

## CAPÍTULO VII

## De la autoridad territorial del derecho público y de las leyes de orden público.

245. Es necesario determinar en qué caso no puede tener autoridad alguna, en el territorio la ley extranjera. — 246. Del derecho público. — 247. Dificultades para determinar las leyes de orden público. — 248. Laurent parece que no establece diferencia esencial entre estas leyes y el derecho público. — 249. Opinión de Borsari. — 250. Diferencia que debe establecerse entre unas y otro. — 251. Planteamiento de la cuestión ante la autoridad territorial ó extraterritorial de las leyes. — 252. Teoría de Brocher. — 253. Fórmula propuesta por Mancini y por Asser. — 254. Observaciones críticas. — 255. La regla sancionada por el legislador italiano es también vaga. — 256. Nuestra opinión para determinar el principio de la territorialidad de las leyes. — 257. Se establece la diferencia entre el principio por nosotros sostenido y el criterio de Mancini. — 258. Confírmase la regla acerca de la territorialidad de la ley. — 259. Limitación fundada en la ofensa á las buenas costumbres.

245. En la exposición hecha anteriormente acerca de los principios que deben regir la autoridad extraterritorial de las leyes extranjeras, hemos consignado muchas veces la máxima general por nosotros establecida en los principios fundamentales, á saber: la ley extranjera no puede tener autoridad en el territorio de un Estado, sino á condición de que no se siga ni exista ofensa alguna contra las leyes de derecho público ó contra las de orden público. Sobre este principio hemos fundado la justa limitación de la aplicación de las leyes extranjeras concernientes á las personas, á los bienes, á los actos y á las relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, teniendo siempre en cuenta que estas leyes no pueden tener autoridad, si el reconocerla implica denegación del derecho público del Estado, de las leyes, del orden público ó de las que se refieren por cualquier concepto á las buenas costumbres. Hemos dicho muchas veces que esta excepción se funda en el concepto de que estas leyes tienen por objeto proteger el de-

recho social, y que, por tanto, deben tener una autoridad exclusiva en el territorio, siendo la tutela del derecho y de los intereses sociales la principal misión de la soberanía.

En el sistema seguido por nosotros es la excepción una de las partes más interesantes, puesto que se funda en ella toda la teoría de la autoridad territorial de las leyes. Es, pues, indispensable esclarecer y precisar el concepto jurídico de esta excepción para declarar y precisar el límite de la territorialidad y de la extraterritorialidad de las leyes.

246. No es difícil, en realidad, determinar las leyes pertenecientes al derecho público del Estado. Están, en efecto, conformes todos en reconocer que pertenecen á esta categoría las que tienen por objeto defender los principios de organización política del Estado, y la división y distribución de los poderes públicos necesarios para la vida del mismo y para el desarrollo de su actividad. Tales son las leyes constitucionales, las administrativas y las penales; las que proveen á la seguridad, y se denominan leyes de policía; las relativas á la organización judicial, á las jurisdicciones y á la competencia; y en general, las leyes que proveen á la tutela de los derechos de los intereses del Estado (considerado como un todo) y á la conservación del mismo.

247. La dificultad nace respecto de las leyes de orden público, y es verdaderamente grave, porque los legisladores no han podido enumerarlas y la ciencia misma no ha establecido á su vez criterios seguros, para poder hacer de ellas una enumeración completa.

En el Código civil francés, como observa oportunamente Laurent, se ha empleado la expresión *orden público*, de modo que ésta se preste á la confusión.

El art. 6.º de este Código dispone que no se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, y los escritores que se han fundado en dicho artículo para distinguir las leyes reales, esto es, las que deben tener autoridad absoluta en el territorio, han entendido de un modo distinto la expresión *orden público*. En efecto, algunos han sostenido que ésta designa las leyes correspondientes al derecho público, que es sin duda esencialmente territorial.

