

haber caído en esta confusión del Derecho del Estado y de su interés, es por lo que la Jurisprudencia americana ha declarado fijada la capacidad de un extranjero por su ley nacional ó por la ley americana según la ventaja que en una ú otra de estas soluciones encontraba su contratante americano. (1) Por esto también es por lo que los tribunales franceses han repudiado el principio implícitamente consagrado por el artículo 3º párrafo 2 del Código Civil francés en cuya virtud la capacidad de los extranjeros está fijada por su ley nacional, por que la aplicación de la ley extranjera podía perjudicar á un francés. (2) Semejantes resultados permiten juzgar la teoría que ha sido causa de ellos; los mismos jurisconsultos anglo-americanos han calificado de monstruosa la primera de las dos decisiones que acabamos de indicar, aún cuando sea el resultado de la *Comitas gentium*. Se comienza aún á comprender en Inglaterra y en los Estados Unidos, que el respeto á la soberanía no puede ser causa de que se desechen las leyes extranjeras sino en tanto que violen los principios políticos, constitucionales, religiosos, económicos ó morales del Estado, y no cuando puedan perjudicar el interés de un nacional de este Estado. (3)

Rechazando la teoría de la *Comitas gentium* y por consiguiente la exclusión de la ley extranjera, siempre que no la motive sino una consideración derivada del interés particular de los nacionales del Estado, la mayor parte de los Jurisconsultos modernos opinan que esta exclusión no puede ser justificada sino por la protección de las disposiciones de la ley territorial que consagran la aplicación de los principios fundamentales sobre los cuales basa el Estado su organización, principios cuyo conjunto constituye lo que se llama orden público. Pero esta misma expresión «orden público» está lejos de tener la precisión deseable: no se apoya sobre ningún criterio que permita designar *á priori* y fácilmente las reglas legales que no pueden ser contrariadas por una ley extranjera. También se explica el interés con que la mayor parte de los autores se han esforzado por encontrar una expresión más clara y hacerla por medio de sus explicaciones más comprensible aun.

[1] Story, loc. cit. p. 26, núm. 28 et p. 79 núm. 77.

[2] Cass 16 janvier 1861, Sir. 61. 305; Paris, 8 février 1883, Dal. 84. 2. 24.

[3] Phillimori, t. IV, párrafos 11 á 17.

Es necesario, por lo demás, reconocer que sus esfuerzos por encontrar una fórmula de naturaleza de poder abrazar todos los casos en los cuales la ley territorial excluye á la ley extranjera por respeto á la soberanía del Estado, están muy lejos de haber sido coronados con el éxito. La razón es muy sencilla. Lo absoluto no existe quizá en este mundo, no menos en el orden moral que en el orden físico, y no existe ciertamente en la concepción que los hombres de diferentes épocas y de diferentes países hayan podido tener de las condiciones esenciales de la buena organización del Estado. No obstante los puntos de contacto que se encuentran en la constitución de los pueblos regularmente organizados en una colectividad, establecida sobre un territorio fijo que se llama un Estado, (1) no es menos cierto que todos se inspiran en ideas á menudo muy divergentes en la aceptación ó renuncia de varios principios que parecen muy bien estar unidos de una manera directa al buen orden de la sociedad misma. Sucede lo mismo aun entre países que pueden pretender seguir igualmente lo que se llama la corriente de la civilización, y basta, para convencerse de ello ver cuán en desacuerdo están los Estados europeos acerca de la indisolubilidad del lazo matrimonial, sobre los casos de incesto, la limitación de la tasa del interés, la igualdad de los hombres ante la ley, la organización de la propiedad inmueble, y sobre otros muchos puntos todavía concerniendo todos á la constitución misma de la sociedad. Sería, por lo demás, muy sorprendente lo contrario, estando admitido que cada legislación está fatalmente sometida á influencias eminentemente variables según la religión, el estado político, la situación económica, la raza, el clima y las tradiciones de su país. Así pues, querer caracterizar lo que es esencialmente relativo por una fórmula absoluta, á menos que no sea excesivamente vaga, por consiguiente muy comprensiva y de una mediana utilidad práctica, nos parece una vana tentativa. En el fondo, por otra parte, los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer que toda precisión, aun aproximativa es imposible; y su fin al dar una fórmula de orden público es menos el de abrazar todos los casos

[1] Bluntschli, *Theorie de l'Etat*, p. 11 et suiv.

en los cuales puedan presentarse las disposiciones de orden público, que el de indicar al magistrado su deber de excluir la ley extranjera cuando su aplicación pueda comprometer la soberanía del Estado. Hé aquí por qué no concedemos, sino una importancia muy secundaria á las discusiones de los jurisconsultos sobre la mayor ó menor exactitud de tal expresión y crémos que la que se usa comunmente, «orden público» vale en suma tanto, como cualquiera otra, con la condición de que sea ilustrada con un estudio profundo de la legislación, de su espíritu y con lo que llamariamos con gusto el sentimiento de las intenciones del legislador. Vamos á ver, como en realidad, los jurisconsultos modernos no piensan de otra manera.

