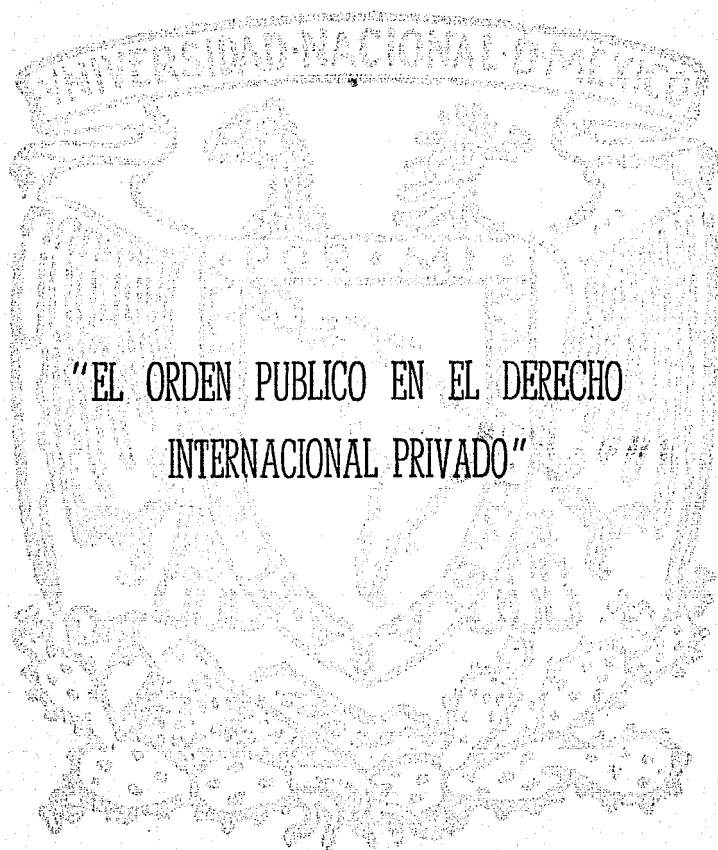


SANTIAGO SANZ AYALA



FACULTAD DE DERECHO  
MEXICO — 1970



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

*A la memoria de mi abuelo,  
Ing. Matias Ayala Quintero,  
en humilde homenaje a su  
magnificante espíritu.*

*A mis padres, Santiago Sanz Guardado y Blanca Ayala de Sanz,  
con mi agradecimiento  
sempiterno.*

*A Araceli, cuyo dilecto estímulo hizo  
posible la consumación de  
este opúsculo.*

*A mi maestro, Lic. Guillermo Gallardo Vásquez, con máxima gratitud por el honor de haber sido su discípulo.*

*A mis hermanos y amigos, en reconocimiento de su inapreciable apoyo.*

*INDICE*



## INDICE

INTRODUCCION .....	17
CAPITULO I.— SISTEMAS DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE LEYES	21
1.—Las teorías de la personalidad del derecho .....	23
2.—Teoría de Pillet .....	25
3.—Teorías internacionalistas .....	26
a).—El pensamiento de Savigny .....	26
b).—Las teorías propiamente internacionalistas .....	28
c).—Tendencias actuales hacia la codificación internacional .....	29
CAPITULO II.— LA TEORÍA DE LA INCORPORACIÓN .....	35
4.—La escuela de Yale .....	36
5.—Las ideas de los positivistas italianos .....	37
6.—La doctrina de Trigueros .....	40
a).—La naturaleza del derecho y su necesaria territorialidad .....	40
b).—La incorporación .....	43
c).—La incorporación dual .....	45
CAPITULO III.— EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS DOCTRINALES EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO .....	51
7.—Los principios de donde parten las teorías del orden público .....	51
8.—El problema de la definición .....	53
9.—Antecedentes de esta noción .....	54
10.—Origen de la idea de orden público .....	55
11.—La tesis de Mancini .....	57

## INTRODUCCION

## INTRODUCCION

El hombre del Siglo XX observa con interés la proliferación incesante de medios masivos de comunicación, rápidos y económicos, que cada vez, con mayor frecuencia, le permiten entrar en contacto con individuos de otras razas y nacionalidades, superando las limitaciones de las fronteras estatales. De esta manera el género humano, de espíritu cosmopolita por naturaleza, comienza a ver realizados sus mas caros anhelos: rebasar el marco estrecho de los confines de un solo país y proyectar sus actividades a dimensiones universales.

Este espíritu que impregna la época en que vivimos plantea al Estado, con mayor agudeza que en otros tiempos, el imperativo de tutelar la actividad humana mas allá del ámbito espacial de validez de un orden jurídico dado. Los Estados modernos tratan de resolver los problemas inherentes de este tráfico con normas de derecho internacional privado, protegiendo la actividad del individuo que rebasa los límites territoriales de un orden jurídico, mediante la permisión de aplicar en determinados casos el derecho extranjero, logrando así que, en apariencia, se extienda el marco espacial de vigencia de un orden jurídico extraño, con lo que se logra amparar al hombre fuera de su Estado de origen.

Ahora bien, todas las concepciones del derecho internacional privado coinciden en aceptar, que la excelsa misión del Estado de proteger las cuestiones derivadas del cosmopolitismo humano, permitiendo la aplicación de la norma extranjera no es absoluta, sino que por el contrario, se encuentra limitada por un orden público que, como principio general o excepción, impide la aplicación de las normas extrañas e impone la pre-

eminencia del derecho nacional.

Desgraciadamente la noción del orden público, parece en la actualidad dominar la aplicación de las normas del derecho internacional privado realizando una actuación desmedida, lo que es en parte explicable, en cuanto a que ni su concepto y, en consecuencia, sus límites y justificación, han quedado delimitados con nitidez a pesar de los esfuerzos doctrinales al respecto; siendo todavía hoy válida, la expresión de algún jurista, el que, a principios del siglo, manifestaba que la noción de orden público cumple la misma función que los nervios en la medicina: la de explicar todo lo que uno no sabe o no quiere explicar.

El objeto de este estudio será tratar de precisar el concepto de orden público y reducirlo a sus específicos perfiles jurídicos; labor que implica el intento de desentrañar el aparente contrasentido consistente en que dos derechos igualmente valiosos se excluyan recíprocamente.

Si el enfoque de este trabajo permite arrojar alguna claridad sobre tan debatidos problemas, sus finalidades habrán quedado plenamente colmadas.

# CAPITULO I

## SISTEMAS DE SOLUCION A LOS CONFLICTOS DE LEYES

Un estudio congruente que se pretenda realizar en torno a cualquier aspecto específico de los conflictos de leyes, o mas técnicamente hablando, problema de aplicación de leyes extrañas, supone, por parte del que lo emprenda, la exigencia ineludible de fijar su posición en lo tocante al sistema de solución de dicho problema. Razones metodológicas imponen esa necesidad, pues evidentemente que de la concepción que se admita en este punto, tendrá que derivar el lógico desarrollo de cada uno de sus aspectos específicos, esto es -referido a la materia de la presente disertación- no es posible enfocar debidamente la problemática relativa al orden público, si de manera previa no se determina el sistema de solución al problema de la aplicación de leyes extrañas. Por tanto, consideramos necesario hacer una referencia somera a los métodos propuestos por la doctrina para resolver la cuestión aludida, dilucidación que versará únicamente sobre las tendencias mas representativas, sin que esto quiera decir, claro está, que en forma alguna se pretenda negar la importancia de un estudio total; pero que por ser mas propio de un tratado de derecho internacional privado y dadas las limitaciones inherentes a este opúsculo no es posible abordar.

\* \* \*

La observación de la realidad muestra que los individuos que habitan dentro del territorio de cada Estado, no viven confinados en este; al contrario, es un hecho evidente, que cada vez con mayor frecuencia, salen del territorio estatal, entrando en relación con nacionales de otros Estados, creándose contactos jurídicos extranacionales (1). Ahora bien, dice el

---

(1) Alfonsín, Quintín: *El Orden Público*, Montevideo, 1940, p. 16.

maestro Trigueros, que el derecho limitado en su ámbito de valor por el territorio del Estado que lo dicta, parece imposibilitado para dar la protección indispensable a esas relaciones que exceden su esfera territorial de validez (2).

Dice Jorge Carrillo, que es imposible poner en duda el carácter jurídico de estas relaciones, puesto que en primer término son expresión de un tráfico regular que solo puede existir si es tutelado por el derecho. Además las relaciones extranacionales permiten prever sus efectos, lo cual solo puede ocurrir si están sujetas a un orden normativo. Finalmente engendran derechos y obligaciones coercibles, típico producto del derecho (3).

Si las relaciones extranacionales son jurídicas, algún derecho debe regularlas; luego entonces, ¿como resolver la aparente imposibilidad del derecho, circunscrito por su territorio, de regular relaciones que exceden ese marco; pero que, no obstante, exigen su protección?. Resolver esta engañosa impracticabilidad es el problema básico, fundamental del derecho internacional privado (4).

Hay tres grandes tendencias que se disputan la solución correcta del problema fundamental del derecho internacional privado, que plantea la naturaleza cosmopolita del hombre que excede los marcos territoriales de un sistema jurídico y el derecho encerrado necesariamente en esos límites territoriales: por una parte encontramos las tesis que pretenden superar total o parcialmente la territorialidad del derecho, de otro, las que pretenden evitar sus consecuencias recurriendo al derecho internacional público y por último las tesis internistas que intentan la solución recurriendo al sistema de la incorporación.

Consideramos que para el debido enfoque de nuestro estudio, es insoslayable la solución correcta al mencionado problema fundamental, pues,

---

(2) Trigueros Saravia, Eduardo: *La Aplicación de Leyes Extranñas. El Problema Fundamental*. Artículo publicado en 1941 en tres partes por la Revista Jus (números correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de ese año). Las partes de este estudio fueron agrupadas en un libro de 46 p.p., al cual corresponden las citas que haremos a lo largo de nuestro opúsculo.

(3) Carrillo, Jorge: *Nuevas Tendencias Doctrinales en el Derecho Internacional Privado*, art. publicado en la Revista de la Facultad de Derecho, 1963, t. XII, p. 856.

(4) Trigueros: *Ob. cit.*, p. 19.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

insistimos, la solución que se adopte tiene influencia en las que deban proponerse a los problemas técnicos que son específicos en la aplicación de leyes extrañas, de los cuales tal vez el mas importante sea el orden público.

La exposición de este capítulo versará únicamente sobre los dos primeros grupos doctrinales señalados; el estudio de la tesis de la incorporación, por la importancia que reviste para nosotros, será objeto de un capítulo aparte.

Por último, antes de entrar en la materia del presente capítulo, estimamos conveniente aclarar que el examen de las ideas doctrinales, en vista de que las presentamos agrupadas en tendencias, no sigue un orden de exposición rigurosamente histórico.

### 1.—LAS TEORIAS DE LA PERSONALIDAD DEL DERECHO.

Un grupo de autores tiende a superar la territorialidad del derecho recurriendo a la idea de la personalidad del mismo o de algunas de sus normas.

Destaca en este sentido el célebre estadista italiano Pascuale Mancini (5), cuyas ideas dieron origen a toda una escuela, siendo de notar la influencia que ha tenido sobre un gran grupo de tratadistas, los que, con mas o menos reservas, basaron sus construcciones doctrinales en los postulados básicos del citado jurista (6). La influencia de Mancini no se ha concretado solamente al pensamiento doctrinal, sino que, dentro de los dominios del derecho positivo, sus ideas han sido plasmadas en múltiples cuerpos legales.

Pretende Mancini que cierta categoría de normas jurídicas (las referentes a las relaciones de familia, estado y capacidad de la persona) deben seguir a la persona donde quiera que se encuentre; ya que, dichas normas son dictadas por el Estado en atención a todos los factores naturales y sociológicos que constituyen la nacionalidad, es decir, la raza, la religión, la lengua, el clima, la tradición, etc. Sostiene este autor que las normas

---

(5) Para una exposición completa de su pensamiento ver su *Memoria al Instituto de Derecho internacional*, reproducida por la Revista Clunet, París, 1874, p.p. 291 y sigs.

(6) Son en cierta medida continuadores de Mancini, entre otros, los juristas Weiss, Laurent, Fiore y Surville.



## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

a las que hemos hecho referencia, en tanto que se refieren exclusivamente a los nacionales de un Estado y tienen en consideración características sociológicas exclusivas de los componentes de cada nación, deben constituir un derecho privado necesario, que, en atención a los argumentos expuestos, es el único adecuado para regular normativamente a la persona donde quiera que vaya, de ahí, que tal derecho tenga carácter extraterritorial. El Estado, en consecuencia, deberá seguir el principio de la nacionalidad al determinar la ley aplicable en todas las materias conectadas con el derecho privado necesario.

La tesis de Mancini es en nuestra opinión inadmisibles, pues, como observa Eduardo Trigueros, según la misma tesis política sustentada por esta teoría, la nación debe ser Estado, con lo que al dejar de ser solo una agrupación sociológica con caracteres peculiares y específicos, para devenir en una agrupación delimitada jurídicamente, pierde esa característica de sistema personal, al tener territorio propio cuyas fronteras no solamente marcan el espacio geográfico habitado por los nacionales, sino también el límite espacial de validez de su orden jurídico (7).

"El intento mas brillante para la sustentación de la tesis personalista lo constituye, tal vez, el hecho por Frankenstein" (8). Este autor basa su tesis en la formación sociológica del derecho, afirmando que cada norma jurídica debe ordenar la conducta del individuo para quien fue creada, sin importar el lugar donde se encuentre ni las limitaciones territoriales (9).

Para Frankenstein, los individuos que componen un grupo social participan todos en la formación del derecho, el que, como producto social, solo tiene valor para los miembros de esa comunidad; este valor es de tal magnitud que rige su conducta donde quiera que se encuentren. La obligatoriedad de la norma jurídica en cuanto producto social deriva de su conformación con el convencimiento jurídico de la masa o de la mayoría de la comunidad. Admite Frankenstein tres excepciones en las que el individuo componente de un grupo social puede quedar sujeto a ordenamientos de formación sociológica diversa: En cuanto a sus relaciones con

---

(7) Trigueros Saravia, Eduardo: *La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado*, México, Polis, 1938, p. 92.

(8) Trigueros: "*La Aplicación...*", p. 23.

(9) Para las ideas de Frankenstein ver el resumen de su teoría, presentado por el mismo, en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, IV, 1933, p. 383.

las cosas, por un motivo de mera conveniencia práctica; cuando su propio sistema normativo lo sujeta a un ordenamiento diverso; y cuando se encuentra en relación con una institución de derecho público, en cuyo caso se aplicará la ley que creó dicha institución. Aserta que el Estado puede, por medio de su orden jurídico, desconocer los principios de la formación sociológica del derecho y aplicar su propia ley o la ley extraña que estime conveniente; pero, tal supuesto solo se realiza por la fuerza material de que dispone el soberano del territorio, sin que el derecho pierda su valor, no es otra cosa que la fuerza empleada contra el derecho.

Las ideas de este último autor no son mas que conjeturas, carecen de realidad. Si como el mismo Frankenstein reconoce, tal pretendido derecho de formación sociológica puede ser desconocido por el Estado y aplicar su propia ley, esto no significa otra cosa, sino que el derecho se impone en su aspecto territorial sobre cualquier pretensión de personalismo, de ahí que el derecho personal valga solamente en cuanto le permite valer el derecho territorial con lo que el pretendido valor del primero queda totalmente anulado.

### 2.— TEORIA DE PILLET.

El ilustre jurista francés Antoine Pillet expone una tesis que, al igual que las teorías personalistas, pretende superar la territorialidad del derecho y postular la existencia de leyes de valor extraterritorial. A tal efecto recurre este autor a lo que el considera los caracteres esenciales de la ley, y de esta manera llega a afirmar que las características fundamentales de la ley son la *permanencia* y la *generalidad*. Las leyes son generales, se aplican a todos los sujetos a que las mismas se refieren y por consiguiente son territoriales; pero también las leyes son permanentes y deben aplicarse siempre, lo que origina su extraterritorialidad. Una vez planteada la cuestión en esos términos, pasa Pillet a la afirmación de que los conflictos de leyes deben resolverse sacrificando en algunos casos, la permanencia de la ley, aplicándose por ende el derecho territorial; en otros supuestos, lo que se sacrifica es la generalidad y en consecuencia se le da a la ley valor extraterritorial. Manifiesta este autor que la incompatibilidad de coexistencia en las relaciones internacionales de las dos características esenciales de la ley, se resuelve investigando cual es el fin social de esta; es decir, si la ley requiere para realizar su objeto que se aplique a todos es indispensable su generalidad por lo que se aplicará el derecho territorial;

pero si para la realización de su objeto la ley requiere que deba aplicarse siempre, prevalecerá la permanencia sobre la generalidad, dándosele por tanto efectos extraterritoriales (10).

La teoría expuesta, a pesar de su innegable ingenio, es a nuestro parecer incorrecta, dado que el carácter fundamental que encuentra en la ley y en donde apoya el valor territorial de la misma, es decir la permanencia, es, como afirma Trigueros, de una enorme relatividad "...Y no es exacto que sea característica la aplicación diaria y a todos de las leyes para que estas puedan reputarse como tales. La ley es esencialmente mudable en el tiempo y en el espacio. Ni siquiera el derecho natural ha tenido pretensiones de inmutabilidad. Esto nos llevaría a aceptar la permanencia del derecho en 'cuanto vale', es decir en tanto que el derecho tiene valor jurídico. Pretender que la relativa permanencia de la ley sea causa para superar su ámbito de vigencia, para que por encima del imperium de los Estados traspase las fronteras, es crear un caos en el concepto de lo jurídico y en el concepto internacional del Estado limitado" (11).

### 3.—TEORIAS INTERNACIONALISTAS.

Las corrientes internacionalistas pretenden evitar los efectos dañosos que, en apariencia, presenta el territorialismo recurriendo al derecho de gentes, para de esta manera, encontrar una base jurídica que les permita sostener la obligación del Estado de aplicar derecho emanado de fuente distinta a las del propio Estado. Las razones que invocan los juristas agrupados en esta tendencia para fundar la obligación del Estado de aplicar un derecho que le es extraño son explicadas, en cuanto a sus matices, de diversas maneras por unos y otros; pero todos ellos ligan de alguna forma las normas del derecho internacional privado con el *ius gentium* y extraen de él la justificación y obligatoriedad del primero.

#### a).—EL PENSAMIENTO DE SAVIGNY.

Para el estudio de las concepciones internacionalistas del derecho internacional privado, así como para el estudio en general de nuestra materia, tiene singular importancia la obra del gran jurista Federico Carlos de Sa-

(10) Para el estudio detallado de las ideas de Pillet ver: *Traité Pratique de Droit International Privé*, París, Aelter Pere et Fils, 1923, t. T., Nos. 29 a 35.

(11) Trigueros: "*La Aplicación...*", p.p. 16 y 17.

vigny, la cual ha influido directa o indirectamente en las mas modernas ideas internacionalistas. Las ideas de este autor expuestas en el octavo volumen de su *System des Heustingen Roemischen Rechts*, publicado en 1849, originan toda una escuela (12), que se caracteriza en líneas generales, por la afirmación de que la aplicación del derecho extranjero constituye el contenido de una obligación jurídica, fundada en la existencia de una comunidad de derecho entre los Estados (13).

