El orden público internacional como principio de defensa y la aplicación del método ecléctico para determinar sus alcances

Por: Renzo André Domínguez Roca¹

Recibido: 22-07-2014

Aceptado: 05-08-2014

Sumario:

1.- Introducción. 2.- Intento de conceptualización. 3.- Orden Público Internacional como principio de defensa. 4.- Alcances del Orden Público Internacional. 4.1 Método para delimitar su alcance. 4.1.1 Método legislativo. 4.1.2 Método judicial. 5.- Protección de normas fundamentales. 6.- Hacia un método ecléctico para determinar los alcances del principio de defensa. 7.- Casos prácticos controvertidos. A.- Sucesión. B.- Matrimonio homosexual. C.- Filiación. 8.- Conclusiones. 9.- Bibliografía.

Resumen:

El Orden Público Internacional (OPI) como principio de defensa, es una postura que pretende resolver los inconvenientes que implican concepciones tradicionales, mediante la materialización de su objeto.

El OPI protege las normas fundamentales de un sistema jurídico por ser la base sobre el cual se erigió todo el ordenamiento jurídico. Mediante esta concepción, el OPI deja de ser un conjunto de normas para convertirse en el principio que tiene por objeto la protección de dichas normas. En consecuencia, ya no es necesario filosofar respecto de qué normas deben incluir esta lista.

Si bien es cierto mediante este principio se deben proteger las normas fundamentales de un sistema jurídico, se debe tomar consciencia de que no todos los sistemas jurídicos son iguales, por ello es preciso dejar un pequeño “filtro”, para que los derechos fundamentales de personas ajenas a nuestro sistema jurídico, tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos conforme a lo que se considera fundamental en su propio sistema.

En ese sentido se considera que dicho “filtro” es el juez, ya que por medio de sus resoluciones deberá desconocer toda norma fundamental extranjera que contravenga las normas fundamentales del ordenamiento jurídico peruano conforme al principio de defensa, salvo tenga los argumentos necesarios para permitir que dicha norma fundamental, tenga eficacia.

¹ Alumno XI Ciclo-5° superior-Facultad de Derecho USMP. Practicante Área Legal Ministerio de Relaciones Exteriores

Teniendo en cuenta ello, por regla general no será aplicable toda norma que atente contra las normas constitucionales peruanas por ser la base del sistema jurídico, pero excepcionalmente será aplicable si el juez determina que la norma extranjera es fundamental conforme al sistema del peticionante.

Con ello se habrá objetivado la noción de OPI y a la vez se habrá otorgado la posibilidad de que en caso de controversia entre particulares provenientes de sistemas distintos puedan hacer valer sus derechos fundamentales, aunque ello contravenga lo establecido en el sistema normativo peruano; es por ello que se hace referencia a un método ecléctico de determinación de alcances.

Abstract:

The International Public Order (IPO) as a principle of defense, it is a position that aims to solve the problems that involve traditional concepts, through the materialization of its object.

The OPI protects the fundamental rules of a legal system as the base on which the entire legal system was built. By this view, the OPI it is no longer a set of rules to become the principle aims at the protection of those rules. Consequently, it is no longer necessary to philosophize about what rules should include this list.

Although it is true through this principle must be protected the fundamental rules of a legal system, it is must become aware that not all legal systems are the same, so it is necessary to leave a small "filter" in order to the fundamental rights of people beyond our legal system, are able to enforce their rights under what is considered important in its own system.

In this regard it is considered that the "filter" is the judge, and that through its resolutions must ignore any foreign fundamental rule that violates the fundamental rules of Peruvian law, following the principle of the defense; however it is had the necessary arguments to allow this fundamental rule, be effective.

Taking into account this as a general rule, it is not been apply any rule that threatens the Peruvian constitutional requirements for being the basis of the legal system, but exceptionally it is will be apply if the judge determines that the foreign law is essential according to the petitioner system.

there will be objectified the notion of OPI furthermore it will have given the possibility that in case of dispute between individuals from different systems, they can enforce their fundamental rights, even if it contravenes the provisions of the Peruvian legal system; it is therefore referred to an eclectic method of application.

Palabras clave:

Orden Público Internacional - Orden Público – Constitución - Principio de defensa - sistema híbrido.