Wæchter considera deben excluirse absolutamente las leyes extranjeras, las disposiciones de la ley territorial que tengan el carácter de obligación absoluta y rigurosa á las que llama *les lois vigentes*. (1) Es seguramente cierto que todas las disposiciones de orden público se imponen de una manera estricta y sin reserva; pero á que se debe esta particularidad? La fórmula de la ley, expresión de la autoridad soberana, es casi siempre imperativa, y las diferencias de redacción casi nunca servirán para distinguir las disposiciones que no puedan doblegarse ante una ley extranjera. Savigny sostiene también el principio de la soberanía territorial exclusiva para leyes «de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria,» que no son otras sino las «leges cogentes» de que habla Wæchter y para las instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no esté reconocida en el nuestro. (2) Laurent pregunta, y con razón, lo que significan estas expresiones cuya vaguedad repugna á nuestro lenguaje y agrega que se necesitaría comenzar por definir las palabras que se usan. (3) Há sido más feliz el mismo al limitar el dominio de la territorialidad de las leyes á las disposiciones que se refieran á los «derechos de la sociedad? Laurent ha buscado una fórmula que impidiese extender mucho la soberanía exclusiva de la ley en cada Estado alejando la preocupación del interés de los nacionales que domine la teoría

1 Archivo, fur civilis, Praxis, t. XXIV, p. 262, 265 et 266.

2 Loc cit. t. VIII p. 35-36.

3 Loc cit. t. II p. 363.

de la *Comitas gentium*; creemos que ha logrado su objeto respecto de este punto; pero el problema se simplifica cuando se propone determinar los derechos de la sociedad para indicar al mismo tiempo las disposiciones de la ley territorial que deben aplicarse de una manera exclusiva? El Instituto de Derecho Internacional ha querido ser más preciso, teniendo en cuenta las reglas del derecho público (derecho constitucional y administrativo,) y esta multitud de disposiciones refiriéndose á la moral, á la seguridad social (derecho penal) al interés económico etc. . . . que se designa con la vaga expresión: orden público: «En ningún caso las leyes de un Estado podrán ser reconocidas y tener efecto en el territorio de otro Estado, si están en oposición con el derecho público ó con el orden público. (1) En fin un autor ha resumido casi todas las fórmulas propuestas anteriormente en la siguiente: «Ningún acto es válido . . . si es contrario á las *buenas costumbres* ó al derecho público, á las instituciones y prohibiciones existentes en el país en donde deba ejecutarse. (2)

Hé aquí seguramente una muy gran variedad de fórmulas; pero sus autores mismos acaban por confesar que no pueden servir sino como indicación general; siempre que la ley territorial no se exprese claramente respecto del punto de saber si una disposición es de orden público, corresponde al Juez resolver la cuestión. Ahora bien, los tribunales no pueden llegar á una solución sobre este punto sino penetrándose del pensamiento del legislador, investigando sus intenciones, dándose cuenta sobre todo de las ideas generales que la ley, las costumbres, la religión, el estado político y económico hacen considerar en su país, como las condiciones indispensables del orden público.

La determinación del papel que incumbe á los magistrados en la apreciación de las disposiciones legales de orden público nos sugiere una observación, que creemos es de la mayor importancia. Grande es la iniciativa del Juez, cuando es llamado para decidir si una cuestión entra ó nó en el orden

1 Annuaire de l'Institut, t. V p. 57.

2 Domin-Petruskevycz, Précis d'un code du droit international, art. 200; Leipzig, 1861, Brockhaus.

público; en el silencio de la ley, debe investigar el espíritu de ella y á menudo llevar sus investigaciones hasta el examen de los principios constitucionales sobre los cuales se funda la organización del Estado; pero esta iniciativa no podría llegar hasta permitirle criticar el espíritu de la ley misma é inspirarse en sus sentimientos personales para decidir que el legislador estuvo en un error al no admitir sobre un punto la aplicación de la ley extranjera, bajo el pretexto de que esta ley era mejor que la ley territorial, ó que contrariamente á lo que piensa esta última no se trata en el caso del orden público. Un autor de los de más consideración, al confesar por completo que el Juez está estrictamente ligado en las cuestiones de derecho público y de derecho penal, que están arregladas por una legislación penal, ha sostenido que en las cuestiones de moral, el Juez no debe dejarse dominar por las preocupaciones aceptadas en su país, y que su deber es buscar en los datos proporcionados por la conciencia pública, tales como son reconocidos por el conjunto de los hombres civilizados, los elementos necesarios para saber si estas cuestiones interesan al orden público. (1) Ampliando esta manera de ver las cuestiones, es como este jurisconsulto declara posible el divorcio para los extranjeros, conforme á su ley nacional en un país en el que la indisolubilidad del lazo matrimonial esté considerada como una regla de moral y de religión impuesta para el bien del Estado. (2) Una preocupación local debida á la influencia particular de ciertas tradiciones religiosas, dice en sustancia este autor no puede constituir una regla que forme parte del orden público internacional.