Parte Savigny del supuesto que denomina de la "comunidad del derecho", es decir, de la comunidad de los Estados entre si relacionados, formada por una larga evolución y bajo la influencia del derecho romano y la civilización cristiana. Sobre esta base manifiesta que es requerido por la comunidad del derecho entre los Estados, que una única ley sea la que regule a una misma relación jurídica y tal ley solo puede ser aquella a la que dicha relación está naturalmente sometida, resultando así que a toda relación jurídica debe aplicarse la ley correspondiente a la naturaleza propia y esencial de la relación misma, sin mirar si esta ley es nacional o extranjera. Ya encauzado el problema en esos términos propone un criterio invariable que servirá para la determinación de la ley a la que la relación está sometida: la ley del lugar en que la relación tiene su *sede* o asiento. Dice Savigny que toda relación jurídica tiene su sede en un determinado sistema de derecho; en consecuencia, se trata simplemente de determinar la verdadera naturaleza de la relación o conjunto de relaciones que se juzgan, para fijar en que sistema jurídico se encuentra su sede, de esta manera se determinará en forma indubitable la ley general aplicable a cada caso en particular.

Opinamos que una primera observación que se puede hacer a la base misma de la doctrina de Savigny, esto es, a la idea de la comunidad de derecho, es que esta no es mas que una aspiración, en tanto que la realidad nos demuestra precisamente lo contrario: no existe algo que pudiéramos considerar como una comunidad jurídica universal formal y técnicamente hablando, por consiguiente cuando se trata de fundar sobre esta estimación

---

(12) Gran parte de los autores del siglo XIX se declararon mas o menos partidarios de la doctrina de Savigny. Entre los mas renombrados, están en Alemania: Von Bar, F. Khan, y Neumeyer; y, fuera de Alemania, Lainé, Depagnet, Massé y Valery.

(13) El pensamiento de Savigny, en lo que se refiere al derecho internacional privado, está contenido en el tomo VI de la versión castellana: *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid, F. Góngora, 1879, p.p. 131 y sigs.

una teoría científica cae necesariamente por su base.

Por otro lado, respecto a la idea de la sede jurídica, parte el jurisperito alemán del postulado erróneo de suponer que siempre un fenómeno jurídico esté relacionado con un único sistema de derecho, lo que es inexacto, dado que con frecuencia se presenta el caso de que una relación jurídica o conjunto de relaciones se encuentre vinculado con múltiples legislaciones; en tal supuesto el pretendido criterio seguro e invariable de la "sede jurídica", no solo no resuelve el problema, sino que al contrario lo complica enormemente y da lugar a las mas grandes confusiones.

#### b).—LAS TEORIAS PROPIAMENTE INTERNACIONALISTAS.

En las tesis internacionalistas posteriores a Savigny encontramos, que si bien apoyan sus conclusiones en cierta medida en la obra de este, presentan ya al derecho internacional privado referido directamente al derecho internacional público. Como característica común de las mas recientes ideas internacionalistas está la aceptación unánime de las causas del problema: coexistencia de Estados soberanos y necesidad de garantizar la protección jurídica de los intereses de los particulares que salgan de un territorio. El planteamiento del problema así enunciado es totalmente correcto; ahora bien la solución que proponen al problema ya es otra cosa, pues las tesis internacionalistas pretenden resolverlo a partir de un deber jurídico impuesto por el derecho internacional público a cada Estado para dar valor en su propio territorio a las leyes emanadas de otros Estados, como una consecuencia de su soberanía legislativa limitada por la comunidad internacional.

Una vez planteada la solución en los términos mencionados, las divergencias doctrinales estriban en cuanto a los métodos para fijar los límites a la soberanía legislativa del Estado. De esta manera Von Bar recurre a la idea de la naturaleza de la materia regulada y al respeto debido a la soberanía de los demás Estados (14); Massé y Brocher acuden a la naturaleza de las cosas (15) y Ernesto Zitelmann a la limitación del poder de

---

(14) Sobre esta idea ver la obra de Von Bar: *Theorie und Praxis des Internationalem Privat Recht*, Leipsig, 1889.

(15) En torno a este punto ver la obra de Charles Brocher: *Nouveau Traité de Droit International Privé*, París, E. Torin, 1876.

mando y a la distinción entre soberanía territorial y personal (16).

La teoría internacionalista analizada es a nuestro criterio incorrecta. El derecho de gentes ha ayudado, sin lugar a dudas, a cimentar una atmósfera internacional amistosa y en lo que respecta al derecho internacional privado, es posible afirmar, ha coadyuvado al mutuo entendimiento y cooperación entre los Estados en lo tocante a la aplicación de leyes extrañas; pero, fuera de esto, nunca se ha presentado una prueba real de que las normas del derecho internacional privado deriven de aquel, ni se ha sabido hasta ahora, que la violación de una regla de derecho internacional privado, haya motivado reclamaciones por la vía diplomática o que haya traído aparejada sanciones del resorte del derecho internacional público.

c).—TENDENCIAS ACTUALES HACIA LA CODIFICACION INTERNACIONAL.

Señala el maestro Gallardo Vásquez que son obra pulida de nuestro siglo las tendencias iusinternacionalistas que consideran el derecho internacional privado con una rama del derecho externo fijada por la voluntad, por el acuerdo de los Estados; esto es, según esta corriente, el derecho internacional privado debe ser una reglamentación convencional de la forma de aplicar el derecho material de los Estados independientes, cuya reglamentación tomará cuerpo en la codificación internacional o en los tratados normativos (17).

Quienes postulan esta idea consideran que existe ya en los Estados el convencimiento de que debe existir un derecho internacional privado supranacional y que prueba de ello es la infinidad de tratados internacionales que existen para regular en forma conjunta situaciones extranacionales (18). Reconocen empero, que la realidad es que el derecho internacional privado

---

(16) Ernest Zitelmann: *Il Problema del Diritto Internazionale Privato*, en Riv. di Dir. Int., 1925, citado por Trigueros: "La Aplicación...", p. 29.

(17) Gallardo Vásquez, Guillermo: *Precisión y Universalización de los Fundamentos Teóricos y Filosóficos del Derecho Internacional Privado* (Conferencia pronunciada en 1960 ante el Colegio de Abogados), publicada en la obra *El Pensamiento jurídico de México en el D.I. Pr.*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1960, p. 196.

(18) Se señalan los Tratados de Montevideo de 1889-1890; Tratados adoptados por el Primer Congreso Jurídico Centroamericano de 1897; Tratados adoptados por el Congreso Boliviano reunido en Caracas en 1911; Código Bustamante de 1928; las Conferencias de la Haya de 1894 y 1902, etc.

## *CAPITULO II*

5.—LAS IDEAS DE LOS POSITIVISTAS ITALIANOS.

Pacchioni y Roberto Ago sin pretender desvirtuar la comunidad histórica de algunos conceptos del derecho internacional privado, propugnan por una solución realista, la que solo puede hallarse recurriendo al derecho positivo. La tesis de estos autores reconoce la realidad de la territorialidad absoluta de todas las leyes, señalando como objeto del derecho internacional privado la debida regularización interna de las relaciones de naturaleza internacional.

Considera Pacchioni que ninguna teoría por ingeniosa que haya sido ha podido negar el hecho evidente de la existencia de las normas del derecho internacional privado en el derecho interno. Piensa el maestro italiano que la demostración de este hecho no agota aun el problema: convendría demostrar, dice, que las normas internas, son las reglas jurídicas del verdadero y propio derecho internacional privado positivo existente en la actualidad (24).

Las pretendidas normas de derecho internacional privado supraestatal, no pueden ser reconocidas como tales, pues no son fuentes de derecho positivo. "Tales fuentes, a decir verdad, han existido en el pasado, pero no existen mas en el presente; aquello que era considerado como derecho supraestatal en los siglos pasados, hoy se ha vuelto derecho internacional privado interno de cada uno de los Estados. Si acaso las normas de derecho internacional privado fuera de carácter supraestatal, deberían condicionarse a ser directas y destinadas solo a los Estados y no a los súbditos ni a los jueces de los mismos" (25).

Manifiesta el autor referido, que las normas de derecho internacional privado no pueden ser consideradas delimitadoras de la competencia legislativa de cada uno de los Estados que componen la comunidad internacional. La delimitación de las respectivas competencias legislativas de los diversos Estados independientes, no puede ser operada por un superestado o por una superfuente de derecho; y, ciertamente la comunidad internacional no puede en algún sentido o medida, ser en la actualidad considerada como un superestado, como tampoco puede admitirse que exista una

---

(24) Pacchioni, Giovanni: *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Padova, CEDAM 1930, p. 12.

(25) Ob. cit., p. 113.



superfuente internacional de derecho, capaz de operar con autoridad una delimitación cualquiera de las competencias legislativas estatales (26). La afirmación anterior lo lleva a concluir, en la conveniencia de abandonar definitivamente la consideración de que el problema fundamental del derecho internacional privado consiste en establecer cual ley tiene valor territorial y cual valor extraterritorial (27).

Demostrando el carácter estrictamente interno del derecho internacional privado, pasa Pacchioni al aserto de que la ciencia jurídica postula la recepción de las normas uniformes, al menos en ciertas materias, en todos los Estados; lo que lo lleva a sustentar que la solución al problema de aplicación de leyes extrañas o conflicto normativo que caracteriza a nuestra ciencia, sería efectuando cada Estado, en su propio orden jurídico vigente, *la recepción del derecho extranjero; que se explica por una incorporación de normas o grupos de normas extranjeras incapaces de valer ex proprio vigore*, pero incorporadas por una referencia indirecta de la propia legislación al orden jurídico de la norma extranjera. Concluye el citado autor con el aserto, de que el problema del derecho internacional privado actual no consiste ya en coordinar la aplicación de leyes independientes, sino en dar adecuada regulación sustancial interna a las relaciones de naturaleza especial. Las normas indirectas nacionales crean espontáneamente reglas idénticas a las del derecho extranjero, respecto a la cuestión litigiosa (28).

Explica Roberto Ago que la incorporación de la norma extranjera produce el efecto de desligarla totalmente de su orden jurídico originario: "...En la referencia que las normas indirectas hacen a un derecho extranjero para que regule una especie dada de relaciones, no hay que ver una apropiación del contenido de las normas de aquel derecho, sino una verdadera y propia inserción de estas normas en el orden de aquellas con el sentido y el valor que poseen en el sistema jurídico que las crea" (29). Con lo que se realiza una incorporación formal. "Cuando el contenido de una norma de otro ordenamiento es asumida al contenido de una norma propia, este pierde evidentemente toda relación con el sistema jurídico del cual

(26) *Ibidem.*, p. 114.

(27) *Ibidem.*, p. 115

(28) *Loc. cit.*

(29) Ago, Roberto: *Teoría del Diritto Internazionale Privato*, Padova, CEDAM, 1934, p.p. 111 y 112.

forma parte la norma recabada" (30).

Ago al igual que Pacchioni, dirige acres críticas en contra de la idea de autolimitación: la idea referida es inexacta, pues si fuera válida "...Las normas de aplicación no tendrían por efecto nacionalizar el derecho extranjero, de insertarlo o añadirlo en el ordenamiento propio, sino únicamente declarará su validez en el Estado como tal y por que tal, o sea, como ordenamiento extranjero" (31); es decir, se encuentra atribuido al derecho extranjero una eficacia que va mas allá de aquella que se deriva del propio Estado, ya que tal atribución consiste en una orden a la autoridad de aplicar la norma jurídica extranjera, pero siempre como tal, como parte del ordenamiento extranjero, y no como parte del orden jurídico nacional.

Realizada la crítica anterior, Ago demuestra la posibilidad técnica de la incorporación del derecho extranjero, mediante la aserción de que un Estado puede por medio de la norma indirecta de conflicto, insertar en el orden jurídico al que pertenece, las normas substanciales que regulan las relaciones que presentan un carácter extraño a la vida real interna, realizando esta función característica, al fijar una vinculación entre la relación que se regula y un orden jurídico extraño, y asumir la fuente del orden designado como fuente de su propio orden, para dar juricidad a las normas emanadas de aquella fuente (32).

\* \* \*

Los estudios de la escuela de Yale y, sobre todo, los trabajos de Pacchioni y Ago aclaran varios puntos básicos para el debido enfoque de nuestra disciplina: la posibilidad netamente interna, de derecho positivo interior, de normar las relaciones jurídicas surgidas al amparo de un derecho extraño; la exigencia técnica de referirse por medio indirecto a la legislación extranjera, norma adjetiva de aplicación de leyes extrañas; y la incorporación o recepción de la norma extranjera, norma sustantiva, en el derecho propio para dar una solución jurídicamente válida al fondo del problema. Las ideas mencionadas, si bien constituyen una base excelente para la solución del problema que nos ha venido ocupando, tienen algunas deficiencias (las cuales serán señaladas en el punto siguiente); aunque

(30) *Ob. cit.*, p. 110.

(31) *Ibidem.*, p. 111.

(32) *Ibidem.*, p. 112.

de aquí, a la solución integral del problema no hay mas que un paso, el cual es dado por la teoría de la incorporación dual del maestro Eduardo Trigueros.

## 6.—LA DOCTRINA DE TRIGUEROS.

Habiendo aludido hasta este punto a las principales tendencias modernas en materia de conflictos de leyes, nos resta por analizar la tesis del gran jurista mexicano Eduardo Trigueros, la cual reviste singular importancia para nosotros, ya que, como se mostrará sus disertaciones rigurosamente apegadas a la técnica jurídica resuelven el problema fundamental del derecho internacional privado. La luz emanada de sus estudios nos permitirá realizar en capítulos posteriores el estudio del orden público objeto específico de nuestra disertación.

### a).—LA NATURALEZA DEL DERECHO Y SU NECESARIA TERRITORIALIDAD.

Afirma Trigueros que cualquier construcción teórica que pretenda basarse en el concepto del derecho, debe tener continuamente presente los dos caracteres esenciales del mismo: normativismo y coercibilidad (33), no solo en si mismos, sino también en cuanto a las consecuencias que como necesarias se derivan de tales atributos (34).

Sostiene el susodicho autor que no es concebible que una norma jurídica no dimanase del Estado, como tampoco puede pensarse que este se encuentre desprovisto de la facultad de regular coactivamente la conducta de los hombres. Lo anterior no implica aceptar integralmente la paridad preconizada por Kelsen entre Estado y Derecho, sino marcar, por un lado, la verdad de la afirmación de Jellinek en el sentido de ser el derecho un concepto que tiene como supuesto una comunidad organizada, es decir, un Estado. Igualmente es necesario resaltar que es poder específico del Estado

---

(33) En efecto, solo se define la esencia del derecho cuando se establece la coacción o coercitividad; en consecuencia, el derecho es definible como aquel contenido normativo que tiene como dato esencial la coacción o coercitividad, luego, puede concluirse, el derecho es un contenido normativo coercible; esto es, una regulación de la actividad humana y la fuerza coactiva que sanciona la actividad que contrarie esa regulación (Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho, Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1950, p.p. 72 y sigs).

(34) Trigueros: *"La Aplicación..."*, p. 10.

la regulación de la conducta humana en cuanto desposeído de tal facultad se vería imposibilitado para realizar los fines de la comunidad que contiene (35).

La actividad específica del Estado, constituida por el derecho, requiere autonomía, es decir, la facultad que las organizaciones políticas tienen de darse a sí mismas sus leyes y de actuar de acuerdo con ellas (36). Asevera Trigueros que la facultad por parte del Estado, de determinar libremente su derecho, es consecuencia de la soberanía del mismo, lo cual no se entiende por poder ilimitado, sino como lo considera Jellinek, como una limitación autónoma del poder político que no conoce jurídicamente ninguna liga que emane de poderes extranjeros, sino que se impone por el establecimiento de un orden de derecho, que por sí solo le permite apreciar la actividad del Estado desde el punto de vista jurídico (37).

Este poder del Estado que tiene como razón de ser la autodeterminación para elegir los medios adecuados para la realización de sus fines, tiene un campo de acción limitado, este límite es el territorio (38); que suele definirse "como la porción de espacio en que el Estado ejercita su poder" (39), siendo dicho poder de naturaleza jurídica solo puede ejercitarse de acuerdo con normas, creadas o reconocidas por el propio Estado. El ámbito espacial de validez de tales normas es precisamente el territorio (40).

La significación del territorio se manifiesta, según Jellinek, en dos formas distintas, una negativa, positiva la otra. La significación negativa consiste en que ningún poder extraño puede ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado: la positiva, en que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal (41).

De las ideas anteriores, es decir, de la limitación necesaria del poder

---

(35) *Loc. cit.*

(36) García Maynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1961, p. 104.

(37) Jellinek, J.: *Teoría General del Estado*, México, Continental, 1958, p. 276.

(38) Trigueros: "La Aplicación..." p. 11.

(39) García Maynez: *Ob. cit.*, p. 98.

(40) Trigueros: "La Aplicación..." p. 12.

(41) Jellinek: *Ob. cit.*, p. 321.

del Estado al ámbito territorial y del doble significado del territorio, deriva Trigueros las siguientes consecuencias: el "imperium" del Estado sobre su territorio, esto es, su poder de mando solo puede referirse a la actividad del hombre y se ejercita por medio del orden jurídico (42) (43). No puede admitirse en ningún caso ni por motivo alguno que un Estado pueda ampliar su poder normativo fuera de su territorio, sin la expresa autorización del Estado en cuyo dominio geográfico pretenda esa norma hacer valer su poder de ordenar coactivamente la conducta humana (44).

Por otro lado, si la normatividad es característica esencial del derecho y la normatividad no existe mas allá de los límites del territorio del Estado que crea la norma, hay que concluir, resalta el profesor mexicano, que "fuera de esos límites geográficos, el derecho de un Estado deja de ser derecho y de valer como tal", lo que lo lleva a afirmar la absoluta territorialidad del derecho (45).

"Si el carácter normativo del derecho lleva a concluir su validez exclusiva y excluyente en el territorio del Estado que lo dicta, la coercibilidad conduce a conclusión idéntica" (46).

La coercibilidad tiene como idea implícita la fuerza capaz de realizar la coacción. No se puede concebir un orden jurídico que no estuviera apoyado por una fuerza capaz de asegurar el cumplimiento de sus normas, llevando al plano de la realidad la coacción que sanciona la conducta contraria al deber jurídico (47).

El territorio es el espacio dentro del cual el Estado puede ejercer la coacción, excluyendo la posibilidad de actividades coactivas de otros Estados, y limitando la posibilidad coactiva de sus propios órganos, sea en

(42) Trigueros: "La Aplicación...", p. 12.

(43) Aun cuando el territorio representa el espacio en que tienen vigencia las normas que el Estado crea o reconoce, hay que advertir que el poder de este no se ejerce directamente sobre dicho espacio, sino a través de las personas que integran la población estatal. El dominio implica la idea de un poder jurídico sobre una cosa, el imperio, en sentido estricto, es en cambio, potestad de mando, que como tal, se ejerce siempre sobre personas. Por ello se afirma que la dominación territorial no puede concebirse independientemente de la autoridad sobre los súbditos; desde este punto de vista el territorio será la base real del imperium (García Maynez: *Ob. cit.*, p. 99).

(44) Trigueros "La Aplicación..." p. 12

(45) *Ob. cit.*, p.p. 12 y 13.

(46) *Ibidem.*, p. 13.

(47) *Loc. cit.*

virtud normas de derecho internacional público, o como resultado de situaciones de hecho, ajenas y aun contrarias al derecho de gentes. Dentro de ese espacio geográfico puede el Estado hacer valer coactivamente sus normas, pero solo dentro de sus límites. Así el derecho surgido de un Estado pierde su posibilidad coactiva fuera del territorio, esto es, pierde su coercibilidad, que es carácter esencial, con lo que al dejar de ser coercible deja de ser derecho (48).

Los anteriores asertos los reduce Trigueros a los siguientes principios:

1o.—“En el territorio de un Estado solo es derecho el que de ese Estado dimana”.

2o.—“El derecho de un Estado, no puede pretender, por su propio valor, tener vigencia normativa en el territorio de otro Estado”.

3o.—“No puede admitirse, en derecho, que un Estado pretenda normar jurídicamente actividades humanas realizadas fuera de su territorio” (49).

