema jurídico nacional, que a la fecha aún lo legisla sobre las indicadas instituciones.

Esta tensión se presenta como sumamente delicada, en tanto podría conducir a la vulneración de derechos fundamentales, con particular énfasis en la igualdad y no discriminación⁴².

En efecto, es importante aclarar que la aplicación concreta de la excepción planteada a través del OPI es sumamente problemática en tanto que sus contornos son extremadamente difusos. En cuanto al aspecto interno, el juez deberá escoger dentro del orden público interno, cuáles de sus normas impedirían que la legislación extranjera despliegue sus efectos jurídicos. Por otro lado, si se postula que el OPI comprende también aquellos elementos internacionales asumidos por el sistema jurídico del Estado, queda abierta la duda de cuáles de estos elementos serían utilizables de cara a evitar la aplicación de la legislación extranjera. Y, por último, en caso de colisión entre el derecho interno y el derecho internacional, y los valores que provienen de cada uno, es el juez el que tomaría la decisión de por qué hacer prevalecer uno y no otro.

Para ilustrar este aspecto, piénsese en el supuesto del matrimonio de personas del mismo sexo. Se ha planteado, en doctrina, dos posibles soluciones. Por un lado, una que niega la posibilidad de recepcionar los efectos jurídicos de la legislación extranjera porque iría en contra de los valores del foro y, por otro lado, otra que admite los efectos jurídicos de la misma en virtud de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ejemplo, se podría argumentar que, dado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado a favor del matrimonio entre personas del

⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 20, E/C.12/GC/20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", 2009, numeral 32.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

mismo sexo⁴³, y que, en vista de que progresivamente tal tipo de uniones se expande con rapidez en Occidente y Latinoamérica, la judicatura peruana debería virar de considerar la prohibición de dichas uniones, a admitir su reconocimiento en virtud de ese OPI.

IV. Los derechos humanos y el orden público internacional: la consolidación de la dimensión internacional del derecho internacional privado

A diferencia del DIPRI que tiene elementos que van más allá del DIP, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es una rama particular del actual derecho de gentes, cuyo foco de atención se centra en la protección de la dignidad del ser humano. Su desarrollo contemporáneo se concreta en sistemas de protección, uno universal y tres regionales (interamericano, africano y europeo). Estos sistemas contienen, no solo listas positivizadas de derechos del ser humano que se sustentan en el reconocimiento de su dignidad, sino también órganos que se encargan de su promoción, monitoreo y protección⁴⁴. Pese a esta división institucional por sistemas y sus diferencias particulares, el DIDH forma un *corpus iuris* internacional que comprende normas que se relacionan entre sí, lo cual es posible en virtud del principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

La protección de los derechos individuales era, anteriormente, de preocupación exclusiva de cada Estado. Durante el siglo XIX y casi primera mitad del siglo XX, el ser humano era concebido como súbdito del Estado. Esto se producía por la centralidad estatal en el plano del derecho internacional, lo que hacía que este derecho se preocupara por los asuntos interestatales, dejando de lado otra clase de consideraciones. Bajo esa lógica, que un Estado buscara proteger los derechos de la población de otro Estado suponía una intromisión en sus asuntos internos.

Con la internacionalización de los derechos humanos, este enfoque ha cambiado radicalmente. El DIDH, entonces, ha supuesto que los derechos del individuo dejen de encontrarse en la esfera del dominio reservado de los Estados y han pasado al plano internacional⁴⁵. La internacionalización y expansión prácticamente general de tales derechos subjetivos es uno de los aspectos positivos del DIP contemporáneo. Asimismo, el DIDH, rama que se desprende del derecho de gentes, representa un conjunto de normas que tiene efectos expansivos en otros

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva N.º OC-24/17, 2017, párrafos 182, 220, 221, 222.

⁴⁴ Es deber precisar que, si bien el DIDH tiene su desarrollo normativo en el plano internacional, su aplicación depende en gran medida de la soberanía de los Estados. No obstante, debe reconocerse que el control de convencionalidad ha venido limitando esa libre discrecionalidad que tienen los Estados de la región para cumplir con sus obligaciones en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

⁴⁵ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, p. 110.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

campos jurídicos, pudiendo afirmarse incluso que ha supuesto el replanteamiento inclusive del DIPRI.