Otros la han considerado como adoptada para denotar las leyes que se refieren al interés general, considerando que la misma se ha adoptado en este sentido en el art. 1.133 del Código civil francés, que definiendo la causa ilícita en las convenciones, dispone lo siguiente: «Es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público y á las buenas costumbres.» Otros escritores han considerado como leyes de orden público aquellas que determinan el estado de las personas y la capacidad ó incapacidad que de él resulta. En este concepto se funda la teoría que sostiene que deben ser retroactivas las leyes en lo concerniente al estado de las personas, porque estas leyes interesan al orden público (1).

**248.** Según parece, no encuentra Laurent una sustancial distinción entre las leyes de orden público y el derecho público. «En el lenguaje jurídico son sinónimas estas expresiones» (2). Aduce únicamente en apoyo de su opinión, que cuando se trató de la discusión del Código civil francés, las expresiones derecho público y orden público se emplearon sin distinción, y que Portalis declaró expresamente que el Código entendía por *orden público* lo que los jurisconsultos romanos denominaban *derecho público*, que no podía derogarse, y que lo consideraban en oposición con las leyes de interés privado, las cuales podían ser derogadas por las personas mediante convenciones especiales.

**249.** Entre los jurisconsultos italianos ha sostenido Borsari que las palabras adoptadas por el legislador en nuestro artículo 12, que excluye la aplicación de las leyes extranjeras que deroguen las prohibitivas del Reino concernientes á las personas, á los bienes ó á los actos, sean como una paráfrasis de las palabras derecho público interior.

(1) Conf. Merlin, *Effet rétroactif* Repert.; Demolombe *Código civil*, V, 1; Bianchi *Elementi del Codice civile*, tomo I, *Nozioni preliminari*, § 2.º; Borsari, *Comment. al Cod. civ.*, y Gabba, *Retroattività delle leggi*, el cual refiere la opinión de los escritores y expone cuidadosamente la doctrina y la legislación á ella relativa, en el tomo II, cap. II.

(2) *Derecho civil internacional*, tomo II, § 204.

**250.** En la materia de que nos ocupamos debe examinarse la cuestión, no sólo bajo el punto de vista general, sino también bajo el particular, que interesa más directamente, como es el de determinar las leyes que deben tener autoridad exclusiva en el territorio del Estado, y que no pueden derogarse invocando la aplicación de una ley extranjera, contraria ó distinta de las mismas. Bajo el punto de vista general, hemos dicho ya que debe establecerse una diferencia entre el derecho público y las leyes de orden público propiamente dichas. Nosotros sostenemos que no deben considerarse como pertenecientes á esta segunda categoría todas las leyes de organización social, puesto que bajo este respecto deberían ser consideradas como de orden público todas las leyes, incluso aquellas que proveen á los intereses particulares de los ciudadanos, y que regulan la actividad de cada cual en su exclusivo beneficio, proveyendo también á los intereses sociales y evitando la confusión y la anarquía. Las leyes de orden público que no deben derogar los particulares, deben ser precisamente aquellas cuyo fin directo y principal es el interés de los terceros y la conservación de las instituciones sociales.

Siempre que en una disposición legal no entre sólo el interés general, pero deba éste reputarse como *el fin directo y principal* de aquélla, deberá considerarse la misma en la categoría de las leyes de orden público.

**251.** Pasando ahora á examinar la ley extranjera frente á las leyes del Estado, para decidir cuándo debe admitirse su autoridad extraterritorial, es decir, cuándo debe considerarse eficaz para regular en otro país las relaciones jurídicas sometidas á su imperio, y cuándo la ley de un Estado, teniendo en cuenta la absoluta autoridad que debe ejercer en el territorio, habrá de excluir el imperio de toda ley extranjera, debemos notar que las teorías establecidas por los escritores no son suficientes para resolver por completo esta grave controversia, y que ni aun en esto es clara y precisa la regla establecida por el legislador italiano.

**252.** Brocher ha creído hallar un criterio decisivo para determinar los límites de la aplicación de la ley extranjera, distinguiendo las leyes de orden público interior de las de orden pú-

blico internacional, siendo las últimas las que sancionan los principios de orden superior, y de las que cada soberanía debe considerarse obligada, no sólo á reclamar el respeto á las mismas en su propio territorio, sino también, excluir en esto toda influencia de la ley extranjera, que puede ordenar lo contrario. De este modo, dice, son las leyes que prohíben la esclavitud, la muerte civil y otras instituciones análogas condenadas en el territorio (1).