Key Word:

International Public Order - Public Order – Constitution - principle of defense - hybrid system.

1.- Introducción

Desde épocas remotas, cuando el hombre dejó de ser nómada y se volvió sedentario estableciéndose en un territorio para formar vida en sociedad; se vio en la necesidad de establecer normas de conducta básicas que debían funcionar como cimientos para que a partir de ellos la convivencia no se convierta en un caos. Si bien es cierto en aquellos tiempos no se conocía la noción de derecho, sin querer, estos cimientos se convertirían en lo que hoy se conoce tradicionalmente como Orden Público (que actualmente es un concepto distinto al de Orden Público Internacional).

A través de la historia los grupos humanos se fueron desarrollando hasta convertirse en estados, cada cual elaboró su sistema normativo, privilegiando o dejando de lado hechos, en base a sus costumbres y creencias. De ello se desprende que no todos adoptaron los mismos principios respecto de la forma de vida de su sociedad.

En la actualidad la globalización es un fenómeno al que ninguna sociedad es ajena, las relaciones entre particulares a nivel internacional son cotidianas, el crecimiento de la economía y la tecnología vuelve todo más simple; sin embargo relaciones más frecuentes elevan la posibilidad de conflictos, por lo que evidentemente tenemos un gran problema: ¿cómo resolver una controversia entre personas que provienen de un sistema jurídico, cultural e ideológico distinto? Es decir, estados distintos, donde la concepción de forma de vida es totalmente contrapuesta, donde la percepción de lo bueno y lo malo es distinta; qué deberá ser respetado y qué deberá ser dejado de lado; en otras palabras, de qué forma se podría, de una manera pacífica, decirle a otra persona que: aunque en el lugar de donde proviene es correcto hacer algo, aquí es imposible hacerlo porque atenta contra el orden público internacional; y si se sostiene esto, tal vez se cuestione: ¿exactamente dónde dice que ello o aquello es el orden público internacional?

Lo anterior es una muestra del gran inconveniente que puede generar la interpretación del artículo 2049 del Código Civil, en el sentido de que no se ha determinado qué es ni los alcances del Orden Público Internacional. Por ello el objetivo central de este trabajo es darle carácter objetivo al concepto de OPI y a la vez esbozar una postura que permita defender el sistema jurídico nacional sin que ello implique desconocer derechos fundamentales de personas pertenecientes a un sistema normativo distinto.

En el desarrollo del presente artículo se analizan brevemente los distintos conceptos que han elaborado los juristas al respecto, para luego revisar las teorías clásicas y argumentar por qué es un principio. Seguidamente, se analizan los métodos contemplados en la doctrina para determinar los alcances del OPI y finalmente se propone la aplicación de un método ecléctico para la determinación de sus alcances.

2.- Intento de conceptualización

Cuando nuestro Código Civil se refiere al OPI, lo hace distinguiéndolo del orden público interno; es decir, lo concibe como una institución distinta. En efecto, el artículo 2049 del Código Civil hace referencia al OPI, mientras que el artículo V del Título Preliminar del mismo, al orden público.

Esta concepción parte de la idea de que no toda norma de orden público origina la inaplicación de la ley extranjera, sino son solamente las normas jurídicas fundamentales las que deben ser consideradas como de Orden Público Internacional, por tanto sólo cuando se atenta contra ellas, se puede originar la no aplicación de una ley declarada competente por la norma de conflicto correspondiente.

Sobre este espinoso tema se han pronunciado reconocidos juristas, vertiendo distintas opiniones. En ese sentido, Arzubaga, A. (2005: 277) al comentar la postura del erudito Savigny señala:

Lo normal era la aplicación de la ley extranjera, constituyendo esta la regla. Cuando no era posible la aplicación de dicha ley por resultar inapropiada, surgía la excepción: la cláusula de reserva, que era una medida de defensa del sistema y obligaba al juez a la aplicación de su propio derecho.

El referido autor, también se pronuncia respecto de Mancini (2005:285), quien propuso la máxima exaltación de las leyes nacionales al referirse al OPI:

Considera que la soberanía del estado impone a todos los que habitan en su territorio las normas de derecho público y de orden público que cubren el orden moral y económico indispensable... Para Mancini el orden público internacional tiene los atributos de la territorialidad de las leyes. Considera que debe excluirse toda ley distinta a la ley nacional de la persona.