#### b).—LA INCORPORACION.

Ahora bien, ¿cómo compaginar la territorialidad absoluta con la realización de los propósitos de justicia y seguridad inherente a todo orden social, que piden la protección del hombre mas allá del ámbito espacial de validez de un orden jurídico dado?. Dice Trigueros que la solución a este problema se puede hallar en la técnica jurídica, mediante la incorporación de la norma sustancial extranjera al propio orden jurídico.

Sostiene el maestro citado que técnicamente es posible a un orden de derecho incorporar normas jurídicas que integran un sistema extraño: la norma de incorporación que ordena la aplicación de una ley extraña solo se diferencia de la generalidad de las otras normas de este tipo genérico en que la designación de la fuente no es directa sino que está referida, en general, a los mismos elementos de la relación a la que debe aplicarse (50).

El método propuesto por la teoría de la incorporación, aserta Trigueros,

---

(48) *Idem.*

(49) *Ibidem.*, p. 18.

(50) *Ibidem.*, p. 35.

es dogmáticamente correcto y técnicamente posible para hacer que la norma jurídica integrante de un sistema de derecho pueda venir a ser norma en otro sistema. Con esto se pretende remediar el efecto de la territorialidad del derecho asegurando una solución igual o muy semejante en un Estado para las relaciones de derecho que estén vinculadas con un sistema jurídico de otro Estado. La creación de normas idénticas en dos sistemas permite efectivamente la solución al aparentemente insoluble problema surgido de la territorialidad, al dar a la relación jurídica un efecto de derecho igual o parecido al que tuviera en caso de ser juzgada por los órganos del sistema jurídico al cual se encuentra vinculada. "Sin embargo, la solución, tal como hasta ahora ha sido presentada, es incompleta" (51).

En efecto, la deficiencia de la tesis de la incorporación, estriba en que la territorialidad del derecho tiene como consecuencia que las actividades humanas que estén sometidas al derecho, sean solo aquellas que tengan lugar en el espacio geográfico del territorio del Estado. Ahora bien, de acuerdo con la tesis de la incorporación, el sistema incorporante agrega a su orden normativo otras normas tomadas de sistemas extraños; estas normas, que al incorporarse pierden toda relación con el sistema jurídico de donde fueron tomadas, no pueden ser normas frente a actividades realizadas fuera del ámbito espacial de validez del orden jurídico del Estado que las ha incorporado. Es decir, la teoría de la incorporación explica satisfactoriamente la adopción de soluciones semejantes o iguales a las del derecho extraño con la incorporación de la norma extranjera para regir actividades que van a realizarse en el propio territorio del Estado incorporante; pero cuando se trata de apreciar actividades realizadas fuera de ese marco, esos actos quedan frente al orden incorporante como meros hechos pues el derecho por su necesaria territorialidad no puede regirlos.

"El aspecto unitario del orden jurídico, su formación escalonada o piramidal no lleva por si solo a notar la imperfección de la tesis de la incorporación. La relación indispensable que existe entre la norma jurídica individual o concreta que surge con la realización efectiva del hecho condicionante que sirve de hipótesis a la norma general, hace indispensable para que la norma individual exista, que el hecho se realice dentro del ámbito de vigencia de la norma general" (52).

---

(51) *Ibidem.*, p. 36

(52) *Ibidem.*, p. 39.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

"...La norma individual o concreta que se ha formado al realizarse la hipótesis prevista por la norma general, por un acto efectuado en el ámbito territorial de su vigencia, no puede condicionar, como norma jurídica concreta la aplicación de otras normas o la actividad de órganos del Estado, sino en tanto que esas normas y órganos formen también parte del orden jurídico del que la norma concreta es parte. Esto porque la norma jurídica concreta solo tiene valor como tal en cuanto vale la norma jurídica general de la que es derivación. La norma jurídica concreta o individual solo existe, o mas propiamente solo vale, en un ámbito espacial en que existe o vale el orden jurídico del que forma parte" (53).

De las razones expuestas resulta la parcial insuficiencia de la incorporación tal como hasta ahora se ha planteado. Aunque, el propio Trigueros señala, el problema que deja en pie es un problema cuya solución está ya preparada, tanto por la solución técnica de la misma tesis, como por la distinción entre norma general o abstracta y norma concreta o individual (54).

### c).—LA INCORPORACION DUAL.

Aserta, el ya tan mencionado autor, que no hay que pensar solamente en la incorporación de la norma abstracta o genérica, sino también en la de la norma individual o concreta. Hasta ahora solo se ha hablado de la norma general, pero hay que tener en cuenta que de estas leyes surge, al realizarse su hipótesis, una norma jurídica integrante también del sistema extraño que es la norma individual (55).

"En teoría del derecho la posición de unas y otras es distinta, solo en el orden escalonado de la construcción jurídica, pero técnicamente son de una esencia jurídica igual y, por lo mismo, si es posible en técnica jurídica aceptar la incorporación de las normas jurídicas abstractas, también es posible aceptar la incorporación de la norma jurídica individual". "No podemos olvidar que en el orden jurídico, la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior de la cual es contenido. El negocio jurídico, como el acto del legislador, realiza una función individualizadora que puede o crear normas de contenido individual o bien

(53) *Ibidem.*, p. 41

(54) *Ibidem.*, p. 42.

(55) *Loc. cit.*



concretar solo la norma abstracta" (56).

La incorporación no implica aceptar la totalidad del sistema de derecho del que la norma concreta forma parte originalmente, como tampoco la incorporación de la norma abstracta implica aceptar la recepción de las normas que condicionan su validez. "La dogmática del derecho internacional privado, ha llegado a demostrar que la incorporación de una norma cualquiera, no trae como consecuencia la incorporación de la norma antecedente, ya que esto vendría a suponer que por operación de la norma de incorporación, todo el derecho extraño, el derecho constitucional inclusive, viniera a incorporarse al derecho de otro Estado cosa que es de todo punto de vista ilógica" (57).

La solución propuesta por Trigueros se apoya en la incorporación de normas abstractas para aquellos casos en que el Estado considere conveniente, justo o necesario, insertar en su legislación una ley extraña que regule, en forma tal vez distinta de su propia ley, la actividad humana realizada en su territorio(58).

En cambio, se incluye la incorporación de la norma concreta o individual formada por una actividad no sujeta al normativismo jurídico de un Estado, en razón de su territorialidad, pero que por razones también de conveniencia, justicia o de utilidad, debe ser considerada en ese orden normativo como antecedente o presupuesto de otra norma, o como condición de actividad del Estado (59).

Por tanto, el problema fundamental del derecho internacional privado, que presenta la territorialidad del derecho frente al comercio y la vida internacional del hombre, queda resuelto en la siguiente forma:

1o. Es competencia exclusivamente estatal proveer en la esfera de su legislación interna a la resolución de los problemas de este tipo.

2o. Dicha solución se realiza por medio de normas de aplicación de leyes extrañas.

---

(56) *Idem.*

(57) *Idem.*

(58) *Ibidem.*, p. 44.

(59) *Loc. cit.*

30. Las normas de aplicación de leyes extrañas, tienen como efecto primordial, la posibilidad técnica de incorporar al derecho propio normas integrantes de sistema jurídico extraño.

40. Esta incorporación se realiza paralelamente en dos formas diversas: por la incorporación de las normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable, cuando la actividad que va a apreciarse se realiza dentro del ámbito de vigencia del sistema jurídico que contiene la norma incorporante; o bien, incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña, cuando se trata de apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante, tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito espacial de validez.

Con las ideas anteriores queda resuelto el problema, pues el derecho, en esta concepción, no deja de serlo técnicamente, no se sacrifican sus caracteres esenciales para arribar a conclusiones forzadas, al contrario se soluciona en estricta técnica jurídica, el aparente problema insoluble de explicar la aplicación de las leyes extrañas, en un orden jurídico estatal que por sus calidades sustanciales es absolutamente territorial.

BIBLIOTECA GENERAL  
U. N. A. M.

*CAPITULO III*

## EVOLUCION Y TENDENCIAS DOCTRINALES EN MATERIA DE ORDEN PUBLICO

Hemos señalado en un capítulo anterior como opera la norma de incorporación para solucionar el problema de la aplicación de leyes extrañas. Ahora bien, puede suceder que en determinados casos, una vez que se haya fijado la norma material extranjera aplicable, por la regla de conflicto, surja un obstáculo que se oponga a que sea aplicada aquella norma; tal impedimento es precisamente el orden público objeto primordial de nuestro estudio.

### 7.—LOS PRINCIPIOS DE DONDE PARTEN LAS TEORIAS DEL ORDEN PUBLICO.

La generalidad de las construcciones teóricas que se realizan en torno a este problema, es decir alrededor del orden público como institución jurídica y como concepto y la ciencia a que da lugar el lógico desarrollo de su conocimiento, parte de principios que todos los autores reconocen, aun cuando no los investiguen expresamente.

Estos principios son, primero: el orden público tiene una función única y específica con la cual se identifica conceptualmente; y, segundo: la función del orden público es excluir la aplicación del derecho extranjero frente al derecho foral. Este principio es el comienzo obligado de toda teoría del orden público (60).

Afirma Alberto Arce que sea cualquiera la doctrina que se adopte por

---

(60) Alfonsín: *Ob. cit.*, p. 113.

el Estado y a la que se ajuste su sistema de derecho internacional privado, en todos se admite que la ley extranjera, aun cuando fuere aplicable según la ley nacional, deja de serlo si se opone al orden público (61).

Savigny menciona que hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite que sean aplicadas por el juez en el caso de conflicto entre diferentes leyes. "En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque nuestro principio exigiere la aplicación del derecho extranjero" (62).

Bartin considera que cada orden jurídico contiene "una serie de excepciones puestas por cada legislador a las reglas ordinarias de conflicto que estas admiten" (63).

Goldschmidt habla de que la voluntad de la norma de importación de aplicar derecho extranjero, queda paralizada por la actuación del orden público (64).

Dicey: "Las cortes no darán validez o reconocimiento a derechos... si esta validez o reconocimiento (de derecho extranjero) pudieran ser contrarias al orden público fundamental de las leyes inglesas" (65).

El Código Civil italiano de 1865, declara, art. 12, "en ningún caso las leyes, actos y sentencias de un país extranjero, así como las disposiciones y convenciones particulares, podrán tener efecto contra las disposiciones prohibitivas del reino, relativas a las personas, a los bienes o a los actos, ni contra las leyes que de cualquier modo se refieren al orden público y a las buenas costumbres. El Código Civil alemán, Ley de Introducción, art. 30, declara que no se aplicará "la ley extranjera contraria a las buenas costumbres o al fin de una ley alemana". El Código Civil del Brasil dice que no se podrán aplicar "las leyes, actos o sentencias de otro país, así como las convenciones y disposiciones particulares, ofensivas a la soberanía nacional,

(61) Arce, Alberto: *Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano*, Guadalajara, Font., 1943, p. 194.

(62) Savigny: *Ob. cit.*, t. VI, p. 142.

(63) Martin, Etienne: *Études de Droit International Privé*, París, A. Chevalier Maresq, 1899, p. 190.

(64) Goldschmidt, Werner: *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1952, t. I., p. 438.

(65) Dicey y Morris: *The Conflict of Laws*, p. 72.

al orden público y a las buenas costumbres". La misma situación encontramos en la mayoría de los códigos.

El Tratado de Lima de 1878, art. 54, declara que "las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en otro país, solo se observarán en cuanto sean compatibles con la constitución política, con las leyes de orden público o las buenas costumbres, del país que vaya a aplicarlas. El Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo, Protocolo adicional, art. 4o., expresa: "Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".

En fin, que tanto en el pensamiento doctrinal como en los cuerpos legales y en los tratados encontramos siempre el mismo principio: sea cualquiera la razón que se invoque para fundar la obligatoriedad del Estado de aplicar (al menos en apariencia) derecho extranjero, hay acuerdo unánime en reconocer que en determinados casos no es posible realizar dicha aplicación y tal es precisamente la problemática que generalmente se denomina con el nombre de orden público.

#### 8.—EL PROBLEMA DE LA DEFINICION.

Muestra José Matos que la noción de orden público parece a primera vista muy sencilla, todos la emplean y comprenden y aun se creó poder reducirla a una fórmula general; pero cuando se intenta definirla no resulta tan fácil, por el contrario, surgen dificultades graves, que se aumentan al querer hacer aplicaciones prácticas (66). Todas las definiciones, dice Diena, dejan algo que desear, pues la naturaleza relativa, variable, movible del orden público huye de la posibilidad de concretarlo en los límites de una fórmula matemática exacta (67).

En efecto, como señala Depagnet, es de lamentar que esta sea una de las nociones mas vagas y mal definidas del derecho internacional privado; (68), imprecisión originada en el hecho de que no existe acuerdo unánime

(66) Matos, José: *Derecho Internacional Privado*, Guatemala, Sánchez y de Guise, 1922, p. 129.

(67) Diena: *Trattato de Diritto Civile Internazionale*, p. 58, Citado por Matos: *Ob cit.*, p. 131.

(68) Depagnet: *Etudes sur l'Ordre Public en Droit International*, Clunet, 1889, p.p. 207.

en la apreciación de sus elementos (69). Afirma Jitta que si bien existe unanimidad acerca del principio teórico que sirve de base a la excepción general del orden público, ese acuerdo cesa desde el momento en que se quiere apreciar el alcance de la excepción y determinar sus consecuencias (70) (71).

Por nuestra parte consideramos conveniente, no aceptar, ni siquiera con carácter provisional, una definición cualquiera, pues aceptarla implicaría privarla de sentido para conservar nuestra libertad de análisis; o por el contrario, obligados a conservar su sentido, no estaríamos en condiciones de discutir su alcance. Para poder entender el significado exacto del orden público, el primer paso tendrá que ser abandonar cualquier tesis general sobre esta materia y enterarse de como se introdujo esta noción en el derecho internacional privado, explorando la manera en que se ha venido perfilando el problema hasta nuestros días.

## 9 —ANTECEDENTES DE ESTA NOCIÓN.

La idea de que la ley normalmente competente debe quedar inaplicada cuando el resultado de su aplicación resulte incompatible con las concepciones morales fuertemente arraigadas en el país del juez, aparece ya de manera rudimentaria en los orígenes del derecho internacional privado; a ella responde la noción estatutaria de que los estatutos favorables pueden tener aplicación extraterritorial, a diferencia de los estatutos odiosos, distinción que ofrece un claro parentesco con lo que después iba a denominarse orden público (72). Posteriormente en las ideas de Story (73) se

(69) La misma expresión "orden público" no es aceptada de manera general por la doctrina, así, por ejemplo, Woetche se sirve de la expresión *leges cogentes*, Savigny habló de *leyes rigurosamente obligatorias*; Von Bar de *leyes prohibitivas*, Laurent de *derecho de la sociedad*, etc., (Pillet: *De l'Ordre Public en Droit International Privé*, París, 1890, p. 16).

(70) Jitta, J.: *Método de Derecho Internacional Privado*, Madrid, La España Moderna, s/fecha, p. 176.

(71) Ante la dificultad de definir el orden público, el Instituto de Derechos Internacionales en su sesión de París en el año de 1910, formuló el siguiente voto: "para evitar la incertidumbre que se presta a la arbitrariedad del juez y compromete por ello mismo, el interés de los particulares, cada legislación debe determinar, con toda la precisión posible, aquellas de sus disposiciones que no serán nunca dejadas de lado por una ley extranjera, aun cuando esta pareciera competente para regir la relación de derecho en cuestión (tabla general de l'organisation des travaux et du personal de L'Institut de Droit International, período de 1904, a 1914, cit. por Víctor Romero del Prado: *Derecho Internacional Privado*, t. I. Córdoba, Argentina, Assandri, 1961, t. I., p. 576).

(72) Miaja de la Muela, Adolfo: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1966, t. I., p. 360.

(73) Story, Joseph: *Conflicts of Laws*, Boston, p.p. 147, 327 y 475.

encuentra posiblemente por primera vez el orden público como una excepción.

Story habla de la excepción que produce a la "Comity" el conjunto de leyes, denominados por tratadistas posteriores como de orden público, refiriéndose a estas unas veces con la expresión "public policy", en otras ocasiones "public welfare", o bien, "public moral". La construcción de esta tesis se basa, como todo el derecho angloamericano, en la obra de los tribunales, de manera que no pueden buscarse ahí datos para una construcción doctrinal, sino simplemente casos sobre los que se pueden medir otros. Además, como en el sistema clásico de la "Comity" no se puede hablar propiamente de una obligación jurídica, no se puede hallar perfilada en Story una noción que ha sido caracterizada como la negación, en determinados casos, de la obligación jurídica de aplicar derecho extranjero.

Donde se encuentra por primera vez una formulación dogmática general, una tesis con valor universal, es en el pensamiento continental europeo. Es ahí donde se presenta el orden público como una excepción a la obligación jurídica por parte del Estado incorporante de aplicar derecho extranjero.

#### 10.—ORIGEN DE LA IDEA DE ORDEN PÚBLICO.

En Savigny aparece ya plenamente perfilada la noción de lo que tratadistas posteriores iban a denominar orden público. Al exponer la idea de que las leyes extranjeras se admiten en virtud de una obligación jurídica, derivada de la comunidad entre las legislaciones de los pueblos civilizados; pero admitiendo dos excepciones a esa obligación de derecho, sentó las bases de donde arrancaron la mayoría de las concepciones sobre el orden público.

Para Savigny del defecto de comunidad jurídica entre los Estados, resultan una serie de excepciones, a la aplicación de la ley normalmente competente, que se pueden reducir a dos clases principales: las leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatorias y las instituciones extranjeras cuya existencia no está reconocida en el Estado en el que se pretenden aplicar (74).

---

(74) Savigny: *Ob. cit.*, t. VI, p. 142.



Para precisar al primer grupo de excepciones considera que sería grave error basarse en la distinción entre leyes supletorias y absolutas; pues sin negar que la distinción tiene cierta influencia sobre el problema, pues una regla puramente supletoria no figurará nunca entre los casos excepcionales, no se debe atribuir a todas las leyes absolutas un carácter de tal manera positivo y obligatorio, que les permita figurar en los casos excepcionales. "Así, por ejemplo, toda ley sobre el principio de la prescripción, es una ley absoluta... sin embargo se reconoce unánimemente que las leyes de esta clase pueden aplicarse sin inconveniente alguno fuera de los límites del Estado donde han sido promulgadas" (75).

Para determinar con certeza si una ley pertenece a los casos excepcionales es preciso investigar ante todo la intención del legislador. "Si la ha expresado formalmente, esta expresión basta" (76). Pero reconoce que esto suceda rara vez, por lo que hay que investigar la naturaleza de las leyes absolutas, lo cual da la distinción siguiente: leyes absolutas cuyo único motivo y fin es el garantizar por medio de reglas ciertas el ejercicio de los derechos y que, por consiguiente, han sido hechas exclusivamente en interés a los titulares del derecho. Existen por otro lado, una clase de leyes absolutas que tienen su motivo y su objeto fuera del dominio del derecho abstractamente concebido, de manera que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta última categoría pueden tener por base un motivo moral, político, de policía o de economía política; las leyes de esta clase tiene el carácter excepcional mencionado, "de manera que en lo que respecta a su aplicación cada Estado debe considerarse absolutamente libre" (77).

El primer grupo de excepciones, en opinión de Miaja, cae plenamente dentro del concepto del orden público. El segundo grupo no fue mas que esbozado por Savigny, y aunque se vio reconocido por algún cuerpo legal, como la ley griega de 1856, no alcanzó un pleno desarrollo en las doctrinas posteriores, en razón a que la construcción savignyana fue pronto oscurecida por otra mucho mas simplista, la de Mancini, acerca de los supuestos de la imposibilidad de aplicación de la ley extranjera (78).

(75) *Ibidem.*, p. 143.

(76) *Ibidem.*, p. 144.