**253.** Mancini y Asser, en su memoria presentada al Instituto de Derecho internacional, formularon de este modo la regla para determinar el concepto jurídico de la territorialidad de la ley. «Las leyes personales del extranjero no pueden ser reconocidas ni tener efecto en el territorio sometido á otra soberanía si están en oposición con el derecho público y con el orden público de este mismo territorio.»

**254.** En lo concerniente á la limitación fundada en que la ley personal extranjera se halla en oposición con el orden público del territorio, parecerá esta fórmula vaga é indeterminada. Admitiendo, en efecto, que la ley personal extranjera no debe ser reconocida, por ejemplo, en Italia, cuando esté en oposición con el orden público, deduciéndose de aquí que las leyes que proveen á la organización de la familia italiana en interés general, y que tienden á proteger el orden público respecto de aquellos que se hallan sujetos al imperio de nuestra ley, deberán aplicarse también á los extranjeros, y que por consiguiente, la ley personal extranjera, diferente de la nuestra ó contraria á ella, no deberá tener ninguna autoridad para regular en Italia el estado de las personas sometidas á su imperio.

Para conservar la organización de la familia, ha establecido el legislador italiano que nadie pueda contraer otras nupcias si ya ha contraído el vínculo matrimonial, y que el matrimonio sólo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges. Ahora bien: siendo todo esto evidentemente de orden público, la ley

(1) Brocher. *Droit international privé* tomo I. Introducción general, y sección 3.ª, § 44.

personal del extranjero que declare que el matrimonio puede disolverse por medio del divorcio legalmente pronunciado, y que atribuya por consiguiente á la persona antes casada y que ha obtenido la sentencia de divorcio, la facultad de contraer nuevo matrimonio, no será reconocida en Italia, porque esta ley está en oposición con el orden público; lo cual no es sostenible, como demostraremos en su lugar correspondiente (1).

Pero aun hay más: todas las leyes prohibitivas contenidas en nuestro Código, deben considerarse como leyes de orden público, puesto que la prohibición del legislador prescribe que á nadie pueda permitirse emprender ó hacer cosa alguna que se hallé en oposición con el texto de la misma. Ahora bien: así como la autoridad de estas leyes prohibitivas en el territorio sujeto á la soberanía es absoluta por estar destinadas á proteger el orden público, así también, de aceptar la fórmula propuesta por Mancini, se seguiría que la ley personal del extranjero no podría reconocerse en Italia, si estuviese en oposición con las leyes prohibitivas contenidas en el Código italiano, porque lo estaría también con el orden público.

Para citar algunos ejemplos, diremos, que queriendo el legislador italiano asegurar más la tutela con el sistema por él sancionado, ha dispuesto que el tutor no pueda asumir el ejercicio de aquélla si no hay protutor, y que incumbe á aquél promover el nombramiento de éste sin demora, si no ha sido ya nombrado (art. 265). También ha dispuesto que no puede ejercer la tutela ni la protutela la mujer que no sea ascendiente ó hermana carnal soltera (art. 268); que el hijo que no haya cumplido veinticinco años ó la hija que no tenga veintiuno, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre ó de la madre, etc.

Ahora bien: tendiendo las leyes citadas y otras análogas á proteger el orden público con arreglo á los criterios que han prevalecido en nuestra legislación, no podrán ser reconocidas las leyes extranjeras en oposición á aquéllas ni producir efecto en el territorio italiano, por estar en oposición con el orden público del

(1) Véase la parte especial capítulo sobre el *divorcio*.

Reino. Por consiguiente, al tutor extranjero instituido en virtud de una ley extranjera que no impusiese la obligación del protutor, y que hubiese asumido legalmente el ejercicio de la tutela con arreglo á su ley personal, podría oponerse que para poder administrar los bienes del pupilo que se hallaren en Italia y ejercitar respecto á los mismos los derechos de tutela, debería hacer nombrar un protutor, porque su ley, que le dispensa de tal obligación, no puede tener ningún efecto en Italia.

