

EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

1. INTRODUCCION:

En atención al carácter bilateral de la regla de conflicto, puede suceder que la ley extranjera designada aplicable contenga disposiciones contrarias a nuestras concepciones morales o jurídicas, al punto que el juez nacional se niegue a aplicarla. Se dice entonces, que se descarta la ley material extranjera por ser contraria al orden público. Por ejemplo, en el Perú el estatuto personal se rige por la ley del domicilio, pero un extranjero domiciliado en un país musulmán que permite la poligamia no podrá casarse en el país con una segunda esposa, aunque su estatuto personal se lo permita, por ser contrario al orden público.

Bartola distinguía los estatutos odiosos de los estatutos favorables; los primeros no tenían ningún efecto fuera de la ciudad que los dictaba, dando como ejemplo de esta clase de estatuto la incapacidad de las mujeres a ser herederas. Sin embargo, la idea no se extiende suficientemente porque una gran parte de conflictos eran interprovinciales, y en el conjunto de Europa el derecho romano y la religión cristiana reducían las fuentes de divergencia.

En consecuencia, se puede observar que se ha introducido un elemento perturbador en la solución de los conflictos, impidiendo de una manera imprevista el juego normal de las reglas de conflicto. Jaime¹ afirma que el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general del derecho

¹ JAIME, Erick: Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. Caracas: Universidad central de Venezuela, 1991. pp. 218-219.

internacional privado. Sin embargo, sus efectos son aún más graves por cuanto ni la legislación, ni la jurisprudencia ha elaborado una definición de las materias contrarias al orden público, y vemos que esto es imposible porque la noción de orden público no sólo varía de país a país, sino también por el transcurso del tiempo en un mismo país.

Según Kahn, el orden público actúa a modo de una cláusula de reserva. Es decir, frente a la obligatoriedad de aplicar la ley señalada por la norma conflictual, y si esta vulnera el orden público, no debe por excepción ser aplicada.

2. CONCEPTO:

Despagnet² da la siguiente definición de orden público: «Conjunto de reglas que, dadas las ideas especiales admitidas en un determinado país, se consideran vinculadas a los esenciales intereses del mismo». Trias³ dice: «Conjunto de reglas legales que establecen las ideas particulares que, admitidas en un país determinado, son consideradas como afectas a los intereses del mismo».

Se puede decir que actualmente el orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado. Por regla general, están contenidos en la Constitución del respectivo Estado. Un Estado no aplica una ley extranjera o un tratado público si éstos desconocen tales

² DESPAGNET, Précis, p 360, citado por ORUÉ y ARREGUI: Manual de Derecho Internacional Privado, cit., p. 483.

³ TRIAS DE BES: "Le droit international privé en Espagne", en la vie juridique des peuples, Paris, Bibliothèque Espagne Delagrave, 1934, p. 342.

principios básicos.

Para Niboyet⁴: «El papel que desempeña el orden público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al país donde se la quiere aplicar». Aun suponiendo que no exista conflicto en cuanto a la ley declarada aplicable ni en cuanto a la calificación, es posible que la ley declarada aplicable por la norma de derecho internacional privado, puede hallarse en pugna con las ideas y principios morales, jurídicos y políticos esenciales en el territorio donde se la ha de aplicar. Así por ejemplo, una ley que consagre la esclavitud, la muerte civil, la poligamia, el nuevo matrimonio de una pareja que no se ha divorciado, no se aplica, en virtud del remedio que se conoce con el nombre de orden público internacional. Según el tratadista Yanguas de Messía⁵: «Lainé cree encontrar un antecedente de este concepto en la distinción entre estatutos favorables y odiosos, con que Bartolo y su escuela buscaron la exclusión de aquellos estatutos que fuesen contrarios al derecho común o a determinados principios morales y políticos dominantes en cada ciudad».