(77) *Loc. cit.*

(78) Miaja: *Ob. cit.*, t. I., p.p. 360 y 361.

11.—LA TESIS DE MANCINI.

Considera Pascuale Mancini, que cada Estado tiene un deber riguroso de justicia internacional de proteger a los extranjeros, obligación de la cual no puede sustrarse sin violar el derecho de gentes; pero, frente a este, reconoce determinadas prerrogativas del Estado, diciendo: que el orden jurídico consiste en el acuerdo de la libertad privada e individual con la existencia del poder social, es decir, de las relaciones entre la ley del Estado y las prerrogativas del individuo, entre el orden político y el orden civil de las relaciones domésticas y privadas. La acción del poder social se detiene en el punto en que se encuentra con la libertad inofensiva y, por tanto legítima de los particulares y, al contrario, la libertad de los particulares se detiene cuando lesione las prerrogativas del Estado. "De donde resulta que si por un lado los individuos fuera de su patria pueden reclamar de toda soberanía extranjera, en su calidad de hombres y en nombre del principio de la nacionalidad, el reconocimiento y el respeto de su derecho privado nacional; el poder soberano puede, por otro lado, en nombre del principio de la independencia política de cada Estado, prohibir dentro de los límites de su territorio, toda infracción a su derecho público y al orden público del país, tal como ha sido constituido por la voluntad nacional" (80).

El orden privado, sigue diciendo Mancini, depende de dos principios distintos: la nacionalidad (en la parte necesaria del orden privado) y la autonomía de la voluntad (en la parte voluntaria). En cambio el orden público depende exclusivamente de la voluntad del Estado, y comprende todas las leyes necesarias para "proteger al Estado de sus enemigos interiores... los principios superiores de la moral humana y social tal como son entendidos y profesados en el país, las buenas costumbres, los derechos, primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las cuales ni las instituciones positivas, ni ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana, podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para esos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera, o los actos o contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar esos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana, puede, a justo título, rehusarles todo efecto en su territorio... Se pueden rechazar, no solo las instituciones incompatibles con el

(80) Mancini: *Ob. cit.*, p.p. 292 y 296.

orden moral, sino también las que son incompatibles con el orden económico establecido en una sociedad, estando comprendido el orden económico en la mas amplia acepción del orden público" (81). En consecuencia, las leyes extranjeras "no podrán tener efecto contra las leyes prohibitivas del reino concernientes a las personas, los bienes o los actos, ni contra las leyes que de cualquier manera se refieran al orden público y a las buenas costumbres" (82).

Mancini, a pesar de que las bases de su teoría son inexactas (83), tiene los aciertos de formar un concepto unitario de los casos de inaplicabilidad del derecho extraño que, en cierto sentido, pudieramos considerar competente; y, también, el emplear una designación unitaria que ha sido aceptada casi en todos los países de Europa y América: la de leyes de orden público.

De las ideas de Mancini se deriva toda una escuela. Todos los que lo siguen coinciden en admitir la obligatoriedad del derecho internacional privado, basándose en que las leyes que constituyen el estatuto personal—determinado por la nacionalidad— son extraterritoriales jurídicamente. Frente a dicha extraterritorialidad, el Estado protege su individualidad mediante la territorialidad de otras leyes llamadas de orden público, territorialidad que constituye un principio opuesto al precedente y fundamentalmente estatal (84).

## 12.—POLEMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA TERRITORIALIDAD DE LAS LEYES DE ORDEN PUBLICO.

A partir de las ideas de Mancini la doctrina se enfrasca en una discusión sobre el carácter territorial de las leyes de orden público, polémica que se perfila en dos tendencias: para un grupo las leyes de orden público son las leyes territoriales por oposición a las leyes extraterritoriales; para otro grupo, es necesario distinguir, precisar, el significado de la territorialidad de las leyes, pues en su orden de ideas, hay leyes territoriales de competencia normal que no son de orden público; solo se puede hablar de leyes de orden público en el supuesto de una competencia excepcional

(81) *Ibidem.*, p. 297

(82) *Ibidem.*, p. 300.

(83) Sobre esto *ver supra* No. 2.

(84) Alfonsín: *Ob. cit.*, p. 131.

de la ley territorial.

En los juristas de la escuela de Mancini, principalmente en Weiss, Laurent y Fiore, se observa una extensión desmedida del orden público (85). Las leyes de orden público se identifican en esta doctrina con las leyes referentes al régimen de la propiedad mueble o inmueble, es decir, las cosas; y además con las leyes penales, las de policía, las de crédito público y en general todas las leyes de derecho público (86). Todas las leyes mencionadas constituyen, según estos autores, leyes territoriales con las cuales el Estado protege su individualidad frente a los efectos extraterritoriales de otras leyes emanadas de sistemas jurídicos distintos.

En construcciones teóricas diferentes a las de la escuela anterior, se observa la misma tendencia a tratar de hallar el preciso perfil del orden público recurriendo a la noción de la territorialidad.

Así, para Pillet las leyes de orden público son aquellas que deben de ser generales para que no dejen de cumplir su fin social (87). Esto es, el autor mencionado justifica la ley de orden público con la generalidad que, como mostramos en otro punto (88), es la característica de la ley que, en la expresión de Pillet, denota que esta debe ser territorial para realizar su fin social. De aquí que el jurista francés adopte una posición igual a la de los defensores de la personalidad del derecho: las leyes de orden público son las leyes territoriales por oposición a las leyes extraterritoriales.

La misma posición sustancial es la de el jurista cubano Bustamante: "No falta quien proceda por vía de enumeración mas que por vía de principios, cuando se trata de fijar las leyes obligatorias indistintamente para los extranjeros y los nacionales. Dentro de esta manera de resolver la dificultad, el orden público aparece como una de tantas series de leyes terri-

---

(85) Wolf considera que Mancini y sus seguidores difieren de Savigny en considerar las reglas que excluyen al derecho extranjero, no como anómalas sino como deducidas de los principios de derecho internacional privado; esta idea lleva implícita el peligro de que los tribunales desborden la extensión del orden público, aplicándolo en cualquier caso que se encuentre una ley extranjera que difiera de las reglas obligatorias del foro (Wolf, Martín: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 163.

(86) Niboyet, J.P.: *Principios del Derecho Internacional Privado*, Editora Nacional, México, 1965, p. 132.

(87) Pillet: *Traité Pratique de Droit International Privé*, Paris, 1923, t. I., No. 29.

(88) *Ver supra* No. 2.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

toriales". El derecho público y todas las demás leyes territoriales, afirma este autor, acompañan siempre al orden público, por lo que considera preferible emplear una denominación general que encierre en si todas las leyes territoriales que se deben agrupar por sus caracteres y efectos comunes, tal denominación, afirma, no puede ser otra que leyes de orden público internacional (89).

Consideramos que los criterios mencionados son absolutamente erróneos, dado que el preciso perfil del orden público, su significado exacto, no se puede hallar recurriendo a la idea de la ley territorial, por la razón que invocamos en otro punto: el derecho por sus caracteres esenciales no puede ser mas que territorial. De aquí, que si bien sea cierto que la ley de orden público sea territorial, todas las leyes igualmente lo son, con lo que por ese lado no se puede buscar la exacta connotación del orden público (90).

Aunque basándose en la insostenible distinción entre leyes territoriales y extraterritoriales, se inicia en la doctrina la conveniente tendencia a precisar las leyes de orden público, diferenciándolas de otros grupos de leyes, con las que, los autores que señalamos en los párrafos anteriores, las venían confundiendo.

Señala Miaja de la Muela que a partir de Diena y Bartin se origina la tendencia de reducir la extensión del concepto de orden público, distinguiendo entre leyes de orden público y leyes de derecho público en general, así como también, entre las primeras y las leyes referentes a los bienes inmuebles (91).

Diena hace ver que las leyes referentes a la propiedad y a los derechos reales, aunque de alcance territorial, son diferentes a las de orden público. En estas la territorialidad conduce a la aplicación de la ley del foro; en

---

(89) S. de Bustamante, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, Habana, Cultural, 1934, t. I., p. 191.

(90) Sobre esta idea *ver supra* No. 6.

(91) La doctrina alemana vió perfectamente clara esta distinción desde Savigny, *ver por ejemplo* a Knapp (*La notion de l'ordre public dans les conflicts de lois*, Moulhouse, 1933, p.p. 26 y sigs.) y dentro de su empirismo, los autores americanos e ingleses también la percibieron; pero en los países latinos, en los que había arraigado la teoría de la personalidad del derecho, fue preciso un esfuerzo para aislar las leyes de orden público, de las otras de ámbito territorial; dicha labor vino a significar una reactualización de las ideas de Savigny, (Miaja: *Ob cit.*, t. I., p. 362).

aquellas, a la de la situación de los bienes, que puede ser distinta a las anteriores, supuesto en el que el tribunal ha de aplicar una ley extranjera para el, contra la cual puede hacer uso de la excepción de orden público (92). Maury, ampliando sobre este tópico, considera que el régimen de los bienes se establece sin tomar en consideración la nacionalidad de los propietarios, partiendo de consideraciones económicas y, para la seguridad de las transacciones, para el crédito público, debe ser el mismo en todo el territorio, de aquí la aplicación de la *lex rei sitae*, de la ley del lugar de la situación del inmueble. En esta hipótesis, expresa el mencionado autor, la ley territorial es normalmente competente, por tanto no hay necesidad de hacer intervenir la noción de orden público (93).

Prosigue Bartin la labor de distinción a la que nos venimos refiriendo al insistir sobre la necesidad de separar las leyes de orden público de las de derecho público en su sentido mas amplio (leyes administrativas, fiscales, penales, etc.), ya que, en su opinión, para estas últimas la territorialidad constituye una característica normal, mientras que en el caso de las primeras, la ley normalmente competente es la extranjera, pero su aplicación queda descartada ante lo inadmisibile de los resultados (94).

Las ideas que acabamos de mencionar adolecen de graves fallas aunque, sin embargo, tienen un gran acierto. El primer error estriba en que, si bien tratan de depurar la noción de orden público distinguiéndolo de otras leyes, siguen manteniendo la insostenible dualidad entre leyes territoriales y extraterritoriales. Por otro lado, tampoco es del todo exacto que las normas de conflicto nunca lleven a la aplicación del derecho público extraño. Si bien el derecho público nunca será aplicado en cuanto tal, como tampoco puede serlo el derecho privado, en algunos supuestos si es posible aplicarlo, piénsense, por ejemplo, en las convenciones de carácter fiscal, en los acuerdos internacionales para la persecución de los delitos, etc. El acierto de las ideas que nos ocupan está, en nuestra opinión, en que muestran con claridad la función específica del orden público; pues es verdad que solo tenga sentido hablar de la noción de orden público en el derecho internacional privado, en el supuesto de que la norma de aplicación de leyes extrañas conduzca a la aplicación de la norma sustan-

(92) Diena: *I diritti reali considerati nel Diritto internazionale privato*, Turin, 1895, Cit. por Miaja: *Ob. cit.*, t. I., p. 363.

(93) Maury, Jacques: *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Cajica, 1949, p. 318.

(94) Bartin: *Ob. cit.*, p. 196 y sigs.

cial extranjera, ya que si no existe la posibilidad de que se aplique el derecho extraño no hay porque recurrir a la noción.

### 13.—ORDEN PUBLICO INTERNO Y ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL.

Otro aspecto en la tarea delimitadora del concepto, en juristas posteriores a Savigny, es su separación con lo que, en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas, puramente internas, suele denominarse con el mismo nombre. Desde Brocher se inicia la tendencia a contraponer un orden público interno y un orden público internacional; el primero como una barrera a la autonomía de la voluntad y el segundo como un obstáculo a la aplicación de leyes extrañas.

El ilustre jurista suizo Charles Brocher deriva la división mencionada de la observación del texto de los artículos 30 y 60 del Código Civil francés. Dispone el citado art. 30. párrafo I, que "las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habiten en el territorio" y el art. 60. que "no pueden ser derogadas por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres". Se refiere el primero, según este autor, al orden público internacional, pues son aplicables las leyes tanto a los nacionales como a los extranjeros; mientras que el segundo artículo citado se refiere al orden público interno, pues marca solamente el límite a la autonomía de la voluntad. Cada legislación considerada en su desenvolvimiento interno, contiene normas que, motivadas por imperiosas exigencias sociales, exigen un respeto absoluto, constituyendo, por consiguiente, un límite a la autonomía de la voluntad, tales son los "lois d'ordre public interne". Situación similar, proclama el jurista suizo, existe en la vida internacional; donde también se encuentran normas de tal manera absolutas que cada soberanía debe considerarse obligada a reclamar su estricta observancia, descartando toda influencia extranjera que pueda obrar en sentido contrario; tales son las "lois d'ordre public international" (95).

La distinción propuesta por Brocher, si bien con cierta oposición, ha sido objeto de amplio desarrollo por los tratadistas posteriores, pudiéndose

---

(95) Brocher, Charles: *Cours de Droit International Prive*, París, 1882, t. I., p.p. 106 y 107 y *Nouveau Traité de Droit International Privé*, París, 1874, p.p. 140 y 143.

decir, que es admitida por la mayoría de ellos.

Es interesante mencionar, en sentido contrario a las ideas de Brocher, la opinión de Callandrelli, quien dice que la distinción mencionada, es además de imperfecta en su tecnicismo, vana y errónea en su punto de apoyo, pues deriva como fruto natural, de otra división mas errónea aun: la de los hombres en extranjeros y nacionales. "La soberanía no es un mero recurso político destinado solo a proteger a los nacionales; la ley, expresión genuina de la soberanía, tiene por misión necesaria también la protección de los extranjeros. Eliminando esta distinción, la de orden público pierde su pretendido fundamento. Tratándose de una restricción del derecho o de la ley de un país diverso, es siempre el orden público nacional, en su función interna, el que puede sentirse lesionado y el que ha de imponer la aplicación de la ley del país" (96).

Sin embargo, como manifestamos, a pesar de algunas críticas vigorosas como la de Callandrelli, la mayor parte de la doctrina se empeña en mantener la división del orden público. A este respecto, dice Alfonsín, que no se puede negar que existe una unidad esencial entre ambos órdenes públicos, "por de pronto son dos expresiones del mismo orden jurídico estatal, existen alentados por idénticos motivos de conservación, y funcionan protegiendo las mismas necesidades del Estado; porque ha de admitirse.... que es imposible distinguir clases o categorías en las necesidades. Por cuya razón sería vano buscar distinciones esenciales o fundamentales entre los órdenes públicos. En cambio, se pueden distinguir extensiones en las necesidades y decir que lo protegido por ambos órdenes públicos no tiene exactamente la misma amplitud. En consecuencia será posible establecer diferencias de extensión entre los órdenes públicos" (97).

Abundando sobre esta idea opina Miaja, que las leyes traducen concepciones y exigencias técnicas cuya vigencia se estima indispensable para el bien común de una sociedad estatal, por lo que las soluciones contrapuestas se consideran radicalmente antijurídicas, procedan de la voluntad de las partes o de la aplicación de las leyes extranjeras basadas en otras concepciones morales. "Es claro que en este último sentido, como barrera

---

(96) Callandrelli: Artículo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, t. VI, p. 69, cit. por Víctor Romero del Prado: *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Argentina, Assandri, 1961, t. I, p. 386.

(97) Alfonsín: *Ob. cit.*, p. 256.



a la penetración de instituciones extranjeras, el orden público no puede funcionar mas que en aquellas materias en que también limita dentro de las relaciones internas los efectos de la voluntad de los destinatarios de las normas. Pero es concebible que, si bien toda norma de orden público internacional lo sea de orden público interno, no todas las de esta última clase precisan ser defendidas por el orden público internacional". "Pueden así representarse el orden público internacional y el interno como dos círculos concéntricos, el último de mayor radio que el primero" (98).

Reconoce Miaja, no obstante, la dificultad consistente en señalar que normas imperativas en derecho interno pueden quedar inaplicadas cuando una ley extranjera es competente según la regla de conflicto, y cuales otras, aun en ese supuesto, no han de ser descartadas. Explica que en el derecho español, desde el punto de vista interno de este orden jurídico, tan imperativa es la norma que señala la sucesión legítima de los hijos como la que prohíbe el divorcio; sin embargo, muestra que la primera solo se impone como obligatoria en las sucesiones de españoles, mientras que un tribunal español en ningún caso podrá conceder la ruptura del vínculo a un matrimonio extranjero (99).

La dificultad señalada en el párrafo anterior la pretende superar Goldschmidt con el siguiente criterio de distinción: "el orden público interno... constituye la barrera a la autonomía de las partes y abarca la totalidad del derecho civil coactivo: 'ius cogens privatorum pactis mutari non potest'; el orden público internacional, en cambio, condena las normas de importación y abraza solo las normas rigurosamente prohibitivas... Si se extiende el examen comparativo al derecho dispositivo, se puede establecer la siguiente trilogía: El derecho dispositivo contiene el conjunto de aquellas normas civiles que resultan inclusive derogables por la autonomía de las partes; el orden público interno o derecho coactivo abarca aquellas normas civiles que, si bien no son derogables por la autonomía de las partes, si lo son por el derecho extranjero llamado a regir por el derecho internacional privado nacional; el orden público internacional, por último, se refiere a aquellos principios y a aquellas normas que no son derogables ni por la autonomía de las partes ni tampoco por el derecho extranjero invocado por el derecho internacional privado" (100).

(98) Miaja: *Ob. cit.*, t. I, p. 366.

(99) *Ibidem* p. 367.

(100) Goldschmidt: *Ob. cit.* t. I, p.p. 469 a 471.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Consideramos que bajo ningún concepto es posible sostener la distinción, que pretenden los autores citados, entre orden público interno y orden público internacional. Los mismos partidarios de la división reconocen que ambos órdenes públicos son la expresión del mismo orden jurídico del Estado y funcionan protegiendo las mismas necesidades estatales; este mismo argumento constituye, a nuestra opinión, razón mas que suficiente para demostrar que ambos son una única y misma cosa. Sin embargo, se empeñan en sostener que la diferencia radica en la extensión del uno y del otro; pero son incapaces de fundar esa opinión. No es posible encontrar el fundamento de la distinción en calificativos inteligibles como lo pretende Goldschmidt recurriendo a las expresiones "derecho coactivo" y "normas rigurosamente prohibitivas" que no resultan muy técnicas, pues, sin perjuicio de que la división de las leyes es controvertida (101), es inexacto afirmar que unas normas sean menos obligatorias que otras. Por otro lado, con la división del orden público lo único que se logra es una yuxtaposición incomprensible de órdenes públicos, como si el derecho pudiera ser fraccionado arbitrariamente por razgos mas o menos convencionales como son los consistentes en la materia o la actividad que las normas regulan. En conclusión, la pretendida división del orden público no arroja ninguna claridad sobre su estudio, ni las razones invocadas por sus partidarios demuestran jurídicamente esa dualidad; por lo que es posible afirmar la unidad del concepto del orden público (102).

---

(101) Sobre esta idea: Luis Recaséns Siches, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, p. 136.

(102). La verdad de nuestra afirmación quedará plenamente aclarada en un capítulo posterior, ver infra No. 25.

## *CAPITULO IV*

## TENDENCIAS DOCTRINALES EN MATERIA DE ORDEN PUBLICO (CONTINUACION)

Mencionábamos en el capítulo anterior, que un grupo de autores identifica al orden público con la ley territorial; de donde resulta que, en esa concepción, el orden público se entienda como un contrapeso, un principio opuesto a aquel en que descansa la extraterritorialidad (sea, este último, la nacionalidad, como propone Mancini, la permanencia de ley, como postula Pillet, etc.), es decir, en las tesis mencionadas el derecho internacional privado gira en torno de dos pivotes: la extraterritorialidad por un lado y el orden público por el otro. De aquí, que para estas teorías la intervención del orden público sea plenamente normal, se aplique en todos los casos, sin necesidad de oponerlo como remedio o excepción a la aplicación de una ley extraña, pues los supuestos en que se aplica el derecho extranjero y los casos en que interviene el orden público, pretenden tenerlos plenamente deslindados, basta solamente con observar si la ley es territorial o extraterritorial (103).