Entendiendo de este modo la regla según la cual debe determinarse la autoridad territorial ó extraterritorial de las leyes, seguiríase de aquí que las extranjeras no podrían producir efecto alguno en el territorio sujeto á otra soberanía, si estuviesen en oposición con las leyes prohibitivas que rigiesen en el mismo territorio, lo cual llevaría consigo que sólo se reconociesen como eficaces, en el caso en que estuviesen conformes, las leyes territoriales que proveyesen á la tutela del orden público.

**255.** La regla sancionada por el legislador italiano no es en realidad más precisa ni está mejor determinada, puesto que ha establecido «que en ningún caso podrán las leyes extranjeras derogar las prohibitivas del Reino concernientes á las personas, á los bienes ó á los actos, ni á las leyes que de cualquier modo se refieran al orden público y á las buenas costumbres.» Esta forma en que está redactado el art. 12 de las disposiciones generales, ha sido considerada como vaga é incierta por todos los jurisconsultos italianos. Lo único que se puede decir para explicar la cosa es que, habiendo el legislador italiano sancionado la más atrevida reforma legislativa, y no pudiendo el mismo prever las consecuencias que debían derivarse de ellas en la práctica, sancionó de propósito la excepción de un modo amplio y no bien determinado, para dejar así á la magistratura ancho campo para salvar y proteger nuestras instituciones, el derecho social y todo lo que interesaba conservar, y no debía derogarse mediante la aplicación de leyes extranjeras.

**256.** Dejando aparte lo que han pensado otros escritores y lo que los legisladores han dispuesto, entendemos nosotros que para determinar los límites de la autoridad de la ley extranjera en el territorio sujeto á otra soberanía, conviene colocar la cues-

tion bajo su justo punto de vista. No podemos aceptar la distinción que quiere establecerse entre las leyes de orden público interior y las de orden público internacional, porque esto complicaría la solución del asunto. Las leyes de orden público deben tener autoridad absoluta en el territorio, no sólo en el sentido de aquellos que deben estar sometidos al imperio del legislador, sino que no puede ser lícito establecer frente á la ley un acto jurídico cualquiera, siempre que el reconocimiento legal del mismo lleve consigo una lesión y ofensa de dichas leyes.

Esto supuesto, síguese de ello que cuando las personas que no estén sujetas por sí mismas al imperio de la ley territorial, quieran invocar la ley extranjera á fin de hacer reconocer ó valer, en virtud de la misma, en el territorio sujeto á otra soberanía, una relación ó un acto jurídico que lleve consigo la lesión ú ofensa de una ley de orden público vigente en este territorio, no podrá hacerlo, porque no puede pretender que la ley extranjera tenga autoridad para legitimar en el territorio sujeto á otra soberanía la existencia ó el reconocimiento de un acto jurídico, del que se desprenda la derogación de una ley territorial de orden público. En otros términos, sostenemos que en el territorio sujeto á otra soberanía no puede establecerse en virtud de una ley extranjera ningún principio ni realizarse ningún acto jurídico que esté en oposición con el derecho público ó con la ley que por motivos de orden público no admita la existencia de tal acto ó lo prohíba expresamente.

**257.** Toda la diferencia entre la fórmula propuesta por nosotros y la que han propuesto Mancini y otros, consiste en que, á nuestro modo de ver, la limitación no debe fundarse en que la ley extranjera se halle en oposición con la ley territorial, sino en que el acto jurídico que en virtud de una ley extranjera quiere verificarse en el territorio sometido á otra soberanía, ó los efectos de este acto jurídico realizado en el extranjero y que deben desarrollarse en el territorio del Estado, se hallen en oposición con el derecho público territorial ó con las leyes de orden público allí vigentes. La diferencia es de gran importancia aun cuando á primera vista no lo parezca; y tan es así, que basta para ponerla de relieve notar que, siendo en el primer orden de