Hay que distinguir el orden público interno y el orden público internacional. El primero se desenvuelve dentro del derecho privado de cada país y se refiere a aquellas normas que no puedan ser derogadas por acuerdos particulares como el caso de la mayoría de edad. El segundo hace relación a la inaplicación de las normas extranjeras, que siendo originariamente aplicables, pudieran vulnerar los

⁴ NIIBOYET: Principios de derecho internacional privado, cit., p. 381

⁵ YANGUAS DE MESSIA: Derecho internacional privado, cit., p. 293

principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

El orden público está condicionado por una serie de factores que, son los siguientes:

a) La universalización del orden internacional, lo que supone una interrelación de situaciones entre personas de comunidades nacionales o estatales culturalmente diversas.

b) La heterogeneidad internacional en sus manifestaciones más importantes, como son las sociales y las políticas que inciden en la vida del hombre en sociedad.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ORDEN PUBLICO:

Existen varias posiciones sobre la naturaleza del orden público, así tenemos:

a) Teoría de Pillet:

Según esta teoría las leyes generales y las de orden público son una misma cosa y se confunden entre sí. Se le ha criticado a esta doctrina que la noción de orden público es demasiado inestable para que se la pueda identificar con la ley general, que resultaría una noción superflua, y que la noción de orden público es excepcional y no de competencia normal.

b) Teoría de Savigny:

Este autor establece la aplicación del orden público como un remedio excepcional contra la aplicación de la ley extranjera que normalmente debiera aplicarse. Determina dos categorías de normas de orden público internacional:

1.Leyes positivas rigurosamente obligatorias, de las que cita como ejemplo la poligamia, por razón moral, y la prohibición de poseer bienes inmuebles los judíos, por razón de utilidad pública;

2.Instituciones desconocidas en el país, tales como la esclavitud y la muerte civil.

c) Teoría de Bartin:

Bartin afirma⁶ que el derecho internacional privado supone la existencia de un vínculo jurídico, el cual resulta de una presunción de comunidad internacional. Conforme a esta tesis, para la aplicación de la ley extranjera se requieren dos condiciones:

1.Que estos Estados tengan las mismas reglas del derecho de gentes.

2.Que exista una cierta comunidad en cuanto a sus reglas de conflictos de leyes.

d) Teoría de Niboyet:

Para este célebre autor⁷, «el remedio del orden público al cual hay que recurrir en las hipótesis corrientes de la vida jurídica, funciona entre países que tienen la misma civilización y, hasta una civilización idéntica». En cuanto a la aplicación de la ley extranjera, «es preciso que entre los países exista, no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión (divorcio, reclamación de

⁶ BARTIN: Etudes de droit international privé, Paris, Journal Clunet, 1897, pp. 189-284, citado por YANGUAS DE MESSIA: Derecho internacional privado, cit., p. 349.

⁷ NIBOYET: Principios de derecho internacional privado, cit., pp. 389-390

alimentos por el hijo adulterino, etc.) un minimum de equivalencia de legislaciones». sino se alcanza ese minimum de equivalencia y con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, hay que recurrir a la noción de orden público, pues el aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se la invoca.

4. CONTENIDO DEL ORDEN PUBLICO:

La noción de orden público es indeterminada en cuanto a su contenido sustancial, comprendiendo por su finalidad un conjunto de valores esenciales del orden jurídico del foro. Entre éstos principios figuran los derechos fundamentales del hombre enunciados por las convenciones internacionales y por las diversas constituciones nacionales.

En cuanto al contenido del orden público, difieren los autores. El jurista Pillet⁸ enumera 8 categorías de normas:

- a) Las leyes que son de orden público;
- b) Las leyes atingentes a la seguridad de las personas;
- c) Las leyes de la propiedad sobre los casos y/o derechos;
- c) Las leyes sobre el crédito público;
- d) Las leyes procesales que son de inexcusable cumplimiento;
- e) Las leyes fiscales;
- f) Las leyes morales, y,
- g) Las leyes referentes al orden.

⁸ PILLET, Antonie: Principes de Droit Intemational Privé, Paris, Librairie de la Societé de Recueil General de Lois et Arrêts, 1963.

Por otro lado, Despagnet enuncia y enumera las leyes que constituyen el concepto de orden público⁹:

- a) Las leyes que cristalizan principios uniformes a todos los países civilizados;
- b) Las que cristalizan principios uniformes en varios estados;
- c) Aquellas normas de carácter prohibitivo propias de un determinado país.