Mostramos también como Diena y Bartin hacen ver la necesidad de precisar la actuación del orden público, al demostrar que solo tiene sentido hablar de esa noción, en el supuesto de que rechace a la norma extraña aplicable en virtud del mandamiento de las reglas de derecho internacional privado, pues de no ser así resulta una noción superflua. Esta idea en la actualidad es aceptada casi de manera unánime, pudiéndose observar, que la inmensa mayoría de los autores de la materia señalan como un de las particularidades fundamentales del orden público, y la cual denota su

---

(103) *Ver supra* No. 12.

funcionalismo, el carácter excepcional.

#### 14.—CARACTER EXCEPCIONAL DEL ORDEN PUBLICO.

La idea de que el orden público es una excepción a la ley que normalmente se debiera aplicar, aunque reivindicada por autores posteriores parte en realidad del propio Savigny. Esta conclusión se desprende del siguiente párrafo: "Hasta ahora hemos llegado a reconocer que para decidir una relación de derecho en el caso de conflicto entre leyes de diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el derecho local a que perteneciese la relación de derecho litigioso, sin distinguir si este derecho es el de su país o el de un Estado extranjero. Debemos hablar de una restricción a este principio; pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicación del derecho extranjero. De aquí resultan una serie de excepciones muy importantes..." (104).

De las líneas anteriores se advierte, en el pensamiento de Savigny, esta doble idea: que el orden público es un *remedio* contra la aplicación de la ley extranjera que normalmente debiera intervenir, idea que se desprende de las palabras "aunque nuestro principio exigiere la aplicación del derecho extranjero"; y que este remedio es, sin embargo, algo lamentable y exorbitante, una excepción; que deberá, por lo tanto limitarse lo mas posible, de acuerdo con la finalidad que se pretenda conseguir.

Aserta Niboyet que en muchos casos las normas de conflicto conducen a la aplicación de la ley extranjera; pero hay casos en que la aplicación de una ley extraña es difícil, peligrosa y perjudicial a la colectividad, debiendo por tanto evitarse a toda costa su aplicación; pero "¿que hacer?, se empezó por afirmar que había que aplicar la ley extranjera por ser la ley competente; y he aquí que en el momento de aplicarla se advierte que puede perjudicar a la colectividad" (105).

"...Hay que recurrir a una medida que pudiéramos llamar de legítima defensa, a una medida de defensa social, a un remedio; y precisamente

(104) Savigny: *Ob. cit.* t. VI, p. 142.

(105) Niboyet, *Ob. cit.*, p. 384.

este remedio no es otro que la noción del orden público, el cual evitará el perjuicio que su exclusión ocasionaría; un obstáculo se colocará ante la ley extranjera y de este modo se evitará el aplicarla" (106).

15.—LA CLAUSULA DE RESERVA.

Un nuevo matiz en torno a este sistema del carácter excepcional del orden público, es aportado por la teoría alemana de la cláusula de reserva. En un estudio de Khan, se sostiene: "Que la norma de derecho internacional privado, delimita la parte de su derecho interno que cada Estado se encuentra dispuesto a dejar excluido en los casos conectados con elementos extranjeros, pero los legisladores, al formular sus reglas de conflicto generales, no han sido lo bastante previsores, por lo que hay que interpretar estas normas como conteniendo una conexión subsidiaria a la ley del foro, y con un contenido relativo, puesto que no se refieren a todas las leyes extranjeras, sino a un círculo mas o menos extenso de ellas, las que no choquen con exigencias indeclinables del orden jurídico del foro" (107).

Dice Goldschmidt que "la norma de importación declara aplicable derecho extranjero forzosamente desconocido al legislador nacional, puesto que si bien conociera al dictar su derecho internacional privado, todos los derechos civiles del mundo entero en aquel momento vigentes, no puede abarcar, por mucha perspicacia que le concedamos, los derechos futuros que, no obstante, algún día habrán de ser aplicados. Se comprende que el legislador nacional se asegure la retirada mediante una reserva; la llamada *cláusula de reserva*. Ella forma parte expresa o tácita de toda norma de importación. A la puerta que da al extranjero pertenece el cerrojo que en su caso la cierra" (108).

El orden público, resulta de esta concepción, una reserva hecha a la aplicación de leyes extranjeras, algo excepcional y no normal, que se fundamenta en las razones invocadas. Dentro de un sistema conflictual positivo, la reserva puede ser formulada por medio de una cláusula general o por cláusulas especiales añadidas a cada una de las normas susceptibles de ella. Ejemplo de lo anterior es la Ley de Introducción al Código Civil Ale-

(106) *Loc. cit.*

(107) Kahn: *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*, p.p. 108 y 109, cit. por Miaja, *Ob. cit.*, t. I., p. 364.

(108) Goldschmidt: *Ob. cit.*, t. I., p.p. 443 y 444.

mán, donde existe una cláusula general en el art. 30 (algemein Vorbehaltsklausel) y varias especiales (Bensondere Vorbehanitsklausel) en aquellos artículos que prevén como normalmente aplicable una ley extranjera.

#### 16.—FUNDAMENTO DOCTRINAL DE LA EXCEPCION DE ORDEN PUBLICO.

Un problema básico para nuestro estudio está constituido por aquel relativo al fundamento jurídico de la excepción de orden público. A esta cuestión conduce ineludiblemente la naturaleza del derecho internacional privado, supuesto que, sean cuales sean las razones que se invoquen, en forma unánime se admite que la aplicación del derecho extranjero se realiza en virtud de una obligación jurídica, luego entonces, es necesario, a su vez, fundar en derecho la inaplicabilidad de la norma extraña por el juego del orden público.

Ya Savigny hablaba de que esta excepción se justifica cuando las leyes extranjeras tienen un "carácter de anomalía común, en virtud del cual escapan a la comunidad del derecho". De aquí que para el ilustre tratadista alemán, esta cuestión aparece en fundamento a un defecto de comunidad jurídica entre las leyes en conflicto (109).

Sobre esta idea del defecto de comunidad jurídica se ha formado toda una escuela a la cual se han afiliado numerosos jurisconsultos, sucesores de Savigny, que la han desarrollado. Entre ellos destaca el jurista francés Etienne Bartin, cuyas ideas serán examinadas en las líneas siguientes.

Dice Bartin que las relaciones jurídicas entre los diversos Estados suponen la existencia de un cierto número de aspectos comunes, una comunidad de derecho, motivada por la existencia de ciertas afinidades en su grado de civilización. Entre un Estado que ha desarrollado una civilización muy avanzada y otro en el cual no exista ese desarrollo no se puede establecer la comunidad de derecho. Luego entonces, el derecho internacional privado supone, un vínculo jurídico, el cual resulta de una "presunción de comunidad internacional" entre los Estados, que requerirá la existencia de unas mismas normas de derecho de gentes y una cierta comunidad respecto a las relativas normas de conflicto. La presunción de co-

---

(109) Savigny: *Ob. cit.*, t. VI, p. 145.

munidad internacional, cuyas reglas de derecho de gentes y de conflictos de leyes no son mas que las consecuencias, descansa simplemente en la igualdad de civilización de los Estados a quien se aplica. Por consiguiente, cuando se colme este requisito, cuando exista la comunidad de derecho, el Estado podrá aplicar las leyes extranjeras; si no hay comunidad jurídica, esta aplicación será evitada por la excepción del orden público (110).

Así pues, para que las leyes de un país extranjero puedan aplicarse, según la tesis anterior, se necesitan dos condiciones: 1o. Que los Estados tengan las mismas reglas de derecho de gentes; 2o. Que exista una cierta comunidad en cuanto a sus reglas de conflictos de leyes. Solamente cuando existan esas condiciones es cuando el derecho internacional privado podrá funcionar normalmente.

Sostiene Miaja que hay que ir mas lejos de donde llega Bartin; pues si bien es cierto que en países en los cuales exista una oposición absoluta entre sus órdenes jurídicos, no se aplicará el respectivo derecho, también es cierto, y esto es lo mas frecuente, que la noción de orden público entre en juego para rechazar la aplicación de leyes extranjeras entre países de civilización igual, pero que la reglamentación a ciertas instituciones jurídicas es incompatible entre si (111). Esta idea ha sido puesta en evidencia por Niboyet con su noción del minimum de equivalencia de las instituciones jurídicas.

Para este último autor, el remedio del orden público, "funciona entre países que tienen la misma civilización, y... hasta una civilización idéntica. Así ¿podrá decirse que hay en Francia una civilización inferior a la que existe en España? Y, sin embargo hay casos en los que no podrá aplicarse la ley francesa en España. Si un matrimonio francés acude ante un tribunal español para solicitar el divorcio vincular, el tribunal no podrá acceder a su deseo, fundándose en que en España no se puede conceder este divorcio. ¿Quiere decir esto que la civilización francesa sea inferior a la civilización española? Sería exajerado afirmarlo. El hecho de que en Alemania, por ejemplo, se permita al hijo adulterino la reclamación de alimentos a su padre, no significa, en modo alguno, que la civilización de dicho país sea inferior a la de Francia. Lo mismo ocurre el 99 por 100 de las veces en que se invoca la noción del orden público. El orden público que se invoca

---

(110) Bartin: *Ob. cit.*, p.p. 216 a 219.

(111) Miaja: *Ob. cit.*, t. I., p. 363.



en la práctica cotidiana, interviene en las relaciones de países que, en cuanto a civilización, están tan adelantados los unos como los otros, pero que, a veces, han reglamentado de un modo diferente ciertas instituciones" (112).

Para que se aplique una ley extranjera, sigue diciendo Niboyet, es preciso que "entre países exista, no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión (divorcio, reclamación de alimentos por el hijo adulterino, etc.) un *minimum de equivalencia de instituciones*. Si se desciende mas abajo de ese minimum, ocurrirá lo que sucede cuando torcemos la llave de un conmutador eléctrico para apagar la luz, la corriente cesa y ya no habrá interpenetración jurídica. Así por ejemplo, un belga solicita el divorcio en Francia; ninguna razón hay para negárselo, ya que los franceses, tiene, acerca del matrimonio y su disolución, la misma opinión que los belgas. Pero si el divorcio se solicita en Italia, el caso ya es distinto, pues el matrimonio en dicho país tiene una base confesional, mientras que en Francia está fundado sobre una idea de orden puramente civil. No se alcanza, pues, en este caso, el *minimum de equivalencia jurídica*, necesario para poder pasar de una legislación a otra, y entonces con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, hay que recurrir a la noción del orden público pues al aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se le invoca" (113).

En un estudio mas reciente, complementa Niboyet las ideas anteriores y dice que el minimum de equivalencia de las instituciones debe existir en un doble aspecto; el de la técnica y el de la oportunidad. En el primer aspecto las leyes de otro Estado referentes a la adquisición de derechos son fácilmente penetrables en un Estado, por diferentes que sean las concepciones técnicas. Si se trata por el contrario, de instituciones jurídicas, las diferencias técnicas pueden fácilmente hacer inaplicables las de un país en otro. En lo que Niboyet llama "oportunidad" intervienen las diferentes concepciones morales, entre las que puede haber una diferencia irreductible que se oponga al contenido de las leyes extranjeras. En todo caso la aplicabilidad de la excepción debe ser apreciada en cada supuesto particular en cuanto pueda servir de remedio al defecto de un mínimo de equi-

---

(112) Niboyet: *Ob. cit.*, p. 390.

(113) *Loc. cit.*

valencia entre las legislaciones (114).

Arthur Nusbaum sostiene que en el pensamiento doctrinal europeo, en el fondo de las teorías sobre la materia, existe el convencimiento de que la excepción de orden público, se fundamenta en razones más bien éticas que jurídicas. Afirma el autor mencionado que "de ninguna manera puede la mera diversidad de las leyes extranjeras y local justificar el recurso al orden público porque, de ser así, se destruirían la mayor parte de las reglas sobre conflictos de leyes. Solo un interés real, fuerte y adverso del *forum* contaría y cuenta en esta controversia." "Denegar el reconocimiento de una ley extranjera por razones de orden público no implica un criticismo ético a tal ley, ni la presunción de que el *forum* pretende colocarse por encima de ella. Opiniones erróneas a este respecto han sido emitidas algunas veces por tribunales y autoridades como un argumento contra el uso del concepto del orden público". Muestra como ejemplo extremo de esta idea, el caso de un tribunal inferior de Estados Unidos que llegó a proclamar "no estar dispuesto a asumir una actitud farisaica, dando gracias a la Providencia de que no seamos como otros pueblos". No hay razón alguna, afirma este autor, para la indignación moral; "el uso del orden público en materia de conflictos de leyes meramente significa que en un caso de fuentes políticas antagónicas, el tribunal debe seguir la política local más bien que la de un Estado extranjero". Concluye diciendo que tampoco debe constituir el orden público un instrumento para servir las opiniones políticas individuales del juez o de un partido político (115).

En el mismo sentido que Nusbaum se manifiesta Martin Wolf, el cual señala, que los tribunales no deben realizar una crítica de contenido ético a la ley extranjera y cita para corroborar la idea anterior la opinión del juez Scrutton: "Parece una seria infracción de la cortesía internacional, si un Estado es reconocido como Estado soberano, independiente, postular que su legislación es contraria a los principios esenciales de justicia y moralidad; tal alegación bien pudiera llegar a ser un '*casus belli*' y, en mi opinión sería tarea del soberano a través de sus ministros, y no del juez" (116).

(114) Niboyet: *Traité de Droit International Privé Français*, Paris, Sirey, 1947, t. III, p.p. 415 y sigs.

(115) Nusbaum, Arthur: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, DE-PALMA, 1947, p.p. 135 y 136.

(116) Wolf, Martin: *Ob. cit.*, p. 170.

La opinión de estos dos últimos autores es acertada, dado que el fundamento de la exclusión del derecho extraño por la acción del orden público no puede estar en consideraciones metajurídicas, como son las cuestiones éticas o políticas. El concepto de orden público es un concepto jurídico, que, como tal, la justificación del mismo la debe proporcionar el propio campo que le sirve de marco a su actuación, esto es, el derecho (117).

#### 17.—LA SUSTITUCION DE LA LEY APLICABLE.

Otra característica que la doctrina señala al orden público, es que mediante la actuación de este, no solamente se excluye al derecho extraño, sino que también lo sustituye por derecho del foro, es decir, por el juego del orden público se cambia por la *lex fori* el derecho material extranjero aplicable por mandato de las normas de aplicación de leyes extrañas.

Jacques Maury sostiene al respecto que cuando la aplicación de la ley extranjera, conduciría a un resultado contrario al derecho foral, el tribunal del foro no aplicará la ley competente según su derecho internacional privado, sino que sustituirá esta por la ley civil del *forum*. Se dice que la disposición del derecho foral así aplicada es de orden público internacional. "Por tanto, las disposiciones de orden público internacional, son las que producen la sustitución de las disposiciones contrarias de leyes extranjeras normalmente competentes" (118).

Maury expone dos ejemplos para ilustrar las ideas anteriores. En materia de estado de las personas se admite en Francia que la ley competente es la ley nacional del interesado. Supongamos, propone, una acción de investigación de paternidad natural intentada ante un tribunal francés por un hijo de nacionalidad extranjera. La ley competente es la ley nacional del hijo que, por hipótesis, admite la acción. Pero la ley francesa limita los casos de procedencia de esa acción, y, dicha ley, ha sido considerado por la jurisprudencia como de orden público. Los tribunales franceses han negado y se niegan a admitir la acción si esta no es procedente según la ley civil francesa. ¿Que ha sucedido en este caso?, que la ley extranjera aplicable como la ley nacional, como personal del interesado, no sola-

(117) Sobre esto *ver infra* No. 25.

(118) Maury: *Ob. cit.*, p. 317.

mente no se aplica, sino que es sustituida por la *lex fori*, por la ley francesa. Formula otro ejemplo en el que un extranjero vende, fuera de Francia, salmuera como Champaña. Es este un hecho de concurrencia desleal que constituye, en Francia un delito civil. Supongamos, sigue diciendo, que en el país donde se ha realizado la venta, no sea lo mismo, es decir que el hecho no sea civilmente sancionado. En derecho internacional privado francés se admite que en materia de delitos o cuasi-delitos civiles la ley competente es la del país donde se ha realizado el acto. Si ante un tribunal francés se ejercita una acción de daños y perjuicios contra el vendedor, debería negar los daños y perjuicios por aplicación de la ley competente, que es la del país donde se ha hecho la venta; pero, dice Maury, puede rechazar esta ley normalmente competente prevaleándose de la idea de orden público, en vista de que el código civil francés considera de orden público la represión de la concurrencia desleal. Aquí la ley competente extranjera, tiene ese carácter no como ley personal, sino como ley del lugar en que se ha cometido el acto; pero al igual que en el otro ejemplo es sustituida por la *lex fori*. Concluye con la afirmación de que en general, el orden público puede conducir a la sustitución de la ley extranjera normalmente competente según las reglas de derecho internacional privado por la *lex fori*, cualquiera que sea el título de competencia de esa ley extranjera (119).

#### 18.—CONTENIDO DEL ORDEN PUBLICO.

Los estudios realizados por la doctrina han tendido a concretar el contenido del orden público, a esclarecer los supuestos en que intervendrá la noción. Este problema se plantea con las siguientes interrogantes: ¿es posible fijar de antemano los supuestos en que intervendrá el orden público? ¿puede fijarse tales supuestos mediante una fórmula?; o por el contrario, ¿será solamente posible realizar esa determinación después del examen de cada caso?. Tal es el problema. Los autores que se ocupan de la materia se inclinan por una u otra solución, de resultas de esto, se perfilan marcadamente dos sistemas doctrinales; uno partidario de la enumeración "a priori" de los casos de orden público; otro inclinado a resolver la cuestión mediante la apreciación "a posteriori".

Los autores partidarios de la determinación "a priori" tratan de reducir los supuestos en que interviene la noción en una fórmula, la cual, sos-

---

(119) *Ibidem.*, p.p. 317 y 318.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

tiene Romero del Prado, evita las facultades omnímodas del juez de apreciar cuando una ley es de orden público; pues "bastaría con que el juez dijera, considero que la aplicación de esta ley va contra nuestro orden público y nada mas, para rechazarla, y esto haría imposible toda convivencia, pues llevaría a la territorialidad feudal de las leyes" (120).

Encontramos una muestra de este sistema en Pascuale Fiore, el cual trata de fijar el contenido del orden público con la enumeración de las leyes a las que se les otorga aquel carácter, y, de esta manera, dice que son leyes de orden público: "...Las constitucionales, administrativas, penales y todas aquellas que se llaman generalmente de policía y seguridad... también las que proveen a la seguridad de las personas y de la propiedad, las que velan por la conservación de las buenas costumbres, y en general, las que proveen a la organización social" (121).

Para Bustamante, en el mismo sentido, son leyes de orden público: las que se dictan para nacionales y extranjeros y son indispensables para la existencia de la sociedad civil y política. Incluye en esta categoría las leyes administrativas, procesales, penales y prácticamente todo el derecho público (122).

Para Pillet, son leyes de orden público: 1o. Las normas de derecho público, incluyendo en este grupo al derecho constitucional, al administrativo, a las leyes sobre la nacionalidad y un cierto número de leyes análogas; 2o. Las leyes penales acerca de la seguridad de las personas; 3o. Leyes acerca de la propiedad; 4o. Leyes procesales; 5o. Leyes fiscales; 6o. leyes morales y leyes de orden (123).