En efecto, tal influencia del DIDH no solo es para con disciplinas que también se desprenden del DIP, sino para con el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. En el primer caso, se vuelve notorio el impacto del DIDH en consideraciones que eran de preocupación exclusiva de los Estados, como las inmunidades jurisdiccionales de los agentes estatales. Actualmente, por ejemplo, se plantea la discusión acerca de si un jefe de Estado puede invocar o no sus inmunidades funcionales frente a la comisión de un crimen internacional⁴⁶. Sin el desarrollo del DIDH, esta pregunta tendría una respuesta basada en la indiferencia: si un jefe de Estado cuenta con inmunidades de jurisdicción, así cometa un crimen internacional, no se podría conducirlo a una sanción penal. Esta afirmación se ha visto en cuestionamiento reciente producto de la evolución del DIDH y, en general, por el proceso de humanización del DIP.

En el segundo caso, el DIDH prevalece sobre las normas internas, como se desprende del principio de primacía del derecho internacional, el cual tiene una base jurídica sólida en la costumbre internacional y está expresamente recogida para los tratados en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Estados como la República del Perú, al ser parte de la CVDT, aceptan que el DIDH prime sobre el derecho interno. Esta primacía ha dado lugar, en el plano del sistema interamericano de derechos humanos, al desarrollo particular⁴⁷ del llamado “control de convencionalidad”, mecanismo a través del cual quienes administran justicia, sea la rama del derecho de la que se ocupen, deban emitir pronunciamientos, no solo a la luz de las normas del derecho interno, sino aplicando los estándares interamericanos que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸.

Es más, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia⁴⁹, ha interpretado que los tratados que versan sobre derechos humanos, se encuentran en la primera categoría de normas del ordenamiento jurídico nacional junto con la Constitución y las leyes de reforma constitucional, ostentando, este tipo de tratados, rango constitucional.

El DIDH es una de las ramas que encabeza el proceso de humanización del DIP, pero la doctrina nacional se ha concentrado en pensar el DIDH en cuanto a sus

⁴⁶ REYES, Michelle. *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional*. Agenda Internacional, vol. 15, n.º 16, pp. 69 - 106.

⁴⁷ ROSALES, Pablo. *Ius constitutionale commune en América Latina y control de convencionalidad: reflexiones desde el derecho internacional*. Ed. 38, 2022. Disponible en: <<https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/ius-constitutionale-commune-en-america-latina-y-control-de-convencionalidad-reflexiones-desde-el-derecho-internacional/>>

⁴⁸ GARCÍA, Sergio. *Sobre el control de convencionalidad*. Pensamiento Constitucional n.º 21, 2016, pp. 173 y ss.

⁴⁹ Tribunal Constitucional. Exp. N.º 047-2004-AI/TC, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y Exp. N.º 0026-2005-PI/TC de fechas, 24 y 25 de abril de 2006 (los dos últimos), respectivamente.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

propios avances y no ha prestado atención en cuanto a la interacción de esta rama con otras, a las consecuencias provenientes de un cambio de paradigma, como la presencia del individuo en el terreno internacional. Este ejercicio no es baladí, porque el DIPRI comprende operaciones jurídicas que están directamente ligadas a la vida de los individuos, a su interacción en el plano internacional. Como ha afirmado Fernández Arroyo:

Tal vez lo más curioso en la prolongada adolescencia de nuestro amigo [refiriéndose al DIPRI] haya sido su obcecación para mantenerse encerrado en sí mismo. Todo parece indicar que más que los aspectos reales de los casos internacionales a él le preocupaban sobre todo los artilugios del reenvío, la cuestión previa o el fraude a la ley, es decir, los reflejos de sus propias imágenes vacuas. (Fernández, 2013, p. 24)⁵⁰

El DIPRI parece detenerse en cuestiones sumamente técnicas y, de ese modo, siempre está en riesgo de olvidar a quienes realizan sus operaciones, dejando de lado sus necesidades y prioridades. Olvida que el derecho no puede ser autocomplaciente en sus teorías. Encerrado en preocupaciones que pueden ser esotéricas para los propios estudiosos del derecho, el DIPRI parece olvidarse de su razón de ser. Es necesario sacar al DIPRI de su autoexilio y llevarlo a interactuar con otras disciplinas jurídicas. Es prioritario *salir del cuadrado* doctrinario. Conviene determinar, por lo tanto, si existe algún nivel de relación entre el DIDH y el DIPRI.