Pero no es jurídico enumerar los casos de orden público, por cuanto es una noción difícil de precisar y encasillar en casos taxativamente enumerados.

Debe precisarse que la noción de orden público es fundamentalmente *nacional* ya que cada país tiene su propia concepción del orden público, por lo cual una determinada institución puede quebrantar el orden público de su país pero no el de otro.

5. CLASIFICACIONES DEL ORDEN PUBLICO:

Las principales clasificaciones son:

- a) El orden público internacional, opuesto al orden público interno:**

La expresión orden público internacional se ha propuesto en contraposición a la de orden público interno. El orden público interno se refiere a un sistema legislativo, obliga tan sólo a los nacionales e impide la aplicación de leyes extranjeras, dado su carácter positivo. Pero el orden público internacional es negativo, supone una ley que se opone a la eficacia de la

⁹ DESPAGNET, Précis, citado por ORUÉ y ARREGUI: Manual de Derecho Internacional Privado, cit., p. 483.

ley extranjera, obligando a nacionales y extranjeros.

Lienhard estima que sólo existe un orden público, esencialmente nacional, destinado a salvaguardar la legislación del Estado.

b)El orden público absoluto, opuesto al orden público relativo:

Algunos autores hablan de orden público absoluto para las relaciones internacionales y de orden público relativo para las relaciones internas. Esta clasificación es igualmente impropia para Niboyet: «dondequiera que se manifieste el orden público, sea en materia interna o internacional, siempre es absoluto en sus efectos. La expresión de orden público relativo no corresponde, pues, a lo que debe exigirse de su intervención».

Los autores alemanes emplean la expresión *Vorbehaltsschaukel*, vocablo que equivale a «cláusula de reserva». Según Yanguas de Messía¹⁰, «la cláusula de reserva es una especie de válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos. Su naturaleza consiste en ser una excepción a la comunidad de derecho».

Las leyes de orden público interno resultan de interés más que nada individual, mientras que las de orden público internacional; son de interés general.

6. EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCION:

¹⁰ YANGUAS DE MESSIA: Derecho Internacional privado, cit., pp. 308-309.

El orden público es visto actualmente como una excepción al juego normal de la regla de conflicto, evitándose en lo posible hacer uso de este recurso. Esta tendencia se verifica sobre todo en el mundo anglosajón.

La necesidad de que el orden público funcione solo excepcionalmente se expresa en la fórmula restrictiva utilizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y que actualmente se utiliza en todas las convenciones:

- La aplicación de una de las leyes declaradas competentes por la presente convención no puede ser descartada, salvo que sea manifiestamente incompatible con el orden público¹¹.

Bucher nos recuerda que tanto la jurisprudencia alemana como la Suiza subordinan la intervención de la cláusula de orden público a la exigencia de ciertos lazos como el Estado del foro. Esta condición ilustra la relatividad en el espacio del orden público ligado al carácter nacional.

7. EFECTOS DE LA EXCEPCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL:

7.1 EFECTO GENERAL: Sustitución de la ley del foro a la ley extranjera competente.- La aplicación de un derecho extranjero que conduce a un resultado incompatible con el orden público del foro es descartado o excluido, esto es lo que se conoce como el efecto negativo; es decir, la evicción de la solución propuesta por la lex causae extranjera. En doctrina se

¹¹ Por ejemplo, el Art. 7 de la Convención sobre Conflicto de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias.

afirma a menudo que este efecto negativo tendría como consecuencia un efecto positivo.

En ciertas materias o situaciones no hay lugar a ir más lejos: la inexistencia del derecho subjetivo resultante de la ley o de la sentencia que ha sido objeto de evicción constituye una respuesta suficiente. Por ejemplo, algunos países consideran contrario al orden público una sentencia extranjera que impida a casarse a un divorciado hasta después de un año de obtenido el divorcio. Cuando el orden público se opone al reconocimiento de una sentencia extranjera, la demanda de exequátur es rechazada sin que haya lugar a reexaminar la causa.