Menciona Maury una posición reciente y bastante mas interesante, en torno a este sistema: las ideas de Mezguer. Este último autor trata de deducir las directrices que explicarían y podrían guiar a la jurisprudencia para la apreciación de los casos de orden público. Aserta que el orden público es un medio de defensa contra ciertas leyes extranjeras; conviene entonces buscar cuales son las leyes extranjeras contra las que tal defensa

(120) Romero del Prado: *Ob. cit.*, t. I, p. 589.

(121) Fiore, Pascuale: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, F. Góngora, 1889, p.p. 109 y 110.

(122) Bustamante: *Ob. cit.*, t. I, p.p. 198 a 201.

(123) Pillet: "*Traité...*" t. I, p.p. 114 a 118.

es necesaria y legítima. Mezguer distingue tres grupos: 1o.— “Las leyes injustas”, aquellas que se consideran contrarias a la justicia tal como es concebida o comprendida en el Estado considerado; según este autor, la negativa para aplicar las leyes de este género será absoluta; 2o.— “Leyes nocivas”, aquellas que son susceptibles de perturbar el buen orden político y social, tales leyes, dice Mezguer, no son injustas ni se consideran malas en si, su no aplicación se explica por no estar en armonía con el orden jurídico nacional y 3o.— “Leyes hostiles”, aquellas inspiradas en un pensamiento de hostilidad, expresa o implícita, del soberano extranjero (124).

Un gran grupo de autores sustenta la opinión contraria a la explicada en los párrafos anteriores. Para este conjunto de tratadistas, es imposible enumerar por anticipado los casos en que intervendrá la noción de orden público, no es factible ofrecer un catálogo cerrado de normas a las que se les haya puesto previamente la etiqueta de orden público.

Afirma al respecto Niboyet, que los autores que intentan hacer una enumeración de las leyes de orden público, tropiezan con la imposibilidad de determinar cuando se trata de verdaderas y exclusivas leyes de orden público, destinadas a ser otras tantas excepciones a la competencia de las leyes extranjeras. “No hay que olvidar la naturaleza que hemos asignado a la noción de orden público: la de ser un remedio, a causa de un defecto de comunidad jurídica sobre la cuestión de que se trate. Nosotros tomamos como punto de partida la afirmación de que en un caso concreto, habrá que aplicar, normalmente una ley extranjera; por ejemplo: la ley nacional del extranjero a su capacidad para contraer matrimonio; pero que esta ley normalmente competente, no se aplicará cuando su aplicación signifique un quebranto para nuestro orden público, es decir, para el orden jurídico, del cual no podría prescindir nuestra sociedad”. Concluye Niboyet estas ideas, diciendo que, “no es posible enumerar ‘a priori’ las leyes de orden público, puesto que guardan relación con el lugar donde se aplican y con el momento de su aplicación” (125).

Goldschmidt, entre otros, también se manifiesta partidario de la determinación a posteriori de los casos en que interviene el orden público y uno de los argumentos que invoca para ello es, curiosamente, el mismo

(124) Mezguer: Cit. por Maury, *ob cit.*, p. 319 (sin mención de la obra).

(125) Niboyet: “Principios...”, p.p. 399 y 400.

que invocan los autores favorables de la enumeración a priori para justificar tal sistema: el temor al desborde del orden público por parte del juez. Sostiene este autor que "la doctrina apriorística es seductora para el juez porque le permite la aplicación de su propio derecho civil sin que tenga que preocuparse de las reglas complicadas del derecho internacional privado, ni tampoco, de las del derecho extranjero, mas complicadas aun. Así se explica que la jurisprudencia italiana, francesa y española acepten la teoría apriorística. Esta doctrina lleva al juez a no investigar, por ejemplo que derecho resulta en si aplicable y si este infringe o no al orden público sino que aplica directamente el derecho foral como siendo de orden público; con lo que se expone a los jueces a la casi irresistible tentación de desorbitar el orden público" (126).

Extendiéndose sobre esta explicación, sostiene Goldschmidt, que en primer lugar debe aplicarse la norma de importación; luego, en segundo lugar, habrá de examinarse hipotéticamente la reglamentación que el derecho extranjero da al sector social contemplado; y solo en tercer lugar, dada su incompatibilidad con la protección de lo nacional, se puede echar mano del concepto de orden público (127).

Los autores que sustentan la última tesis enunciada, muestran que ha sido el fracaso mas evidente de los intentos de la teoría apriorística, tendientes a circunscribir en una fórmula los casos de orden público, los ensayos realizados internacionalmente para determinar, por medio de tratados, los supuestos en que intervendrá la noción. De esta manera, se señalan los fracasos de las Conferencias de la Haya sobre problemas sucesorios: el Proyecto de 1894 (art. 11) intentaba enumerar en el mismo tratado los casos de orden público; el Proyecto de 1900 (art. 7o.) deseaba que cada una de las potencias participantes diese una ley enumerativa de los casos de orden público; el Proyecto de 1904 (art. 6o. párrafo 2o.) finalmente, quería que cada gobierno enumerase las hipótesis de orden público en un protocolo adicional al tratado. Dice Goldschmidt que estos ensayos fracasaron, porque el orden público "es como la hidra contra la que Hércules luchaba; en el lugar de cada cabeza cortada crecen en el acto diez nuevas" (128)

---

(126) Goldschmidt, *Ob cit.*, t. I., p. 472.

(127) *Ibidem.*, p. 476.

(128) *Ibidem.*, p. 473.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Solo el Convenio de la Haya del 12 de junio de 1902, constituye un éxito aparente de la tesis apriorística. Su artículo 2o. formuló una enumeración de los supuestos de orden público: "La ley del lugar de celebración puede prohibir el matrimonio de los extranjeros que fuese contrario a sus disposiciones concernientes: 1o.—A los grados de parentesco o afinidad para los cuales hay una prohibición absoluta. 2o.—A la prohibición absoluta de casarse, dictada contra los culpables de adulterio en razón del cual el matrimonio de uno de ellos ha sido disuelto. 3o.—A la prohibición absoluta de casarse, dictada contra personas condenadas por haber atentado de concierto contra la vida del cónyuge de una de ellas". Además de esta intervención del orden público, las concepciones morales del país de celebración del matrimonio se imponen en otro supuesto, previsto en el artículo 3o. del Convenio: "La ley del lugar de celebración puede permitir el matrimonio de los extranjeros, no obstante las prohibiciones de la ley indicada en el artículo 1o. (la nacional de cada uno de los futuros esposos) cuando estas prohibiciones estén exclusivamente fundadas en motivos de orden religioso. Los otros Estados tienen el derecho de no reconocer como válido el matrimonio celebrado en estas circunstancias".

Asera Goldschmidt, respecto a este convenio, que en primer lugar, fue concluido entre pocos Estados con legislaciones afines en el momento de su celebración: Alemania, Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia y Suiza. En segundo lugar, ni siquiera entre tan pocos Estados y tan emparentados como lo eran podía mantenerse vigente el convenio. El primer problema surgió respecto al requisito del derecho alemán de que los militares necesitan, para el matrimonio, el permiso de la autoridad militar competente. Francia y Bélgica querían descartarlo y autorizar en sus respectivos territorios matrimonios de desertores alemanes. Como el convenio solo permitía que el orden público eliminara impedimentos religiosos de la legislación nacional del contrayente y no se trataba, desde luego, de tal cosa, ambos países denunciaban el convenio, en 1914 y 1919 respectivamente, puesto que su tesis de que el convenio solo se refería al derecho civil y el mencionado impedimento se referían al derecho público, no fue admitida por Alemania. El segundo problema se planteó respecto a la legislación nacional-socialista. Las leyes alemanes del 15 de septiembre y del 14 de noviembre de 1935, conocidas como "Leyes de Nuremberg", prohibían los matrimonios entre arios y judíos. Si este impedimento era de carácter religioso, podría ser



descartado en el territorio de cualquiera de los otros Estados signatarios del convenio; en caso contrario, tenía que ser aceptado. El hecho es que la jurisprudencia Holadesa se negó a aplicar las Leyes de Nuremberg.

A pesar de los fracasos mencionados, recientemente, en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, en su sesión del 10. de agosto de 1950, se recomendó que se pidiera a la Comisión de Derecho Internacional de la O. N. U. o a cualquier otro organismo competente, "someta a estudio el problema de orden público internacional en los conflictos de leyes, con objeto de llegar, en la medida de lo posible, a limitar el juego de esta noción, y, en consecuencia la intervención de consideraciones políticas en el campo del derecho. Sugiere que podrían intentarse substituir, por tratado, la cláusula de reserva general, que constituye actualmente el orden público internacional, por un cierto número de cláusulas de reserva especiales después del estudio comparativo del funcionamiento del orden público internacional en los diferentes sistemas jurídicos nacionales" (129).

En conclusión, consideramos que no es posible obtener una fórmula que, sin analizar el caso concreto sujeto a examen, indique que tal o cual supuesto está relacionado con el orden público. Estimamos que solo en la hipótesis de aplicación del derecho extraño, es factible apreciar si tal aplicación es incompatible con el orden jurídico incorporante. No pretendemos con esto negar el valor de la idea de Mezguer, sobre la utilidad de buscar categorías de orientación que auxilien al juzgador en la apreciación de los casos de orden público, pues esto es una de las finalidades básicas de este estudio; pero de ahí a asegurar que, sin un examen previo de la norma aplicable, se pueda señalar el supuesto en que interviene el orden público, indiscutiblemente que no se puede sostener. En nuestra opinión, toda esta inquietud existente en la doctrina, señalada en los párrafos anteriores, por determinar lo que se ha llamado el contenido del orden público, cualquiera que sea el método propugnado, es consecuencia de la incertidumbre que rodea al concepto mismo, la dudosa connotación de este; es por ello que los esfuerzos doctrinales tiendan a determinar de alguna manera los casos en que interviene, procurando hallar un criterio cierto, una directriz, que permita apreciar los casos de orden público; pues la imprecisión que hasta ahora ha rodeado al concepto parece obstaculizar

---

(129) *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año IV, No. 10, p. 248.

que de el mismo se deduzca su contenido, los supuestos que el mismo concepto comprende (130).

#### 19.—OTROS CARACTERES DEL ORDEN PUBLICO.

Se ha considerado que el orden público, en cuanto a proyección de unas determinadas concepciones que presiden el derecho interno, es esencialmente variable según la época y los lugares, la mutabilidad en tiempo ha sido llamada por la doctrina: *el carácter actual del orden público* y la variabilidad en razón de lugar: *el carácter nacional del orden público*.

##### a).—EL CARACTER ACTUAL.

Numerosos autores han sostenido la actualidad del orden público; carácter actual que, según Maury, se formula de esta manera: "el juez no podrá considerar como de orden público sino las disposiciones que son tales en su país en el momento mismo en que se conoce el litigio" (131). La noción misma del orden público, asevera este autor, parece imponer esa actualidad; se trata de defender las concepciones fundamentales del derecho nacional; no se concibe que el juez pueda hacerlo respecto a concepciones ya abandonadas por su propio derecho, y se concibe difícilmente, por el contrario, que no defienda las aceptadas en el momento de fallar: en ese momento debe uno colocarse para saber si la ley extranjera perturbará o no el orden, la armonía jurídica del país (132).

Observa Alberto Arce, extendiéndose sobre este tópico, que las evoluciones jurídicas llevan consigo cambios importantes y es por eso que lo que en una época estuvo prohibido como de orden público, en otra se admite y se considera, por el contrario, que debe admitirse precisamente por mandato del orden público. Menciona este autor la circunstancia de que el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928 y los códigos de los Estados que lo siguen, permiten la investigación de la paternidad, que en otra época y conforme a los códigos civiles de los Estados, que siguen todavía al Código Civil del Distrito Federal de 1884, está prohibida por razones de orden público. Lo mismo, aserta, pasa en lo relativo a la filiación y reconocimiento de hijos; todo esto demuestra, que en las legisla-

---

(130) Sobre esto ver nuestra exposición ulterior: infra No. 22 y sigs.

(131) Maury: *Ob. cit.*, p. 320.

(132) *Idem.*

ciones nacionales o locales, antiguas o modernas hay variaciones en lo que se entiende por orden público de una época a otra (133).

Bustamante, tocando otro aspecto sobre el mismo tema, se plantea el problema de la determinación en un momento dado de que una ley tenga o no la cualidad de disposición de orden público. Dice a tal respecto, que en ocasiones será necesario tener en cuenta las fluctuaciones de la opinión general y de la judicial en cada Estado, en tales hipótesis, según el pensamiento del profesor cubano, puede llegar a ser el orden público variable, no por obra del legislador, sino de los tribunales, unas veces, y de la opinión general, otras (134) (135).

b).—EL CARACTER NACIONAL.

La variabilidad que se observa en las diversas concepciones de orden público, que cambian de un país a otro, ha llevado a la doctrina a considerar que el orden público es esencialmente nacional, esto es, fundamentalmente variable según el lugar.

Dice Arce que en cuanto al lugar podemos decir que no hay una concepción internacional de orden público porque en unos Estados parece natural lo que en otros es inadmisibile. Aunque se admite la división de orden público nacional o internacional, propone este autor, no por eso se puede clasificar y definir esa noción en el dominio jurídico, ya que, fuera de prohibiciones o mandatos que son comunes en todos los Estados civilizados, en todos los demás el orden público es esencialmente nacional (136).

Sostiene Maury que una de las principales críticas que se le pueden hacer a la expresión de orden público internacional es precisamente que es esencialmente nacional y las dificultades que se han experimentado, por ejemplo en la redacción de las convenciones o proyectos de convenciones de la Haya, para limitar su aplicación, lo han demostrado experimentalmente (137).

(133) Arce: *Ob. cit.*, p. 194.

(134) Bustamante: *Ob. cit.*, t. I, p. 193.

(135) En contra de estas ideas de Bustamante: la variabilidad del orden público por obra de los tribunales y de la opinión general, ver nuestra exposición del capítulo siguiente: infra No. 22 y sigs.

(136) Arce: *Ob. cit.*, p. 194.

(137) Maury: *Ob. cit.*, p. 323.

Precisa el mencionado jurista francés, que no solamente es esencialmente nacional, sino que el orden público es también exclusivamente nacional, esto es, un juez nacional no podrá aplicar como disposiciones de orden público sino las disposiciones legislativas de su propio país; no podrá rechazar, en un litigio, la ley extranjera competente para aplicar la ley de otro país. Los jueces solo defienden y solo pueden defender el particularismo jurídico de su propio Estado (138).

Maury considera que del carácter nacional se deduce lógicamente la exclusividad del orden público de un país dado; es decir, si en un Estado la solución dada a un determinado problema por un segundo Estado, es considerada por el juez de aquel como aceptable, como susceptible de aplicarse, inconcebible sería que ese mismo juez declarara inaplicable una solución idéntica que se encontrara consagrada en el derecho de un tercer país (139).

## 20.—EFECTOS DEL ORDEN PUBLICO.

Los efectos esenciales que la doctrina atribuye al orden público ya han sido mas que apuntados en los incisos anteriores. Así, dice Niboyet que el orden público produce siempre un *efecto negativo*: la eliminación de aquel supuesto de la ley extranjera que debiera aplicarse. A su lado puede existir, aunque no se de siempre, un *efecto positivo*: la aplicación de la ley material del foro, en sustitución de la extranjera inaplicable. Tenemos pues que, en las ideas de Niboyet, unas veces el orden público produce simplemente la no aplicación del derecho extraño, y otras, además su sustitución por las leyes materiales del foro. El Primer efecto se produce siempre que se hace entrar en juego la noción de orden público; el segundo no es absolutamente necesario (140).

Arce corroborando las ideas de Niboyet, señala, para ilustrar los efectos del orden público, el siguiente caso: Supongamos americanos de raza diferente domiciliados en el Estado de Luisiana. Según las leyes de ese Estado, está prohibido contraer matrimonio entre negros y blancos; pero si esos americanos pretenden casarse en la República Mexicana, esa prohibición de Luisiana, no tiene influencia en México, es decir se desecha la

---

(138) *Loc. cit.*

(139) *Idem.*

(140) Niboyet: "*Principios...*" p.p. 414 a 422.

aplicación de la ley extranjera, porque el orden público en México no admite la prohibición; o lo que es lo mismo, sostiene, hay efecto negativo desechando la aplicación de la ley de Luisiana; pero como el orden público mexicano requiere que haya libertad completa para el matrimonio, se aplicará la ley mexicana, es decir, el efecto será también positivo (141).

Goldschmidt, entre otros muchos, se manifiesta en contra del pensamiento de Niboyet, en lo tocante al carácter eventual que este último le confiere al efecto positivo, y, afirma, que no se debe hablar de efecto positivo o negativo del orden público, puesto que siempre posee ambos efectos a la vez; de lo que si se puede hablar correctamente es de resultados positivos o negativos. "La aplicación del orden público produce siempre un efecto doble; elimina derecho extranjero nocivo y lo sustituye por derecho inofensivo. El carácter positivo o negativo de la situación se encuentra en relación inversa al carácter negativo del derecho extranjero descartado. En efecto, si lo perjudicial del derecho extranjero consiste en negar una facultad —como por ejemplo la de pedir la anulación de un matrimonio civil celebrado cuando aun subsistía el matrimonio canónico— el derecho sustituto la concedería (resultado positivo del orden público). Si, al contrario lo perjudicial del derecho extranjero consistía en que confería una facultad —por ejemplo la del divorcio vincular— el derecho sustituto la negaría (resultado negativo del orden público)" (142).

Dice Goldschmidt que hay que determinar si el derecho sustituto debe ser el derecho del juez o si será el mismo derecho extranjero despojado de sus partes nocivas. A tal respecto aserta que el derecho sustituto será si fuera posible, el mismo derecho extranjero. "Ello es, sobre todo, posible, si lo nocivo del derecho extranjero es una excepción hecha por él a una regla intachable, puesto que en esta hipótesis cabe aplicar la regla... Pero también cabe aplicar derecho extranjero, si la eliminación de una disposición extranjera nociva produce la necesidad de reglamentar de nuevo la situación y si las reglas extranjeras referentes a ello no se exponen a objeción alguna. Solo no siendo posible desprender el derecho sustituto del derecho aplicable, es dable acudir a la *lex civilis fori*" (143).

(141) Arce: *Ob. cit.*, p. 195.

(142) Goldschmidt: *Ob. cit.* t. I, p. 477.

(143) *Idem.* p. 479.

Lo expresado por Goldschmidt en este último párrafo no nos parece muy técnico. La aparente aplicación del derecho extraño se realiza por mandato de la norma de derecho internacional privado, la que señala que en tal o cual hipótesis se aplicará el derecho extranjero; ahora bien, si de esa aplicación resulta una incompatibilidad con el orden jurídico incorporante, hay que rechazar la norma y aplicar la ley del foro. Aplicar otra norma del mismo orden jurídico del que proviene la norma rechazada sería tanto como desbordar los mandatos de las normas de derecho internacional privado, dado que se estaría aplicando una regla no prevista en la regulación de aquellas, lo que resulta a todas luces inadmisibles. Sin embargo, incorrectamente, hay algunas sentencias que parecen confirmar la tesis de Goldschmidt, en vista de que no fue descartada totalmente la legislación extranjera competente, y, en sustitución de aquellos preceptos contenidos en ella contrarios al orden público del juez, fueron aplicados otros de la misma legislación extranjera. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo alemán del 19 de diciembre de 1922, que ante una disposición suiza que consideraba imprescriptible un crédito, solución contraria al orden público alemán, aplicó el mas largo de los plazos de prescripción contenidos en el derecho suizo (144).