De Carvalho Ramos⁵¹ identifica cuatro maneras en que se relacionarían el DIPRI y el DIDH, que son las siguientes:

- a. El DIPRI no protege los derechos humanos porque aspira a una justicia formal, no material. El método conflictual solo busca la identificación de la ley aplicable, sin más miramientos;
- b. La relación del DIPRI y los derechos humanos a través de la aplicación del OPI, en tanto que esta excepción impide la aplicación de leyes extranjeras que atentan contra tales derechos;
- c. Los derechos humanos involucrados con relación al DIPRI deben ser interpretados bajo las normas locales del Estado del foro; y,
- d. Los derechos humanos involucrados con relación al DIPRI deben interpretarse bajo los parámetros del DIDH.

⁵⁰ FERNÁNDEZ, Diego. *El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo*. En: Derecho internacional privado y Derecho de integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano, Asunción: CEDEP, 2013, p. 24.

⁵¹ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, pp.114 - 130.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Respecto de la primera postura, esta encarna la visión decimonónica del DIPRI. Una época en la que los valores primordiales de esta disciplina eran la previsibilidad y la seguridad jurídica, fruto de la matriz capitalista, que estaba impregnado de un razonamiento jurídico basado en la igualdad formal⁵². En ese contexto, se ha sostenido que “mientras que el [DIP] y los derechos humanos promueven lo internacional, el [DIPRI] parece resistirse mediante la figura del [OPI]”⁵³. Esta visión refleja la concepción del OPI como una norma de policía, de aislamiento de las influencias de ordenamientos jurídicos extranjeros que puedan afectar los valores del foro. No obstante, con el DIDH, los valores del foro en torno a la protección del ser humano han dejado de ser cada vez más particulares y diferenciables de los concebidos en otros contextos y, en especial, del plano de la comunidad internacional. Como rama del DIP, el DIDH influye en el DIPRI y el punto en común entre ambas se encuentra en que estas versan sobre el ser humano, la primera desde su protección y la segunda en sus relaciones transfronterizas.

Por lo tanto, la primera corriente identificada no sería aceptable dado el desarrollo actual del DIDH. En todo caso, cabría matizar la afirmación del citado autor, en tanto que, si bien no existiría técnicamente una protección directa a los derechos humanos por parte del DIPRI, la idea de acceso a la justicia que promueve esta última disciplina necesariamente implica la realización de los valores que defiende el DIDH; es decir, el DIPRI se ha convertido cada vez más, al igual que el derecho constitucional o el derecho civil, por citar dos ejemplos, en un vehículo para la realización de los derechos fundamentales de las personas.

No se trata de afirmar con ello que el DIDH estuvo desde siempre presente en la doctrina del DIPRI, tampoco que los derechos humanos son exclusivamente importantes para esa rama y menos que el objetivo del DIPRI sea promover, con exactitud, la dignidad del ser humano⁵⁴: Mientras que el DIDH persigue la protección de los individuos y la defensa de grupos en situación de vulnerabilidad, el DIPRI trata acerca del despliegue de los particulares en el plano privado internacional, lo cual es expresión de su vocación ecuménica por la interacción más allá de las fronteras. Sin embargo, no debe perderse de vista que, como cualquier otra rama del derecho, el DIPRI también ha de reconocer la centralidad que ocupan las obligaciones internacionales que surgen del DIDH⁵⁵. Más allá de la especialidad que recorre sus instituciones, el DIPRI no es un ámbito que sea excepcional frente a obligaciones en materia de derechos humanos⁵⁶.

⁵² RAMOS, André. *Curso de Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 61.

⁵³ ZELADA, Carlos; GURMENDI, Alonso. *Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Themis, vol. 69, 2016, p. 258.

⁵⁴ RAMOS, André. *Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o direito internacional privado na era dos direitos humanos*. Cadernos do Programa de Pós-graduação, vol. 15, n.º 2, 2020, pp. 107-108.