Por su parte el eminente jurista Pillet, explicado por Basadre, J. (2004: 79), sostenía:

La ley de orden público internacional tiene una competencia absolutamente normal, identificándose con la noción de la ley llamada general. Es decir, las leyes generales y las de orden público son una misma identidad y se confunden entre sí.

El citado autor también explica la teoría de Niboyet (2004: 92):

*En cuanto a la aplicación de la ley extranjera es preciso que entre los países exista, no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión un *mínimum de equivalencia de legislaciones...* ¿qué sucede si no se alcanza es *mínimum de equivalencia*? En este caso, con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, hay que recurrir a la noción de orden público, pues al aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se invoca.*

Para Delgado, C. (2010: 510), al comentar el artículo 2049 del Código Civil, señala que:

La inclusión de la excepción de orden público es indispensable en la teoría conflictual como cláusula de reserva para asegurar el respeto el respeto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

De lo anterior se puede deducir que es opinión de la doctrina mayoritaria que el OPI funciona como una excepción a la regla general que es la aplicación de la norma extranjera cuando se atenta contra él; en ese sentido sostiene DELGADO C. (2012: 305): “El OPI es visto actualmente como una excepción al juego normal de la regla de conflicto, evitándose en lo posible hacer uso de este recurso”.

En ese sentido, el orden público, según sea el ámbito donde se desarrolla, es susceptible de ser interpretado según el contexto en el que se encuentre; en el derecho interno o en el Internacional. El primero se desenvuelve dentro del Derecho Privado de cada país, en relación con aquellas normas que no pueden ser derogadas por acuerdos de particulares. Mientras que el segundo se refiere a la inaplicación de las normas extranjeras que produjeran una violación de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto, la inaplicabilidad de una norma extranjera como excepción a la regla general que implica su aplicación, es un criterio generalmente aceptado, no es correcto afirmar que el OPI es una excepción o un remedio, ya que se estaría confundiendo la función y el momento en el que el OPI actúa con lo que realmente es. Por tanto, se considera que el OPI no es un conjunto de normas ni mucho menos una excepción; sino un principio de defensa.

3.- Orden público internacional como principio de defensa

Siendo el Orden Público Internacional una construcción jurídica universal, es conceptualizado como la excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, muchas veces de manera errónea es homogeneizado con el término orden público, el cual responde a criterios de cada estado, ya que cada país tiene su propia noción de orden público. En ese sentido, cabe señalar que el OPI constituye un concepto variable conforme se modifican los conceptos inherentes a una comunidad.

Tales conceptualizaciones son teóricamente muy interesantes, sin embargo si se lleva a la praxis, evidentemente se enfrenta con un gran problema el cual es carecer de objetividad.

Es por ello que se dice que existe una idea respecto del OPI, porque en general son muchas las teorías que intentan definirla y conceptualizarla; sin embargo no existe consenso respecto de cuál es su contenido (si realmente contiene algo), si es un principio o si son normas.

No se ha podido responder con certeza a estas interrogantes porque en realidad conceptualizar una idea que por donde se aprecie está impregnado de subjetividad, es un imposible. Si se sigue asumiendo que el OPI es algo abstracto, se seguirá en el limbo de no conocer qué es ni cómo aplicarlo, por esta razón es de vital importancia transformar esta idea en un producto, de tal forma que tenga un carácter objetivo.

Para cumplir esta finalidad será necesario como primer paso, descartar el OPI como excepción y empezar a asumirlo como principio.

Gran parte de los tratadistas asimilan la noción de Orden Público Internacional a un conjunto de principios, normas o condiciones fundamentales de la vida social, otros lo asimilan a la noción de excepción en cuanto a su aplicación; en uno u otro caso se hace referencia a un conjunto sea de principios o de normas. Sin embargo, el OPI no es conjunto de algo, sino implica por sí mismo un principio.

En razón de este principio, un estado emplea un mecanismo de defensa para evitar que una norma extranjera perturbe el sistema; es decir, un principio de defensa de tal forma que ante la regla general, que es la aplicación de la norma extranjera, excepcionalmente, sea inaplicable cuando dicha norma atente las normas que justamente defiende.