ideas el hijo natural extranjero, que hubiese hecho constar y fijar su estado mediante la prueba de la paternidad con arreglo á su ley natural que le permitiese la indagación de aquélla, no podría ser admitido á invocar en Italia la aplicación de esta ley, porque estaría en oposición con el orden público con arreglo á los criterios que prevalecen en nuestra legislación, y que prohíbe la indagación de la paternidad; mientras que en el sistema por nosotros propuesto no tendría lugar la limitación en este caso. Trataríase, en efecto, de una persona, que habiendo adquirido legalmente un derecho con arreglo á su ley personal, invocaría en Italia dicha ley para establecer que el estado de hijo natural había sido adquirido legalmente por él, y pediría además que se le reconociesen los efectos civiles propios de su estado personal legalmente adquirido. Ahora bien: nada hay en todo esto que ofenda los derechos ni los intereses de la soberanía italiana, puesto que de haber sancionado ésta la prohibición de probar la paternidad, y de haberla sancionado para mantener el orden de la familia, no puede deducirse que haya querido imponer la ley al mundo, y proclamar su oposición con el orden público; que en un país extranjero en que haya un sistema de leyes informado en principios diversos, no puede establecerse la filiación mediante prueba suministrada. La ley extranjera que permite la indagación de la paternidad debe considerarse también como basada en principios de orden público, aunque entendidos con diverso criterio. El legislador que ha concedido este permiso ha considerado que el obligar á los que engendraron, cometiendo una falta, á cumplir los deberes que la naturaleza impone y á soportar todas las cargas, puede ser un freno eficaz para disminuir la procreación ilícita, y ha considerado oportuno admitir la indagación y la prueba de la paternidad para conservar el orden en la familia. La independencia de las soberanías y su autonomía legislativa impiden que una trate de imponer á otra su criterio moral y la uniformidad de los principios acerca del modo de entender el orden público. Dedúcese de aquí que la soberanía italiana no tiene interés alguno ni puede considerarse ofendida porque el estado de filiación establecido en el territorio sujeto á otra soberanía, esté conforme con la ley á que la nuestra somete á los ciudadanos,

y que esta ley puede ser eficazmente invocada en Italia para que se reconozca el estado de filiación legalmente adquirido, á pesar de que dicha ley extranjera se halle en oposición con la nuestra. La soberanía italiana no puede considerarse tampoco perjudicada ni ofendida porque el extranjero que haya adquirido legalmente el estado de hijo natural, quiera hacer valer en Italia los efectos civiles de la filiación, como sucedería en el caso de que aquél pidiese que se le admitiera á la sucesión paterna. Podríamos decir acaso que se ha ofendido el orden público si aquél que ha adquirido legalmente un estado personal con arreglo á la ley á que está sujeto, lo hace valer para ejercitar los derechos que de aquí se derivan? El orden público debía considerarse ofendido en Italia si permitiendo la ley extranjera la prueba de la paternidad, aun cuando la filiación fuese adulterina, el hijo de un extranjero hubiese probado en su país haber sido procreado por un extranjero y por una mujer casada italiana. Si éste quisiera deducir en Italia las consecuencias jurídicas del estado legalmente adquirido con arreglo á su ley personal, esto sería contrario al orden público, porque el establecer legalmente la filiación adulterina en frente de nuestra ley, es un acto jurídico en oposición por sí mismo á los principios de orden público que existen entre nosotros. En tal hipótesis, la limitación de la autoridad de la ley extranjera tendría su fundamento en que el acto jurídico que en aquélla quería establecerse estaría en oposición con el orden público territorial. Debemos repetir aquí, que aun cuando sean diferentes y opuestas á las leyes territoriales de orden público, pueden tener las leyes extranjeras autoridad en un Estado para establecer los derechos adquiridos con arreglo á las mismas, con tal que el acto jurídico que trata de establecerse en virtud de la ley extranjera no esté por sí mismo en oposición con el derecho público ó con las leyes de orden público; esto es, con las que tienden directamente á proteger el derecho social y las instituciones públicas. Para aclarar más nuestro pensamiento, debemos observar que este conforme con la ley á que la nuestra somete á los ciudadanos.