## 21.—LA SITUACION ACTUAL.

La síntesis doctrinal realizada en los dos últimos capítulos, ha pretendido mostrar, en un desarrollo meramente expositivo, la preocupación de los estudiosos de nuestra materia por precisar cada vez mas el concepto de orden público. Es motivo de desasosiego para todos ellos la incertidumbre que representa para el funcionamiento normal del derecho internacional privado la intervención del orden público. Todos están de acuerdo en la idea de que hay casos en que exigencias indeclinables hacen inaplicable el derecho extranjero; pero, existe también coincidencia, en considerar sumamente peligrosa esta facultad, en tribunales por naturaleza inclinados a seguir el camino del menor esfuerzo: la aplicación de sus propias leyes materiales. Los afanes de unos y otros han tendido, entonces, a despejar todas las dudas emergentes en torno al orden público con la esperanza de evitar su desborde; pero estos empeños, sumamente loables, y que en muchas ocasiones han arrojado verdadera luz sobre el problema, no han lo-

---

(144) Maury, Jacques: *L'Eviction de La loi Normalment Compétente: l'Ordre Public et la Fraude a la Loi*, Valladolid, España, Universidad de Valladolid, 1952, p. 97.

grado precisar el concepto en todo lo absoluto que sería de desear.

Desde el siglo pasado, ya Savigny tenía la esperanza que con la extensión de la civilización europea a otros países, cada vez menos habría necesidad de invocar la excepción, pues gradualmente se iría reduciendo su esfera de aplicación, siendo su destino, como ha dicho algún autor, el de la piel de zapa del derecho internacional.

La realidad es otra, lo que ha quedado demostrado por la anterior existencia del régimen nacional-socialista alemán y la subsistencia actual de los regímenes de los países llamados socialistas, cuyos ordenamientos jurídicos se han considerado inaplicables en muchas materias por países poseedores de distintos sistemas jurídicos. Por otro lado, constantemente siguen apareciendo nuevos Estados entre las jóvenes naciones de Asia y Africa, con la consiguiente proliferación de sistemas jurídicos basados en concepciones privativas a la idiosincracia de cada uno de esos pueblos, que igualmente son rechazados por los países que detentan sistemas jurídicos diversos. Se mantiene también la diferencia entre los Estados que basan su derecho matrimonial en el carácter civil y en la disolubilidad del vínculo y los inspirados en la sacramentalidad e indisolubilidad. En muchos países persisten las discriminaciones legales basadas en consideraciones raciales. Los negocios se ven en todas partes cada vez mas interferidos por una política de dirección económica y así se podrían seguir enumerando muchos casos mas. Toda la enorme variedad de concepciones existentes, no permiten pensar que el orden público tienda a desaparecer.

El hecho innegable mencionado en el último párrafo ha producido y sigue produciendo una serie de teorías tendientes todas a explicar lo que es el orden público. La gran pluralidad de sistemas doctrinales y la diversa forma de entender el problema por cada uno, provocan en cualquier persona que intente abordar un tema ya de por sí problemático, como es el orden público, la mas grande de las dudas. Es necesario por tanto, tratar de superar la impresión que, a pesar de los esfuerzos doctrinales, sigue provocando este, el cual se presenta como una regla intangible rodeada de incertidumbre, y procurar reducir la cuestión a una serie de directrices precisas y sobre todo jurídicas, que reduzcan el concepto a sus justos límites y determinen de manera indubitable el funcionamiento del orden público, cuestión esencial para el derecho internacional privado, en tanto que representa la excepción mas importante a la aplicación de normas extrañas.

*CAPITULO V*



## PRECISION DEL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO

La investigación del concepto de orden público ha sido realizada por la doctrina, sin plantear la cuestión, por lo general, en sus verdaderos términos. Estimamos que para el debido enfoque de su estudio hay que formular dos interrogantes básicas: la primera, si constituye el orden público una noción estrictamente jurídica; la segunda, si el orden público constituye un concepto necesario en el campo del derecho internacional privado. Ambas cuestiones se consubstancian y su dilucidación es el antecedente ineludible para una comprensión integral de los aspectos particulares del orden público.

### 22.—INSUFICIENCIA DE LOS ELEMENTOS ETICO-POLITICOS.

Muchos autores ante la dificultad de dar una idea general, precisa, del orden público y comprendiendo la deficiencia de la que pueda expresarse, se han concretado a describir su contenido, a enumerar las instituciones a las que generalmente se aplica (145). Como acertadamente señala el jurista argentino Nieto Blanc, este método enumerativo a nada conduce al no estar precedidas las clasificaciones por un principio rector (146).

La mayoría de los autores, conscientes de la insuficiencia del método enumerativo, afronta la definición aunque no la fundamentan con rigor conceptual, logrando como corolario no mostrar entre ellos mas equivalencia que la terminología y llevar la cuestión por reflejo a expresiones no

---

(145) En este sentido ver supra No. 18.

(146) Nieto Blanc, Ernesto: *El Orden Público*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, p. 14.

específicas, como son el *interés general, las buenas costumbres, la moral social, utilidad social, bien público* y otros giros similares. Buscar el concepto en la forma descrita da como resultado trasladar la cuestión sin resolverla, repitiéndose, además, la dificultad con las nuevas locuciones.

La idea que implica cada una de las expresiones mencionadas, está, como señala Lienhard, en función directa con el régimen político en vigor, el partido que detenta el poder y la manera como entiende hacer reinar el orden en el Estado (147). O sea, si se consubstancia el orden público con las locuciones manifestadas, no será posible realizar un estudio jurídico, pues la cuestión se convierte en problema político.

Dice Nieto Blanc que todo ordenamiento jurídico cristaliza valoraciones previas del legislador, que por ese medio provee a lo que estima mas conducente a la normalidad de la vida colectiva y a la paz social. Ese espíritu, por fuerza y cualquiera que sea el contenido logrado, impregna todo el orden legal. En tal sentido si como se considera comúnmente, el orden público se identifica con los principios fundamentales que inspiran tal regulación, por necesidad todas las leyes vienen a contemplarlo. El concepto así se diluye, toma carácter político y movedido, inalcanzable en suma, al variar los móviles de la acción legislativa por gravitación de las contingencias históricas y sociales (148).

Julio de Roa hace notar, acertadamente, que el preciso significado de la idea que implica la expresión orden público no se puede perfilar recurriendo a nociones como son bien público, utilidad social, interés general, etc., pues tales ideas son el resultado, el efecto, la consecuencia final del orden público, pero no integran su concepto (149).

En suma, si el orden público se consubstancia con los fines ideológicos inspiradores y justificativos de un sistema jurídico, el objeto de estudio deja de ser estrictamente de derecho para convertirse en materia ético-política. Si tal es su esencia resulta absolutamente estéril cualquier dilucidación que se pretenda realizar desde un punto de vista jurídico.

(147) Lienhard, W.: *Le Role et la Valeur de l'Ordre Public en Droit Privé Interne et en Droit Privé International*, Paris, Sirey, 1934, p. 12.

(148) Nieto Blanc: *Ob. cit.*, p.p. 27 y 28.

(149) Roa, Julio de: *Del Orden Público en el Derecho Positivo*, Buenos Aires, J. Meléndez, 1926, p. 44.

23.—NECESIDAD DE UN ENFOQUE FORMAL.

Si el orden público es un problema jurídico, su concepto debe ser jurídico y en consecuencia su conceptualización en derecho ha de encontrarse indagando sobre el propio material que constituye su campo de acción, de tal modo, que su naturaleza y límites queden determinados por la ciencia del derecho, evitando recurrir para su explicación a nociones metajurídicas.

Ahora bien, incluso los autores que han pretendido definir al orden público recurriendo a elementos ético-políticos, se han visto obligados a reconocer que el preciso significado de la noción solo aparece refiriéndola al derecho vigente y ello responde a los caracteres que generalmente le otorga la doctrina a la noción: el carácter actual y el carácter nacional; que no es otra cosa que expresar, que son disposiciones de orden público aquellas que en una época y en un lugar determinado se consideren como tales, esto es, será de orden público lo que formalmente se determine como tal en un sistema jurídico dado.

De ahí que, como aserta Nieto Blanc, sea necesario buscar la unidad conceptual únicamente en la forma, nunca en el contenido de por si variable, opuesto a veces en el tiempo (caso del divorcio que, negado en una época, pasa a adoptarse en otra) o en el espacio aun dentro de un mismo sistema legal (caso de los matrimonios interraciales; poligamia y monogamia, en los países con regímenes coloniales, etc.) (150).

Esto es, ampliando las ideas del párrafo anterior, el estudio del orden público hay que realizarlo desde un punto de vista lógico-formal, o sea, indagando lo que es el orden público en la formalidad del derecho, en la estructuración lógica de un sistema jurídico, o, en otros términos, la cuestión a dilucidar estriba en lo que es el orden público en un sistema jurídico positivo, cuestión lógica consistente en analizar que elementos y que datos explican al orden público tal como es, sin juzgar cual es el fin o fundamento de ello, cuestiones estas últimas metajurídicas.

Las normas que se consideran de orden público, si las entendemos por su contenido, no nos pueden servir para el objeto de nuestro estudio, en tanto que, para los efectos de la ciencia del derecho, se debe de proceder

---

(150) Nieto Blanc: *Ob. cit.*, p. 28.

de una manera dogmática, sin examinar la justificación de las disposiciones que componen cada derecho positivo, que constituyen un conjunto de normas en relación a las cuales el problema valorativo no debe ser ni siquiera planteado; tales disposiciones, como dice García Maynez, "representan para el jurista un material que el no ha creado ni puede modificar, un sistema de imperativos de validez indiscutible, como son indiscutibles para el teólogo los dogmas que la divinidad ha revelado, o evidentes para el geómetra los axiomas en que sus deducciones se fundamentan" (151).

Desde un punto de vista lógico-formal, tan se consideran de orden público las disposiciones españolas que prohíben el divorcio, como las normas que, por el contrario, lo admiten en otros países; o, como igualmente son consideradas de orden público las disposiciones que en el sistema jurídico sudafricano prohíben los matrimonios entre blancos y negros. Toda esta disparidad de contenidos pueden ser valorados bajo disquisiciones ético-políticas, pero esa forma de encarar el problema es irrelevante en un enfoque formal del derecho, pues su labor consiste solo en explicar lo que es este en la estructura de un sistema jurídico positivo.

En pocas palabras, los fines ideológicos, inspiradores y justificativos de un sistema de derecho, aparte de no ser cuestiones propiamente jurídicas, son totalmente variables de un sistema normativo a otro. Por tanto esos datos no pueden servir para un estudio jurídico.

La cuestión a esclarecer no radica en preguntarnos si tal o cual disposición es de orden público porque realiza el bien común, la utilidad social, etc., sino en plantearnos el problema de el por que una norma jurídica es de orden público, cuestión radicalmente diferente a la anterior, y la cual impone la contestación previa, para los efectos de nuestro ensayo, a otra interrogante: que es el orden público en derecho internacional privado.

El orden público constituye en el derecho internacional privado un elemento técnico específico en la aplicación de leyes extrañas y por ende un problema de técnica jurídica, pues esta última es "la rama de la jurisprudencia técnica que tiene por objeto el estudio de la aplicación del derecho objetivo a casos concretos" (152). El orden público es también, como

---

(151) García Maynez: *Ob. cit.*, p. 125.

(152) *Ibidem.*, p. 318.

procuraremos demostrar en los párrafos siguientes, una cuestión que atañe a la sistemática del derecho; es, en suma, un tema relacionado con la ciencia del derecho. Vamos entonces a abordar la cuestión del concepto de orden público en esta disciplina y, con especial referencia a la teoría de la incorporación dual, que propusimos en este ensayo como criterio de solución al problema fundamental de la aplicación de leyes extrañas.

Hemos dicho que el Estado, inspirado por motivaciones de utilidad, justicia o necesidad, provee en la esfera de su legislación interna a la resolución de los problemas que plantea el comercio y la vida internacional de los hombres, por medio de reglas de aplicación de normas extrañas. Estas reglas de aplicación tienen como objeto primordial la incorporación al derecho propio de normas (tanto abstractas como concretas) integrantes de un sistema jurídico extraño.

Ahora bien, la validez del derecho extraño incorporado se apoya "en el propio valor del sistema jurídico incorporante ya que este en vez de regular por medio de normas sustantivas directas una determinada relación, recurre a un derecho extraño" (153). Esto es, mediante la norma de derecho internacional privado se realiza una vinculación entre la relación que se regula y un orden jurídico extraño, con lo que se asume la fuente del orden designado como fuente del propio orden, para dar validez a las normas emanadas de aquella fuente.

Hay casos en que a pesar de los mandatos de las reglas de derecho internacional privado que ordenan la incorporación de la norma extraña, esta última, por lo menos hasta cierto punto, no es aplicable. Se dice por la generalidad de la doctrina que en tales supuestos la inaplicación se justifica por ser contraria al orden público. Ahora bien, como es posible conciliar la aparente contradicción de que el derecho extraño con plena validez jurídica dentro del sistema incorporante, en tanto que por la incorporación es una norma integrante de dicho sistema, sea excluido basándose en consideraciones también jurídicas. Ya quedó demostrado que no se puede apoyar su exclusión alegando que va en contra del interés público, las buenas costumbres, etc., pues estas consideraciones en estricto derecho no tienen relevancia.

---

(153) Trigueros: "La Aplicación...", p. 35.

Consideramos que la solución a esta engañosa antinomia la proporciona el análisis de la estructura sistemática del derecho. Pero, para no caer en una petición de principio, es necesario que introduzcamos otro elemento en nuestra disertación: la noción del orden jerárquico normativo o del derecho como sistema.

#### 24.—LA ESTRUCTURA ESCALONADA DEL DERECHO.

Mencionábamos antes que el derecho extraño se incorpora y por tal razón se convierte en una norma del sistema incorporante. Si a esta norma la observamos aisladamente, tendremos que concluir, que en tanto que es una norma propia habría que aplicarla, sin que se pueda invocar razón alguna en contra de su aplicación.

Ahora bien, las normas jurídicas no existen aisladas y sin vinculación, están, por el contrario, integradas como un sistema unitario en el que las normas están jerarquizadas entre sí en relaciones de supraordinación y subordinación, según se les considere respecto de una norma superior o inferior. La pluralidad de normas que constituyen el derecho objetivo forman un sistema unitario, ya que su validez debe ser referida a una norma fundamental, que viene a ser la fuente primaria u origen de validez de esa estructura escalonada o jerarquía de normas. Tal norma fundamental es la constitución en sentido lógico jurídico. En las normas notamos diferentes carácter de generalidad, para ir descendiendo en una escala que nos lleva a las normas individualizadas o concretas. De esta suerte una norma se encuentra en medio de dos planos, uno superior y el otro inferior, esto es, en relaciones de supraordinación y subordinación. Está subordinada a la norma que le es superior y a su vez a ella se encuentra subordinada una norma inferior (154).

Dice Merkl, que el orden jurídico no se agota o se resume en un conjunto mas o menos numeroso de preceptos de general observancia. Al lado de las leyes, dicho mejor, subordinadas a ellas y por ellas condicionadas, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Tales actos jurídicos son en todo caso individualización de preceptos generales. Merkl da a dichos actos la designación de normas especiales o individualizadas, para distinguir las de las generales o abstractas. Unas y otras forman

---

(154) Kelsen, Hans: *Teoría General del Estado*, Labor, 1934.

parte del orden jurídico total (155).

El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transfórmase en concreta, denomínase aplicación. Si examinamos el derecho a la luz de su aplicación descubrimos —dice Merkl— el criterio que permita establecer una ordenación jerárquica entre las diversas normas de aquel, y entre estas y los actos jurídicos (156).

El proceso de aplicación es una larga serie de situaciones que se escalonan en orden de generalidad decreciente. Expresa Terán Mata que todas las situaciones jurídicas dentro de un sistema no tienen el mismo grado de generalidad, sino que hay situaciones de derecho mas generales. Las situaciones jurídicas mas generales no se producen dentro de las menos generales, sino que estas últimas se producen dentro de las mas generales; es decir, no es posible captar una situación jurídica particular sin base en una situación general, pero si es posible captar una situación general sin base en una situación particular (157). Se nota, pues, que en el proceso normativo existe un principio fundamental, según el cual la creación o dinámica del derecho va de lo general a lo particular, a través de un sistema de individualización de las normas abstractas, que va descendiendo en la jerarquía jurídica y en cada grado, las nuevas normas pierden un punto en generalidad para ganar correlativamente en concreción.

## 25.—EL CONCEPTO DE ORDEN PUBLICO.

Con las disquisiciones que anteceden se ha puesto en evidencia un dato fundamental para nuestra disertación: si bien se puede captar en apariencia la existencia de una norma en forma separada, su significado y valor en derecho solamente es posible entenderlo refiriéndola al sistema jurídico a que pertenece. Aclarada esta idea ya tenemos elementos suficientes para apoyar el punto de partida a la solución integral del problema de la conceptualización jurídica de orden público.

El juez de un Estado al aplicar una norma extraña realiza un acto de aplicación de la regla de derecho internacional privado, que le ordena que dados determinados supuestos resuelva conforme al contenido de esa ley

---

(155) Merkl, Adolfo: *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit. por García Maynez, ob. cit., p. 84.

(156) *Loc. cit.*

(157) Terán Mata, J. Manuel: *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1967, p. 147.

extraña. Ahora bien, el acto de aplicar una norma implica una labor de interpretación que, como manifiesta García Maynez, "no debe circunscribirse a la fórmula misma, sino que ha de realizarse en conexión sistemática con todo el ordenamiento vigente" (158). Esto es, el significado de la norma extraña incorporada no solo depende de lo que la norma exprese, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un texto y el de otro que pertenece al mismo ordenamiento jurídico incorporante de que se trate. Esto como una consecuencia obligada de la estructura unitaria de un orden normativo.

Por medio del sistema de la incorporación de la norma extraña, se crea, dentro del ordenamiento incorporante, una norma de contenido igual al que tiene esa norma extraña en el ordenamiento jurídico del que proviene. Resulta así, en la gráfica expresión de Chiovenda, que el órgano del Estado "aplica el derecho extranjero, pero como derecho nacionalizado, y no como derecho extranjero" (159). De esta manera, la norma extraña no tiene de extraña mas que el nombre pues es una verdadera y propia norma del sistema incorporante y, como cualquier precepto de dicho sistema, tiene fijada una posición en su estructura, está regida por las categorías del sistema y vale en tanto realice la hipótesis de una norma superior. De ahí, que los efectos de la norma incorporada puedan ser todo lo igual o semejantes a los que tendría en el sistema del cual fue tomada, esto solamente en la medida que lo permita una norma de mayor jerarquía en el sistema jurídico que la incorpora, o, en otros términos, solo son posibles los efectos de una norma extraña incorporada hasta donde sean compatibles con la estructura escalonada del sistema. Sostener lo contrario resulta absurdo, pues es ilógico suponer que una norma inferior, cuya validez solamente es posible explicarla en relación con aquellas que le sirven de antecedentes y fundamento, pueda serles opuesta. Todo sistema de derecho debe ser congruente consigo mismo, no deben de oponerse los preceptos contenidos en él; tal requisito, como dice Del Vecchio, "se funda esencialmente en la naturaleza del sistema jurídico, el cual debe constituir un todo único y homogéneo, un verdadero organismo lógico, capaz de suministrar una norma segura —no ambigua y menos aun contradictoria— para toda posible relación de convivencia" (160).

(158) García Maynez: *Ob. cit.*, p. 359.

(159) Chiovenda, cit. por Trigueros: "*La Aplicación...*", p. 35.

(160) Del Vecchio: *Los Principios Generales del Derecho*, cit. por García Maynez, *ob. cit.*, p. 371.



## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tenemos pues, que así como la formación escalonada o piramidal del derecho permite explicar la incorporación de la norma extraña, esa misma formación escalonada permite dilucidar lo que el orden público y su fundamento. La idea que implica la expresión orden público: la imposibilidad de dar efectos a la norma material extranjera en lo incompatible con el sistema jurídico incorporante, es un principio que se desprende del análisis de la naturaleza unitaria y escalonada de cualquier sistema de derecho; así se le denomine a tal principio orden público o con cualquier otra expresión.