En ese sentido, se tiene que el OPI es un principio de defensa del sistema jurídico nacional el cual tiene como función actuar excepcionalmente ante la incompatibilidad entre normas que dicho principio defiende; es decir, en la aplicación de una norma internacional no se analiza si atenta o no contra el Orden Público Internacional, tampoco si es compatible o incompatible; ello porque simplemente una norma extranjera no puede atentar o ser incompatible contra el mecanismo de defensa (el OPI) sino contra lo que él defiende (el sistema u ordenamiento jurídico). Porque finalmente lo que se pretende mediante la implementación de este principio es evitar que la ley extranjera dañe el sistema o el ordenamiento jurídico.

4.- Alcances del Orden Público Internacional

En el apartado anterior se ha explicado por qué el Orden Público Internacional es un principio de defensa del sistema jurídico; sin embargo no se tiene certeza de qué es lo que dentro de un ordenamiento jurídico debe considerarse intangible; es decir no se sabe si:

- i) Se defiende todo el sistema jurídico, lo que implicaría dejar de aplicar una norma extranjera que atente contra una norma de cualquier rango;
- ii) Algunas normas dentro del sistema, lo que implicaría una arbitrariedad porque no sabríamos en base a qué criterios se escogieron dichas normas; o
- iii) Si defiende no sólo el sistema jurídico sino también los principios morales que rigen la sociedad.

Si bien es cierto la moral es una cuestión subjetiva, increíblemente muchos doctrinarios toman en cuenta la moral para referirse a las razones por las que se debe dejar de lado una norma extranjera; no obstante, determinar los alcances del OPI como principio encargado de defender el sistema jurídico es una cuestión polémica, por tanto primero se hará referencia a los métodos esbozados por la doctrina para luego sugerir una opción al respecto.

4.1 Métodos para delimitar su alcance

Existen muchos inconvenientes cuando se buscan delimitar los alcances del Orden Público Internacional; por ello hasta la actualidad no hay consenso respecto de qué es lo que se debe considerar intangible dentro de un sistema jurídico; no obstante, se han generado dos métodos, explicados por Arzubíaga, A. (2005) , que intentan dar solución a este problema:

4.1.1. Método Legislativo

Este método tiene sus máximos exponentes entre otros a Mancini, en Italia y a Pillet, en Francia; según esta postura, los legisladores deben hacer una lista de las disposiciones que consideran de orden público (considerando que en este caso se hace referencia al OPI); de tal forma que son los legisladores los que deben declarar cuáles son las normas o principios vitales que por ninguna razón se deben perturbar dejando a los jueces la tarea de limitarse a aplicar la ley y no comportarse como legisladores.

4.1.2. Método Judicial

Conforme a este método, es el juez el que debe dar solución al problema, de tal forma que es él quien debe realizar el análisis de la norma extranjera y confrontarla con la norma nacional a fin de evaluar si la aplicación de la primera atenta contra el ordenamiento jurídico nacional.

5.- Protección de normas fundamentales

Si bien es cierto en el punto anterior se han desarrollado los métodos que en doctrina se han esbozado para determinar los alcances del principio de defensa; ello no es suficiente.

En el caso del método legislativo; dejar que los legisladores sean los encargados de determinar qué es intangible dentro de un sistema jurídico puede traer algunas complicaciones, toda vez que una enumeración de aquello que a criterio de los legisladores es intangible conduce inevitablemente a que se pueda dejar de lado aquello que en base a criterios distintos de evaluación también debería ser intangible; es una utopía creer que los legisladores puedan crear normas perfectas o absolutas.

Respecto del método judicial, el riesgo es aún mayor dado que un juez, como ser humano, tiene distintas apreciaciones de lo que debe considerarse intangible, por lo que inevitablemente sus concepciones morales, políticas o ideológicas influirán en la determinación de su concepción de intangibilidad normativa; en ese sentido, optar por uno u otro sistema traería inconvenientes teóricos y prácticos.