la autoridad de las leyes de orden público en el territorio sometido á la soberanía, es absoluta en el sentido de que no puede ser licito á los que deben estar sujetos al imperio de la misma emprender ni hacer cosa alguna en oposición con ella. Conviene, sin embargo, tener en cuenta que las leyes de orden público pueden dividirse en dos grandes categorías. Pertenecen á la primera aquellas que, para fundar y desarrollar mejor ciertas instituciones jurídicas, prohíben de un modo determinado adquirir ó ejercer un derecho. Tal sucede, por ejemplo, con la ley que prohíbe la adopción y la que la admite, prohibiéndola, respecto al hijo natural, ó respecto al menor, que no ha llegado á cierta edad, ó la que prohíbe el matrimonio sin que se haya obtenido de antemano el consentimiento de los padres, etc.

A la segunda categoría pertenecen las que prohíben por completo ciertas instituciones, y quitan, por consiguiente, no sólo toda posibilidad de relación jurídica relativa á éstas, sino también toda eficacia á cualquier relación de dicha especie y á todo acto jurídico, cuyo reconocimiento implique el de la institución abolida. Tales son, por ejemplo, las leyes que prohíben las manos muertas, los fideicomisos, los mayorazgos, los feudos, las servidumbres personales, la subenfiteusis, etc., etc.

Las leyes de la primera categoría ejercen su soberanía absoluta, pero sólo respecto de aquellos que deben estar sometidos al imperio de aquélla en lo concerniente á la adquisición de los derechos. Por consiguiente, no obsta que los extranjeros, que deben ser sometidos al imperio de su legislador correspondiente, adquieran derechos de conformidad con su ley personal, aunque ésta sea diferente y opuesta á la ley territorial vigente donde los derechos adquiridos quieran hacerse valer.

Las leyes de la segunda categoría ejercen una autoridad absoluta respecto de cualquier acto jurídico que quiera realizarse ó hacerse valer en el territorio de un Estado, siempre que el realizarlo ó hacerle valer impliquen el reconocimiento de la institución abolida. La derogación de la ley territorial de orden público debería ser efectiva, siempre que habiendo abolida ésta una institución jurídica determinada se pretendiera que fuesen de-

claradas eficaces ciertas relaciones jurídicas en el territorio sujeto á su imperio, ó que se reconociese un acto jurídico cuyo reconocimiento condujese á dar vida á la institución abolida.

El legislador italiano ha abolido, por ejemplo, los feudos, las servidumbres personales propiamente dichas y las manos muertas. Ahora bien: aquél no sólo ha prohibido constituir válidamente cualquier relación jurídica referente á las instituciones abolidas, sino que también ha prohibido que en Italia pueda reconocerse cualquier acto jurídico que implique el dar existencia legal á la institución por él mismo abolida. Es, pues, evidente que, aceptando nuestro orden de ideas, si en virtud de una ley extranjera bajo cuyo imperio se hayan adquirido derechos feudales, quisiera uno ejercerlos en Italia para hacer revivir la servidumbre feudal, no podría admitirse ésta, porque la reinstauración del feudo, el dar vida á una institución jurídica que no puede existir legalmente en nuestro país, derogaría la ley de orden público, que prohíbe toda posibilidad de relación jurídica que implique la existencia de las servidumbres feudales.

**259.** La autoridad de las leyes extranjeras puede hallar también una justa limitación, cuando de reconocer su eficacia en el territorio sometido á otra soberanía se derive una ofensa á las buenas costumbres. Esta limitación entra, sin embargo, en la expuesta, puesto que el mantener incólumes los principios morales que, según el sentimiento general y las ideas reinantes en cada país, se consideran necesarios para proteger la vida moral del pueblo, es una cuestión de orden público.

Siendo esencialmente distinto el derecho del Estado del de la Iglesia, es evidente que la soberanía no puede tener ningún interés directo é inmediato en conservar el principio moral religioso, pero puede exigir que no se ofenda el sentimiento moral, tal como existe en la conciencia pública.