Surge de esta manera, la noción de orden público insertada en las sistematizaciones legislativas con un alcance preciso, para realizar una función de contención con el correlativo equilibrio resultante en las situaciones mencionadas. Cumple pues misión funcional y técnica en el campo del derecho internacional privado en cuyo ámbito es un concepto necesario, en tanto que constituye un límite a la aplicación de leyes extrañas.

En resumen, la noción de orden público es un concepto lógico-jurídico que se deriva del análisis de la estructura unitaria de un sistema de derecho, donde realiza una función específica y que podríamos definir como *el medio técnico de hacer prevalecer la integridad sistemática del derecho*.

Así enmarcado el orden público, tenemos un criterio que precisa los elementos que lo constituyen y queda definido el concepto con certeza. Con esto no resulta ya labor difícil determinar cuando la norma extraña viene a actuar en contra del derecho interno.

Los casos en que se contravienen los dictados de la ley por aplicación de leyes extrañas no pueden ser determinados de antemano, deben ser fijados por interpretación, analizando cual es el lugar que viene a ocupar la norma extraña dentro de la estructura escalonada del sistema incorporante, para de esta manera fijar sus límites de validez. Cuestión que es precisa y solo plantea el problema de ubicar debidamente a la norma extraña dentro del escalonamiento necesario del derecho.

Hemos hecho hincapié en que el derecho de cada Estado es un todo unitario y sistemático y por lo tanto se debe entender que el derecho extraño nunca puede venir a romper su estructura. La norma extraña viene a formar parte de un sistema de derecho, pero no de una manera arbitraria, sino que tiene una posición determinada dentro de las categorías jurí-

dicas del sistema. Esto es, verbigracia, si se incorpora una norma concreta extraña, un contrato celebrado en el extranjero, hay que ver hasta que punto es compatible con los preceptos que, en el orden incorporante, regulan la autonomía de la voluntad, pues estos preceptos son de mayor jerarquía que la normal individual (el contrato) y esta de aquellos deriva su validez.

En suma, solo valorando cada caso particular se podrá determinar si la aplicación de una norma extraña es contraria o no al sistema incorporante, por lo que nunca tendrá sentido enumerar de antemano los casos en que operará el orden público. En principio se considera aplicable la regulación sustancial de la norma extraña, pero siempre y cuando el resultado de su aplicación se mueva dentro de la esfera que permite una norma superior, límite de su validez. De esta manera el límite de validez de la norma extraña resulta controlado y regulado por el juego del orden público.

Hay que plantear ahora la situación inversa: hasta donde puede llegar la actividad del orden público y cuales son sus límites. Como consecuencia de lo hasta aquí apuntado, hay que recalcar que la actividad del orden público no puede ir mas allá de lo que el propio sistema jurídico haya estatuido, de ahí que los límites estén constituidos por dicho sistema. Se colige de lo anterior que el órgano del Estado encargado de aplicar el derecho, no puede rechazar los efectos que resulten de la aplicación de una ley extraña, mas que en el supuesto de que sean incompatibles con el propio sistema incorporante, por dar como resultado, dicha aplicación, que una norma superior resulte afectada. Por esta razón es absurda la idea que han sostenido algunos tribunales europeos, de que una ley extranjera pueda ser contraria al orden público de la ley del fuero, aunque el Estado posea una ley similar, como fue el caso de un alto tribunal de Holanda que denegó el reconocimiento, por razones de orden público, a la abrogación de la cláusula oro dispuesta en Canadá, si bien los propios Países Bajos la habían abolido en ese tiempo (161). Este caso constituye la muestra mas evidente de lo ilógico que resulta situar la aplicación del orden público por encima de su concepto técnico, actitud que lo único que produce es abrir el camino al desenfreno judicial.

Otro aspecto que se deriva de las nociones apuntadas en la unidad del

---

(161) Sentencia del Hooge Raad de Holanda de 26 de mayo de 1939, cit. por Nusbaum, *ob. cit.*, p. 136.

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

concepto de orden público. Estimamos que no se puede establecer una diferencia esencial entre el llamado orden público interno y el denominado orden público internacional. Si como como mostramos, el orden público realiza la función de hacer prevalecer los dictados de la ley entendidos según la interpretación sistemática del derecho, es evidente que la función de la noción es siempre la misma, de donde resulta que ambas denominaciones se refieren a ideas que se consubstancian, esto es, son diferentes nombres, pero en esencia se refieren a una única y misma idea.

Derivada también de las nociones apuntadas, está la solución al problema del fundamento del carácter excluyente del orden público. Esta cuestión es abordada por la generalidad de la doctrina con apoyo en elementos metajurídicos. Las observaciones aportadas hasta este punto, permiten fundar la exclusión del derecho extraño por el juego del orden público con un criterio estrictamente jurídico. El orden público no se impone como cláusula de reserva, como válvula de escape al resultado dañoso que produce aplicar la norma de derecho internacional privado, ni tampoco significa un juicio de valor sobre las concepciones políticas y morales de otros pueblos. Como mencionamos en otro lugar, la norma extraña incorporada no viene a modificar el derecho del sistema incorporante, puesto que viene a formar parte de un todo y vale en tanto le permita valer una norma superior, de donde resulta que no se inserta de una manera arbitraria, sino dentro de una posición determinada en las categorías jurídicas del sistema incorporante. De ahí, que si no se coloca en situación de encadenarse estructuralmente con el sistema debe ser rechazada.

De lo anterior resulta, que la exclusión de la norma extraña se funda en las características inherentes a todo orden jurídico: la estructuración lógico-formal del derecho requiere que la norma incorporada encuentre un apoyo superior en la estructura piramidal del sistema normativo y si no se colma esa exigencia el orden público se impone, pero en un orden de categoría, de valor jurídico.

Se ha puesto de manifiesto que en determinados casos el juego del orden público evita que se aplique la norma extraña. Las razones de ello ya han sido lo suficientemente expuestas y sería ocioso volverlas a repetir. Ahora bien, queda todavía un problema en pie: el consistente en determinar hasta que grado es absoluta la inaplicación de la norma extraña,

esto es, hasta que punto se debe rechazar por razones de orden público.

La generalidad de la doctrina, por uno u otro camino, ha llegado a sostener que el juego del orden público produce el efecto de hacer inaplicable a la norma extraña, ya sea, como lo pretenden algunos, porque tal regla nunca es competente frente a los supuestos de orden público, o, como pretende otro grupo de autores, porque aquel se opone como obstáculo o excepción en los casos en que la norma extraña normalmente debiera aplicarse. Ambas corrientes doctrinales llegan a una conclusión semejante: el orden público, bien como principio general o como excepción produce el efecto de evitar la aplicación de la norma extraña. Consideramos que esta conclusión no es rigurosamente exacta, pues no hay razón para sostener un rechazo absoluto de la norma extraña, en tanto que no siempre todos los efectos de ella son incompatibles con el sistema jurídico incorporante.

Vamos a suponer el caso de una sociedad extranjera que pretende realizar sus actividades en México. Las sociedades extranjeras, según el art. 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, si están constituidas legalmente en su país de origen pueden ejercer sus actividades en México. En este caso el orden jurídico mexicano incorpora una situación jurídica concreta surgida en un sistema normativo extraño: la constitución de una sociedad mercantil. Ahora bien, imaginemos que la sociedad de nuestro ejemplo tiene como objeto social la venta de primera mano del petróleo el gas y los productos que se obtengan de la refinación de estos. En tal hipótesis, aun en el caso de que la Ley General de Sociedades Mercantiles no previera la excepción de orden público, la incorporación no tendría absolutamente ningún efecto por ser esto incompatible con el sistema jurídico mexicano, al ir en contra de lo dispuesto por el art. 27 constitucional y su reglamento en el ramo del petróleo, que señalan dichas actividades como exclusivas del Estado. En este caso no se podría estructurar dentro del sistema jurídico incorporante, habría por tanto un rechazo total de sus efectos. Pero esto no sucede siempre, abundan por el contrario los casos en que solo algunos efectos de la aplicación de la norma extraña son incompatibles con la estructura del sistema. Pensemos también en una sociedad extranjera que viene a establecerse en México y en su objeto social no hay nada que no se adecúe a lo dispuesto por las leyes mexicanas. Imaginemos que en la escritura constitutiva de dicha sociedad se encuentra

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

estipulado que un grupo de socios queda excluido de la participación en las utilidades de la empresa; en este supuesto, por disposición del art. 17 de la ley de sociedades, habría que privar de efectos a la mencionada estipulación, pero no hay razón alguna para descartar los demás efectos de la norma concreta extraña, en tanto que solo el mencionado efecto es contrario a una norma superior en el sistema. Tanto en este caso como en el anteriormente mencionado, la norma de derecho internacional privado produce la incorporación al derecho propio de dos normas concretas extrañas; pero en el primer caso la norma extraña incorporada no puede producir ningún efecto en tanto que todos son incompatibles con el sistema incorporante; por el contrario, en el segundo caso, nada más un efecto es incompatible y por tanto solo este es rechazado por el orden público, subsistiendo todos los demás.

Otro caso: Supongamos un testamento realizado en un país extranjero en el que se dispone de ciertos bienes que se encuentran en México. En tal supuesto, encontramos la disposición contenida en el art. 1593 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que previene que se le dará efectos en México al testamento hecho en país extranjero que haya sido formulado de acuerdo con las leyes del país en que se otorga. Vamos a suponer que en ese país extranjero se conceda al testador facultades ilimitadas para disponer de sus bienes y que este disponga de su patrimonio sin preservar el derecho de alimentos de sus hijos, facultad de disposición, por hipótesis, plenamente válida en el país donde se otorga el testamento. En este caso se incorpora una situación jurídica particular surgida en un sistema extraño (un testamento otorgado en un país extranjero). El juez mexicano, en este ejemplo, conforme al criterio propuesto deberá examinar la institución donde la norma extraña se va a insertar, para ver hasta que punto es posible estructurarla en el orden jurídico interno y se encontrará con la disposición del art. 1374 del código civil vigente que reputa como inoficioso el testamento en el que se priva de pensión alimenticia a los que tienen derecho a obtenerla. En este supuesto la incorporación se realiza, subsiste el testamento, pero privado del efecto incompatible al que se ha aludido.

En suma, la incorporación de la norma extraña se realiza siempre y en consecuencia el juego del orden público no rechaza totalmente la aplica-

ción de la norma extraña sino solo sus efectos que no son posibles de estructurar en el sistema. Esta distinción es de importancia extrema y por tal razón son necesarias las disquisiciones tendientes a determinar la medida de la actuación del orden público, en tanto que si se sostiene que el orden público produce como efecto el rechazo de la norma extraña y no solamente el privarla de efectos como pensamos nosotros, la aplicación del orden público resulta excesiva y da como corolario un desborde de la función que en estricto derecho le corresponde.

\* \* \*

Estimamos que lo expuesto en este capítulo corresponde al planteo verdadero. Quedó demostrada la naturaleza del orden público, así como su lugar, función y límites en el campo jurídico. En la práctica el criterio propuesto hace posible allanar cualquier dificultad con solo atender a la relación existente entre las normas que integran un sistema jurídico, es decir, a la estructura escalonada y sistemática del derecho. Consecuentemente hay que eludir cualquier intromisión de criterios basados en consideraciones metajurídicas, como son aquellos que conceptúan al orden público en atención a sus finalidades expresas o presuntas, en tanto que el carácter ideológico que preside esos criterios, aparte de trasladar la cuestión a otros campos no jurídicos introducen la inestabilidad y la impresión en todas las conclusiones que basadas en ellos se formulen.

El criterio que hemos expuesto permite precisar con objetividad, en todos los casos posibles, cuando la aplicación de una norma extraña contraviene un sistema jurídico y se hace intervenir la noción de orden público, con lo que se elimina del campo del derecho internacional privado la arbitrariedad, la inseguridad y la subjetividad en los problemas de aplicación de leyes extrañas en los que juega el orden público.

## CONCLUSIONES

## CONCLUSIONES

Nuestro examen de la noción de orden público en el derecho internacional privado ha terminado. Ahora procuremos hacer un resumen de nuestras indagaciones.

1.—El estudio del orden público en el derecho internacional privado, en tanto que es un problema específico en la aplicación de leyes extrañas, supone la previa solución al problema fundamental de esta rama jurídica, planteado por una parte por la naturaleza cosmopolita del hombre moderno que excede en sus actividades los límites de un sistema jurídico dado y, por otra, la necesaria territorialidad del derecho que impide, sin el auxilio de la técnica jurídica, la protección a las relaciones que excedan su ámbito espacial de vigencia.

2o.—El problema fundamental al que hemos dedicado nuestra atención solamente es posible resolverlo dentro del campo de cada sistema jurídico interno, pues es facultad exclusivamente estatal dar adecuada regulación jurídica a las situaciones con implicaciones normativas de derechos extraños que se planteen en su territorio.

3.—Los sistemas de derecho estatales deben resolver el problema señalado mediante normas de aplicación de leyes extrañas que tienen como fin la incorporación al derecho propio de normas de otro sistema jurídico.

4.—La incorporación se realiza paralelamente en dos formas: la incorporación de la norma general extraña, cuando lo que se va a apreciar es una actividad que se realiza en el territorio del Estado incorporante; o bien,



la incorporación de la norma individual o concreta creada en un sistema extraño, cuando se trata de apreciar los efectos jurídicos que produce en el derecho propio una actividad realizada fuera del territorio estatal.

5.—Situada la aplicación de leyes extrañas como un problema que se resuelve dentro de la estructura de cada sistema jurídico, el orden público, aspecto de suma importancia, encontrará también su preciso perfil en la referencia a la susodicha estructura, es decir, la idea que implica el orden público hay que determinarla recurriendo al mismo campo que le sirve de marco a su actuación, tomando en cuenta la estructura lógico-formal de todo sistema de derecho.

6.—En relación con la conclusión anterior debemos recordar que por la incorporación, la norma extranjera pierde toda relación con el sistema jurídico del cual proviene y pasa a formar parte del incorporante. La norma extranjera incorporada, al igual que cualquier norma, ocupa un lugar dentro de la estructura escalonada del sistema que la incorpora, se apoya en el propio valor normativo del sistema y vale en tanto sea la realización de la hipótesis de una norma que, con respecto a aquella, es de mayor jerarquía en la estructura; de ahí que no pueda contrariar los mandatos de una norma superior pues todo cuanto los contraríe es ineficaz.

7.—El orden público aparece de esta manera como un concepto que se desprende de la estructura escalonada de un sistema jurídico, en tanto que dicho sistema debe entenderse con un todo único y homogéneo, un organismo lógico-formal, en el que no es concebible que existan normas contradictorias.

8.—El orden público cumple misión funcional y técnica dentro del derecho internacional privado en cuyo ámbito es un concepto necesario, en tanto que constituye un límite en la aplicación de normas extranjeras, y que podríamos definir como el medio técnico de hacer prevalecer la integridad sistemática del derecho. En consecuencia debe examinarse dentro de cada sistema jurídico, tomando en cuenta la formación de este sin que sea relevante el contenido material de la norma denominada de orden público, puesto que este contenido es contingente por necesidad.

9.—No hay diferencia entre lo que se ha llamado orden público inter-

## EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

no y el denominado orden público internacional, pues ambas nociones se reducen a un solo concepto.

10.—La aplicación del orden público no implica un juicio de valor sobre la norma extranjera rechazada, sino que se impone en un orden de categoría jurídica. Consiguientemente, no rechaza la incorporación de la norma extraña, sino solo los efectos del contenido material de esta incompatibles con el sistema incorporante.

## BIBLIOGRAFIA

## BIBLIOGRAFIA

- AGO, ROBERTO: Teoria del Diritto Internazionale Privato, Padova, Italia, CEDAM, 1934.
- ALFONSÍN QUINTÍN: El Orden Público, Montevideo, 1940.
- ARCE, ALBERTO: Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano, Guadalajara, Font. 1943.
- BARTIN, ETIENNE: Etudes de Droit International Privé, París, A. Chevalier Maresq, 1899.
- Boletín del Instituto del Derecho Comparado de México, año IV, No. 10.
- BROCHER, CHARLES: Nouveau Traité de Droit International Privé, París, E. Torin, 1876.
- CARRILLO, JORGE: Nuevas Tendencias Doctrinales en el Derecho Internacional Privado, México, Revista de la Facultad de Derecho, 1963.
- DEPAGNET: Etudes sur l'Ordre Public en Droit International, París, Revista Clunet, 1889.
- DOVE, EMIL: Derecho Internacional Privado, Barcelona, Bosch, 1947.
- FIORE, PASCUALE: Derecho Internacional Privado, Madrid, F. Góngora, 1889.

- GALLARDO VÁSQUEZ, GUILLERMO: *Precisión y Universalización de los Fundamentos Teóricos y Filosóficos del Derecho Internacional Privado* (Conferencia pronunciada en 1960 ante el Colegio de Abogados) publicada en la obra *El Pensamiento Jurídico de México en el Derecho Internacional Privado*, México, Manuel Porrúa 1960.
- GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO: *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1961.
- GOLDSCHMIDT, WERNER: *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1952.
- JELLINEK, JORGE: *Teoría General del Estado*, México, Continental, 1958.
- JITTA, J.: *Método de Derecho Internacional Privado*, Madrid, La España Moderna, s/fecha.
- KELSEN, HANS: *Teoría General del Estado*, Labor, 1934.
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1950.
- LIENHARD, W.: *Le Role et la Valeur de l'Ordre Public en Droit Privé Interne et en Droitt Privé International*, París, Sirey, 1934.
- MANCINI, PASCUALE: *Memoria al Instituto de Derecho Internacional*, París, *Revista Clunet*, 1874.
- MATOS, JOSÉ: *Derecho Internacional Privado*, Guatemala, Sánchez y de Guise, 1922.
- MAURY, JACQUES: *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Cajica, 1949.
- MAURY, JACQUES: *L'Eviction de la Loi Normalement Competente: l'Ordre Public et la Fraude a la Loi*, Valladolid, España, Universidad de Valladolid, 1952.
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1966.

- NIBOYET, J. P.: Principios de Derecho Internacional Privado, México, Editora Nacional, 1965.
- NIBOYET, J. P.: Traité de Droit International Privé Français, París, Sirey, 1947.
- NIETO BLANC, ERNESTO: El Orden Público, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.
- NUSBAUM, ARTHUR: Principios de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, DEPALMA, 1947.
- PACCHIONI, GIOVANNI: Elementi di Diritto Internazionale Privato, Padova, Italia, CEDAM, 1930.
- PILLET, ANTOINE: Traité Pratique de Droit International Privé, París, Aelter, 1923.
- RECASÉNS SICHES, LUIS: Estudios de Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch.
- ROA, JULIO DE: Del Orden Público en el Derecho Positivo, Buenos Aires, Juan Meléndez, 1926.
- ROMERO DEL PRADO, VÍCTOR: Derecho Internacional Privado, Córdoba, Argentina, Assandri, 1961.
- S. DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, ANTONIO: Derecho Internacional Privado, Habana, Cultural, 1934.
- SAVIGNY, FEDERICO CARLOS DE: Sistema de Derecho Romano Actual, Madrid, F. Góngora, 1879.
- TERÁN MATA, J. MANUEL: Filosofía del Derecho, México, Porrúa, 1967.
- TRIGUEROS SARAVIA, EDUARDO: La Aplicación de Leyes Extrañas. El Problema Fundamental, México, Revista Jus, 1941.
- TRIGUEROS SARAVIA, EDUARDO: La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado, México, Polis, 1938.
- WOLF, MARTIN: Derecho Internacional Privado, Barcelona, Bosch, 1958.