Teóricos porque se estaría atentando contra lo que se viene sosteniendo al asimilar el Orden Público Internacional a ese conjunto de normas intangibles escogidas por el legislador o proclamados por el juez; sin tener en cuenta que el OPI, más que un conjunto de normas o principios; es un principio único de defensa del sistema jurídico, que como principio es el mismo en cualquier legislación que lo adopta siendo distinto aquello que protege porque los sistemas jurídicos no son los mismos.

Prácticos porque se seguirá en el limbo de no saber con precisión qué es lo que debe defender el principio de defensa; si se hace una enumeración de lo intangible, tal vez se puedan desconocer derechos fundamentales adquiridos bajo la concepción de un sistema distinto. Por otro lado, si se espera a que el juez decida, se puede caer en el error anterior o que realmente se esté vulnerando una norma intangible que como tal debe ser defendido por el OPI como principio.

En ese sentido, se cuestiona lo siguiente: si el OPI es un principio y defiende un sistema jurídico, dentro de éste: ¿cuál es la norma fundamental de la cual se desprende todo el ordenamiento jurídico de un estado; contemplando sus principios jurídicos, económicos y morales esenciales? Pues la respuesta es evidente: la constitución de un estado.

La constitución es la norma fundamental de la que emana todo sistema jurídico, es aquella contra la cual ninguna norma debe atentar en razón del principio de jerarquía normativa, en ese sentido, afirmaba Kelsen, H. (1982: 135) que:

Una pluralidad de normas constituye una unidad... cuando su validez reposa en último análisis sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad.

La constitución es la norma en la cual se consagran los derechos y deberes fundamentales de la persona y la sociedad; es lo que se protege en el derecho interno y es lo que se debería proteger en el derecho internacional; sin embargo debemos tener en cuenta que así como en

nuestro país se tiene una constitución de la cual emanan los principios básicos de la vida en sociedad del estado peruano, de la misma manera otros estados tienen sus propias constituciones y tienen sus propios valores esenciales, los cuales pueden ser similares a los o totalmente contrarios con lo cual se encuentra otro problema, ya que si bien es cierto se deben proteger por medio del principio de defensa las normas esenciales de una sociedad contenidas en la constitución; dichas normas esenciales de la misma forma lo son para quienes en sus respectivos estados lo ostentan. Entonces se caería en el error de afirmar de que conforme al principio de defensa todo aquello contrario a los principios fundamentales recogidos en la constitución no debe aplicarse; porque no se estaría teniendo en cuenta que esa misma noción de fundamental es recogida por las constituciones de otros estados.

6.- Hacia un método ecléctico para determinar los alcances del principio de defensa

Como se ha podido observar; concebir el OPI como principio de defensa (aunque lo ideal sería dejarlo de llamar así y conceptualizarlo sólo como principio de defensa), implica la protección de las normas fundamentales de un sistema jurídico los cuales están contemplados en la constitución.

La diferencia con la concepción tradicional es evidente ya que se destierra el error de confundir el Orden Público Internacional con normas, en consecuencia ya no es necesario filosofar respecto de qué normas deben incluir esta lista; no obstante seguimos con el inconveniente de desconocer derechos de personas ajenas a nuestro sistema jurídico que conforme a su propio sistema jurídico adquirieron derechos fundamentales; por tanto limitarse a reconocer que en razón del principio de defensa toda aquella norma extranjera contraria a las normas fundamentales contenidas en la constitución debe ser inaplicada es desconocer la pluralidad normativa, ideológica y cultural que existe en el mundo.

Se considera que a la luz de lo expuesto si bien se deben proteger las normas fundamentales de un sistema jurídico, se debe dejar un pequeño filtro para que los derechos fundamentales de personas ajenas al ordenamiento jurídico peruano tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos conforme a lo que se considera fundamental en su sistema; en ese sentido dicho filtro es el juez, ya que por medio de sus resoluciones deberá desconocer toda norma extranjera que contraviene las normas fundamentales del ordenamiento jurídico nacional conforme al principio de defensa; salvo tenga los argumentos necesarios para otorgarle eficacia a una norma extranjera aunque contravenga las disposiciones fundamentales del ordenamiento nacional.

Por tanto, como regla general no será aplicable aquello que atente contra las normas jurídicas fundamentales contenidos en la constitución; sin embargo, excepcionalmente será aplicable si el juez tiene los argumentos necesarios para darle eficacia.