Este método presenta serios inconvenientes, como lo reconoce el propio Bucher, porque la solución de sustituir a la *lex causae* descartada supone la existencia de un cuadro normativo relativamente elaborado, que solamente la ley interna del foro puede proporcionar.

7.2 EFECTO ATENUADO: la excepción de orden público y los derechos adquiridos.- El carácter heterogéneo de la noción de orden público se manifiesta también, en el mismo dominio del derecho internacional privado, en que no tiene la misma extensión la adquisición de un derecho por la aplicación de una ley extranjera que el respeto en el país de un derecho adquirido en el extranjero. El ejemplo típico es el de la poligamia: ningún Estado de la cultura occidental autorizaría a un

musulmán casado a unirse con otra mujer en matrimonio aunque su estatuto personal lo permita, pero tampoco tendría motivo para rechazar la calidad de hijo legítimo o la condición de heredero de su padre al nacido de una unión poligámica. Este efecto atenuado del orden público no es compartido por todos los autores, ya que algunos sostienen, en contra de esta distinción, la unidad de efectos del orden público.

Es necesario observar que no se trata de excluir la intervención del orden público en lo que respecta a las consecuencias de derechos adquiridos en el extranjero, sino más bien de un efecto atenuado; es decir, que solo se manifiesta en los casos más graves.

La atenuación del papel del orden público en materia de derechos adquiridos en el extranjero expresa, sin duda, la dificultad de desconocer hechos acaecidos, como por ejemplo, un nuevo matrimonio realizado después de un divorcio, motivo por el cual deben existir razones particularmente graves para desconocer este hecho.

- 7.3 EFECTO REFLEJO: Valor de un derecho adquirido en el extranjero en virtud del orden público local.- El llamado efecto reflejo del orden público fue planteado por Bartin¹², partiendo de la jurisprudencia Belga. Se trata de dos polacos de religión diferente, uno católico y el otro judío, que se casaron en Bélgica. La legislación polaca de esa época prohibía el

¹² BARTIN, Etienne. Op. Cit. Tomo I, pp. 254-256.

matrimonio interconfesional, salvo dispensa legal. Tal prohibición era considerada por los belgas contrarias al orden público, el cual proscribía toda discriminación fundada en la diferencia de religión. Por tal motivo el matrimonio se celebró en Bélgica sin dispensa. Posteriormente la pareja se domicilia en Francia, y allí el marido plantea el problema de la invalidez del matrimonio por inobservancia de la ley polaca.

Los juristas franceses se dividieron sobre la solución que debía darse al caso sub litis. Algunos se pronunciaron a favor de la nulidad de matrimonio, basándose en el carácter nacional del orden público, señalando que el respeto al orden público belga no concernía a los tribunales franceses. Entonces, como los polacos se casaron contrariamente a su ley nacional, su matrimonio era nulo.

Otros juristas sostenían que el orden público francés tenía al respecto la misma concepción que el orden público belga. Por esta razón se admite en este caso un efecto reflejo del orden público francés: el matrimonio se celebró por aplicación de la ley Belga que sustituyó a la ley polaca, pero esta sustitución está justificada porque el orden público Belga es idéntico al orden público Francés. En consecuencia, hay un efecto reflejo del orden público Francés por intermedio del orden público Belga.

8. TENDENCIA ACTUAL DEL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL:

La tendencia actual es extender el orden público internacional a las prohibiciones legales de orden público interno. Es decir:

a)La voluntad de las partes no puede derogar las normas de orden público por ser éstas mandatorias e irreparables.

b)Las normas de orden público interno pueden ceder ante el derecho extranjero, aunque no sean de ámbito internacional¹³.

c)Las normas de orden público internacional no ceden ante ninguna otra.

d)El orden público interno impide aplicar otra norma que la local; en cambio, el orden público internacional sólo es imperativo de la norma extranjera.

A su vez, el Código Bustamante, consagra como leyes de orden público:

1)Las reglas constitucionales,

2)Todas las reglas de protección individual o colectiva, establecidas por el derecho político administrativo.

¹³ LAZCANO, Carlos A.: Derecho Internacional Privado, La Plata, Editorial Platense, 1965, pp. 157-167.