⁵⁵ RAMOS, André. *Curso de Direito Internacional Privado*. Sao Paulo: Saraiva, 2018, p. 62.

⁵⁶ En esta línea, la Resolución del IDI sobre *droits de la personne humaine et droit international privé* de 2021 señala, en uno de sus considerandos, que el respeto de los derechos humanos “no

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

Sobre la segunda postura identificada por De Carvalho Ramos, cabe indicar que, dado que el Código Civil peruano reconoce el OPI, es posible afirmar que el DIDH reformula el alcance de esa institución. Al encontrarse recogido el OPI bajo el ordenamiento jurídico peruano, es posible afirmar que su aplicación ha de hacerse considerando la extensibilidad de la cual goza el DIDH al DIPRI.

La referida extensibilidad se sostiene en el hecho que el DIDH es una expresión concreta del orden jurídico internacional y varias de sus normas son catalogables como normas de *ius cogens*, gozando de inderogabilidad, aplicación universal y carácter jerárquico⁵⁷. Tales normas imperativas del derecho internacional general no pueden ser desconocidas en ningún lugar o circunstancia. La razón de su inderogabilidad radica en que los derechos humanos representan valores de la comunidad internacional en su conjunto. El IDI ha planteado sobre el OPI en su Resolución sobre *droits de la personne humaine et droit international privé*, lo siguiente:

Apreciando la compatibilidad de la aplicación del derecho extranjero diseñado por las reglas de conflicto de leyes con el orden público internacional y aplicando las leyes imperativas, debe tenerse en cuenta (...) los derechos de la persona humana, en particular, el principio de no discriminación⁵⁸.

Como ha sostenido la Corte Interamericana, el principio de no discriminación es una norma de *ius cogens*. Su invocación ha sido para sostener que este principio es la base de todo ordenamiento jurídico, al señalar que “[s]obre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”⁵⁹. También para sostener que impregna a todo el aparato público⁶⁰, incluyendo, por supuesto, a los jueces.

El DIDH y su tendencia a la universalidad, incluso en las expresiones regionales que esta tiene, conducen a un escenario que ha incidido en la uniformización del contenido del OPI, en tanto que los valores protegidos por el DIDH son un ingrediente fundamental del orden jurídico internacional y no se limitan solo a la reflexión de esa disciplina jurídica, sino que extienden sus efectos a ramas como el DIPRI.

Es importante puntualizar aquí que, si bien la segunda postura es aceptable en el sentido que el entendimiento y aplicación del OPI debe nutrirse del marco jurídico

se limita a los espacios internos, sino que se entiende igualmente a las relaciones transfronterizas” (Traducción libre).

⁵⁷ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens), Yearbook of the International Law Commission, 2022, vol. II, Parte 2, conclusiones 2 y 3.

⁵⁸ Traducción libre del artículo 8 de la referida resolución del IDI.

⁵⁹ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo 184.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafo 178.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

que provee el DIDH, no es el único canal de expresión de esta rama jurídica. Angostar el DIDH al marco de una única institución del DIPRI conduciría a una lectura reductiva del primer marco, lo que supone una traición a los propios valores que pretende proteger.

Considerando que los sistemas jurídicos a nivel mundial tienden, cada vez más, a compartir y proteger valores comunes como los derechos humanos⁶¹; es decir, en base a la idea común de dignidad del ser humano y la protección de sus derechos básicos frente al Estado y los particulares, podría decirse que la posibilidad de que la aplicación de una norma de un sistema jurídico extranjero constituya una afrenta al sistema doméstico tiende a ser cada vez menor. No obstante, se debe discernir si es que corresponde emplear un razonamiento jurídico interpretativo que se baste sobre la base de los criterios del foro (tercera postura) o si es necesario pensar los problemas desde la interpretación que ofrecen los sistemas de protección internacional de derechos humanos (cuarta postura), duda que esboza De Carvalho Ramos con las siguientes posiciones.