Con ello se habrá objetivado la noción de principio de defensa; se debe defender las normas y principios fundamentales contenidos en la norma fundamental y a la vez se habrá

otorgado la posibilidad de que en caso de controversia entre particulares provenientes de sistemas distintos tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos, los cuales pueden ser fundamentales en su sistema, aunque sean contrarias el nuestro.

Por ello se hace referencia a un método ecléctico, ya que tal y como se señala, se estará aplicando una especie de método legislativo al hacer referencia a la constitución como objeto de protección del principio de defensa y una especie de método judicial al reconocer la capacidad de los jueces de determinar en qué supuestos excepcionalmente se podría desconocer la regla general.

Para entender mejor esta posición se verán algunos casos.

7.- Casos prácticos controvertidos

A. Sucesión

Planteamiento: Un hombre de 40 años que nació y creció en Palestina; decide comprar una casa en Perú valorizada en 5 millones de dólares donde vivió 1 año, el hombre decide regresar a Palestina donde domiciliaba y a las pocas semanas muere sin dejar testamento; el hombre era viudo, tenía un hijo de 23 años y su padre de 65 años. Resulta que según la Ley Islámica que rige en Palestina los padres son herederos forzosos, mientras que los hijos no. El juzgador palestino emitió una sentencia siguiendo el derecho islámico en donde el padre se constituyó heredero universal. En nuestro país el orden sucesorio es inverso ya que está determinado en primer lugar para los hijos y cónyuge; en defecto de los hijos, los ascendientes.

Las relaciones entre abuelo y nieto no eran saludables; así que cuando se enteraron de la casa que el hombre había dejado en Perú viajaron para reclamarlo; el abuelo amparándose en el derecho islámico y la sentencia que lo declaraba heredero universal y el nieto que conforme al derecho peruano tendría derechos sobre el bien; ambos reclaman el bien y se genera la controversia. A quién deberá reconocer como sucesor el juez.

Solución: El Art. 2100 del C.C. señala que la sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante. En el caso, el causante murió domiciliando en Palestina por lo que a priori podemos decir que debería aplicarse dichas normas conforme al artículo en mención sin embargo el artículo 2 Inc. 16 de la Constitución establece como derecho fundamental y por tanto norma fundamental dentro de nuestro sistema jurídico la herencia, en consecuencia no se podría negar el derecho del hijo a la herencia conforme a esta norma, siendo lógico de acuerdo a nuestra concepción del Orden Público Internacional como principio de defensa, dejar de aplicar la Ley Islámica toda vez que contraviene nuestra norma fundamental; sin embargo al hacer esto no se tendría en cuenta que para los seguidores del islamismo el Sharia o derecho islámico son normas fundamentales por tanto se tendría una situación en la cual sería

aplicable la excepción a la regla general que establece el principio de defensa por medio de una argumentación judicial en base a la normatividad islámica que no sólo se relaciona con temas jurídicos sino que incluso es una forma de vida.

B. Matrimonio homosexual

Planteamiento: Antonio Cervantes de nacionalidad peruana y Fernando Ramírez de nacionalidad argentina, se casan en España en el año 2008 donde estaban domiciliados. Posteriormente, se instalan en Perú y a los cinco años se separan. Antonio Cervantes se queda en Perú y Fernando Ramírez se va a Argentina. Antonio Cervantes demandó el divorcio ante los tribunales peruanos.

Solución: Según el Art. 2082 del C.C. las causas de divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal; en el caso tenemos que la pareja vivió en Perú durante mucho tiempo por lo que es correcta la aplicación de la ley peruana al caso; ahora dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil no se contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin embargo nuestra constitución no lo prohíbe ya que sólo hace referencia en su Art. 4: "... promueven el matrimonio"; no obstante conforme a la tradición, ética y costumbres de nuestro país aún no se tolera la libertad de las personas para hacer con su vida lo que les parezca conveniente, por ello atentaría contra estos criterios aceptar una demanda de este tipo porque sería contrario a la moral y las buenas costumbres; sin embargo conforme a la posición que se viene desarrollando en este trabajo, no habría problema en aceptar una demanda de este tipo toda vez que no afecta una norma fundamental defendida por el principio de defensa, en ese sentido en este caso la moral no puede ser una excusa para no tutelar esta solicitud.

C. Filiación

Planteamiento: El causante, Mario Arce, estaba domiciliado en EE.UU. al tiempo de su fallecimiento, tenía 2 hijos, uno de ellos Roberto, fruto del matrimonio con su esposa y el otro Pablo fruto de una relación extramatrimonial; que si bien lo reconoció como su hijo, nunca tuvo el amor de su padre y con ello el apoyo económico que necesitaba. Mario tenía 2 casas en Perú las cuales mediante un testamento por escritura pública hecho en EE.UU. las otorgó a su hijo Roberto. Abierta la sucesión en el Perú, aparece Pablo quien era hijo del causante, exigiendo que como hijo del causante tenga participación en la herencia. Roberto se opone y argumenta que conforme a las leyes norteamericanas él es heredero y no tiene por qué repartir lo que le corresponde por herencia aunque Pablo sea hijo del causante.

Solución: No se podría reconocer una ley extranjera, ni mucho menos un acto proveniente de la voluntad de un particular que desconozca la igualdad jurídica de todos los hijos, independientemente de su condición de matrimoniales o extramatrimoniales; si bien es cierto en el testamento lo desconoce, los bienes se encuentran en el Perú y el hijo que

reclama tener participación es un peruano; en ese sentido, el derecho peruano protege la legítima, que es un derecho de los herederos forzosos de obtener una parte de la herencia; asimismo la Constitución Política de la República en su artículo 6 reconoce la igualdad de derecho y deberes de todos los hijos. Por tanto conforme al planteamiento teórico en este caso se vulneran derechos fundamentales, contemplados en nuestra norma fundamental con lo cual es inminente la aplicación del principio de defensa para evitar la aplicación de dicho testamento; no obstante lo anterior, el juez además tendría que valorar que la autonomía privada en materia sucesoria en ese país no es precisamente un derecho fundamental. Por tanto, aplicar la voluntad del testador en nuestro país, en esos términos, implicaría dejar desamparado a un menor que por no ser querido por su padre fue excluido de la herencia lo cual es evidentemente un caso de discriminación y no se puede permitir, siendo al caso aplicable el principio de defensa por contravenir normas fundamentales.

8.- Conclusiones:

- Constituye aún un problema que el orden público internacional tienda a confundirse con conceptos como el orden público interno, normas jurídicas o principios de la sociedad; sin embargo lo que se conoce como OPI en realidad es un solo principio que tiene por objeto defender, proteger o salvaguardar las normas fundamentales plasmadas en la constitución.
- Las normas que defiende el orden público internacional son distintas según el ordenamiento jurídico de cada estado, es así que una norma extranjera que busca ser aplicada en un ordenamiento jurídico podría ser compatible con las de un estado pero totalmente contraria a las de otro.
- Por regla general no será aplicable aquella norma jurídica extranjera que atente contra valores fundamentales contenidos en la constitución; sin embargo excepcionalmente sería aplicable, conforme al método ecléctico que se ha desarrollado, si en el transcurso del proceso el juez puede apreciar que la aplicación de la norma extranjera alegada tiene carácter fundamental en el estado del que proviene.
- Se debe tener presente que aquello que hoy defiende el orden público internacional como principio de defensa, en realidad no son normas jurídicas estáticas, sino se tratan de normas elásticas y variables en el tiempo y en el espacio, es decir, como todo en el derecho, lo que en algún momento es sagrado puede que mañana deje de serlo.

9.- Bibliografía:

Delgado, C., Delgado, M., Candela, C. (2012). Introducción al Derecho Internacional Privado. Tercera Edición. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP.

García, M. (1969). Derecho internacional privado. Lima: Fondo Edit. del Programa Académico de Derecho de la UNMSM.

Kelsen, H. (1982). Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Tovar, M. (1987). Derecho internacional privado. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente.

Hemerográficas

Arzubiaga, A. (2005). El mal llamado Orden Público Internacional. En Revista del Foro. Edición N°1. Lima, Perú.

Basadre, J. (2010). El Orden Público Internacional. En Revista Bibliotecal. Año 1, N°2. Lima, Perú.