La tercera postura es una que se sitúa bajo la lógica del derecho constitucional, pero que opta por dejar de lado los desarrollos que el DIDH ofrece. Se prefiere lo que el ordenamiento jurídico particular regula sobre los derechos fundamentales, asumiendo la suficiencia del ordenamiento jurídico doméstico. En el fondo, es una óptica con tintes soberanistas que, apartándose del derecho internacional, puede incurrir en excesos o deformaciones. Si bien, hoy en día, es innegable el desarrollo del derecho constitucional, esta rama no puede dejar de lado los desarrollos del DIDH, más en la región que se sujeta al sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Respecto de la cuarta postura, en principio, los tratados sobre derechos humanos, y la interpretación que sobre ellos hacen las cortes constituidas con base a tales instrumentos internacionales (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), son una vital referencia para los operadores jurídicos a nivel regional y mundial. Cuando menos, en Europa y América, los sistemas regionales de derechos humanos han delimitado con bastante precisión los alcances que deben tener las libertades públicas y hasta donde el Estado puede imponer una determinada regla sin vulnerar reglas básicas de convivencia.

En particular, es pertinente considerar que, tanto el orden público como el OPI se encuentran ligados por la búsqueda de una convivencia pacífica en una determinada sociedad, y siendo que la promoción, respeto y protección de los derechos humanos son el marco general de apreciación de los actos públicos y privados, al momento de considerar la aplicación de la norma extranjera, el

⁶¹ MERON, Theodor. *International Law in the Age of Human Rights. General Course of Public International Law*, Recueil des cours, 2003, p. 22

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

operador del derecho deberá basar su fundamentación en los valores mencionados, en particular el principio - derecho - valor de la dignidad humana.

Al respecto el Tribunal Constitucional⁶² ha señalado que la dignidad es “el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales”; con lo que se entiende que la posible afectación de la dignidad de una persona debe ser valorada al dejar de aplicar una norma por supuestas razones de OPI. Al no permitir que una persona ejercite derechos legítimamente adquiridos bajo otro sistema jurídico, teniendo como sustento únicamente consideraciones de forma, el operador del derecho se convierte en un agente generador de contradicciones y olvida que el sistema jurídico nacional, vía el artículo 1 de la Constitución Política, entiende que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

En tal sentido, y teniendo presente que el derecho nacional tiene, en el ámbito de los derechos fundamentales, como parámetro de interpretación y evolución a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre la materia (Cuarta Disposición Final de la Constitución Política), cabe considerar que el orden jurídico internacional, que tiene entre las normas de DIDH a gran parte de su núcleo esencial, se ha convertido en el parámetro externo de validez de los sistemas jurídicos a nivel mundial. De esta manera, el OPI de los Estados se encuentra cada vez más delimitado, en gran parte, por esa evolución progresiva del DIDH. Por lo tanto, entre las posturas tercera y cuarta esbozadas por Carvalho, nos es preferible acudir a los parámetros de interpretación que son construidos en el sistema universal y sistema interamericano, por ser marcos jurídicos aplicables al Estado peruano.

Adicionalmente, esta cuarta postura incluye aquellos supuestos donde el juez debe resolver la aplicación de los tratados en materia de DIPRI, debiendo considerar normas o principios del DIDH. Esta posibilidad se ve garantizada en los tratados celebrados en el contexto de la HCCH, de la cual el Estado peruano es miembro.

Un caso de esa índole se configuró en casación ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuando Amir Wahbe demandó la restitución internacional de su menor hija, Isabel Sophie Wahbe Oré, nacida en Dusseldorf (Alemania), la cual se encontraba con Cecilia Oré, su progenitora, en Lima⁶³. Los cónyuges llegaron, luego de su separación, a un acuerdo de tenencia. La madre viajó con la menor al Perú, con autorización del padre, sin regresar posteriormente a Alemania, lo que suscitó la demanda de restitución ya mencionada.

La Corte revisó los alcances de los anteriores pronunciamientos sobre la aplicación de la Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de

⁶² Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 1417-2008-AA/TC, 2008, fundamento 3.

⁶³ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. CAS N.º 4059-2013, 9 de abril de 2014, Antecedentes.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

la Sustracción Internacional de Menores, del cual tanto Alemania como la República del Perú son partes, en particular de los artículos 12 y 13 de este tratado. Mientras que la primera disposición exige que la autoridad judicial ordene la restitución del menor en caso de secuestro en el periodo inferior a un año transcurrido desde el momento de dicho traslado ilícito, la siguiente disposición prevé excepciones a esta regla general. La Corte se detendrá a analizar el tratado, en particular el literal a del artículo 13, invocando la regla del interés superior del niño, bajo el siguiente razonamiento:

UNDÉCIMO. - También es importante destacar que las mencionadas excepciones [las del artículo 13 del Convenio citado] se encuentran inspiradas en las reglas del interés superior del niño, principio reconocido en el propio Preámbulo de la Convención de La Haya (...). Es necesario reparar que en caso se encuentre en discusión la afectación de derechos de un menor de edad, debe procurarse que la decisión judicial emitida contenga un análisis adecuado del principio del interés superior del niño (...)

DUODÉCIMO. -En esta línea argumentativa, se puede establecer con claridad que en caso la autoridad jurisdiccional compruebe la existencia de algunas de las excepciones contempladas en el precitado artículo 13, estas deben interpretarse en consonancia con el interés superior del niño, pues debe recordarse que la interpretación de una norma debe realizarse en forma sistemática (...)⁶⁴.

De este modo, la Corte Suprema sostiene que no es posible interpretar el artículo 13 del tratado de DIPRI mencionado sin considerar el principio del interés superior del niño, el cual también se halla expresado en su preámbulo. Es esta referencia la que hace valorar a la Corte que lo fallado por el Tribunal Superior “prioriza el interés superior de la menor, debido a su tierna edad, situación que implica un alto grado de vulnerabilidad, por lo tanto, a fin de asegurar el desarrollo normal e integral de la menor en cuestión es indiscutible que aquella debe continuar al lado de su progenitora”⁶⁵. Si bien resulta ser un ejemplo interesante y acertado en el que el juzgador utiliza un parámetro de validez basado en el DIDH, hubiese sido también interesante que acuda a desarrollos jurisprudenciales de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más si este ha emitido varios estándares interamericanos en la materia.

V. Conclusiones

El OPI es una institución que resulta de compleja lectura. En este artículo se ha pretendido agregar nuevos elementos de discusión sobre el OPI en la doctrina nacional, haciendo énfasis en su relación con el DIP y, en particular, con el DIDH.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*, fundamento decimoquinto.

La relación entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público

El orden jurídico internacional, mediante el DIDH, contribuye a dar contorno a la noción de OPI en tanto que las normas de derecho internacional no solo constituyen un parámetro de comportamiento para la voluntad del Estado en sus relaciones internacionales, sino que también limitan su capacidad para autogenerar su propio sistema normativo y para rechazar la aplicación del derecho extranjero. En tal entendido, no es posible que el Estado se desligue de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y genere una normativa por completo ajena a tales ideales comunes entre Estados.

En virtud del DIDH y la admisión de la relación entre el DIPRI y esta rama, es posible afirmar que el OPI empieza a tener menos contornos indeterminados, asumiendo el marco general de referencia a las normas del DIDH, privilegiando una lectura desde el plano de la interpretación de los sistemas de protección de los derechos humanos aplicables al Perú. Por ello, es imperativo que los operadores del derecho, en particular los jueces, tengan presente no solo las normas de los convenios vigentes sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, sino que conozcan y sistematicen la interpretación que sobre tales instrumentos hacen los respectivos y tribunales internacionales, en la búsqueda de un DIPRI que sea más acorde a la búsqueda de garantizar a los individuos su participación en el fenómeno de transnacionalización, contando con seguridad jurídica y respecto de su dignidad bajo todo lugar y circunstancia.

Por último, cabe finalizar indicando que tanto el OPI como el orden jurídico internacional se ven renovados por el DIDH. El primero porque el Estado tiene cada vez menor autonomía para alejarse de los principios - derechos de dignidad humana, igualdad, no discriminación, debido proceso, acceso a la justicia, etc.-, y el segundo porque los compromisos internacionales sobre derechos humanos son esenciales en el acervo jurídico internacional contemporáneo. En suma, el influjo del DIDH sobre el DIPRI no puede perderse de vista en la relación de esta rama con el DIP, al punto que ya no es posible pensar el DIPRI como un ámbito meramente técnico y lejano a la justicia material.