Nosotros no podremos protestar lo bastante contra esta opinión, que tiende nada menos que á transformar al juez en legislador. Corresponde al juez investigar si, en el pensamiento del legislador, una disposición legal es de orden público; pero cuando su convicción se halla formada sobre este punto, debe, por criticable que le parezca esta solución, declararse por la aplicación de la ley territorial, con exclusión de la ley extranjera, siempre que la autoridad soberana del país haya decidido deba

1 Laurent, loc cit. t. II págs. 377 á 378, et 352.
2 Laurent, loc cit. t. V págs. 274 et suiv.

hacerse así. Poco importa que el legislador se engañe, que se deje influenciar por preocupaciones, que no esté en armonía con la corriente general de las ideas adoptadas por los pueblos civilizados: el magistrado no tiene otra misión que la de aplicar el texto ó el espíritu de la ley y no la de reformarla.

Esto lo comprende muy bien Savigny cuando, citando algunas disposiciones legales que son consideradas como de orden público en ciertos países, aun que muy condenables en sí mismas; tales como las que marcan con incapacidad civil á los judíos ó á los hereges, declara que el mérito de estas leyes es indiferente desde el punto de vista de su carácter esencialmente obligatorio y que no hay lugar á discutir las. (1) P. Fiore reconoce también que puede existir la mayor variedad entre los diferentes Estados sobre la manera de concebir, no solo la organización política, sino también la moral, y que el juez no tiene sino que conformarse al espíritu de la ley de cuya aplicación está encargado. (2) Si como lo cree Laurent, el juez está llamado á apreciar por sí mismo el carácter de las reglas morales que forman parte del orden público desde el punto de vista del conflicto de legislaciones, se llega fatalmente á dos resultados igualmente inaceptables.

Primero los límites del respeto á la soberanía territorial, fijados de una manera absolutamente independiente por cada legislador, podrían á cada instante ser violados por los tribunales, lo que conduce á la ruina misma del principio de soberanía. Sucedería que un juez francés podría admitir la investigación de la paternidad, considerando que el artículo 340 del Código civil francés consagra una regla que está en desacuerdo con la conciencia general y la que no está reproducida por la legislación de un gran número de países civilizados.

Por otra parte, el poder de libre apreciación, dejado á los tribunales sobre el punto de saber si las reglas de moral forman parte del orden público abre el camino á la arbitrariedad más completa y á una verdadera anarquía de decisiones. Sin duda, hay mucho de arbitrario á menudo, en la manera como cada legislador determina las reglas de moral y de buena orga-

1 Système t. VIII p. 161, note c.
2 Loc cit. p. 55.

nización social; pero esta arbitrariedad tiene al menos la ventaja de ser más precisa, más invariable, y aun estar más autorizada que la de los magistrados que resolviesen la cuestión á su antojo, según sus luces, su educación, su talento de espíritu liberal y progresista ó retrógado. Arbitrariedad por arbitrariedad, la primera nos parece únicamente aceptable, sea desde el punto de vista jurídico, sea desde el práctico.

También es necesario no pasar inadvertido, que las ideas personales de los jueces y de los jurisconsultos tendrán, sin embargo de todo, su gran influencia en la mayor ó menor extensión que se dará al orden público, tenemos una prueba de ello en la teoría emitida por Laurent: ella es el resultado de su liberalismo, el que lo ha conducido hasta una exageración inaceptable para un jurisconsulto. Cada vez que el texto ó el espíritu de la ley están dudosos se ven diferir las opiniones según las tendencias particulares de cada intérprete. Es así como, con relación á la validez del matrimonio hecho por los sacerdotes católicos, la jurisprudencia francesa ayudada por la ambigüedad de textos se ha entregado á las inspiraciones de los sentimientos políticos y religiosos que la dominaban en otro tiempo; lo mismo que al cambiar recientemente de opinión sobre este punto, ha obedecido también á la nueva corriente de la opinión, tanto, quizá, como á los argumentos jurídicos decisivos que justifican su nueva solución (V. arret de Cass. del 23 de Enero de 1888). No nos debemos, por consiguiente, sorprender al encontrar el mismo fenomeno cuando se trate de determinar las cuestiones que entran bajo el dominio del orden público, que se refieran á la organización del país desde el punto de vista político, religioso, moral, y económico. Las preocupaciones personales son siempre la causa de las exageraciones que se manifiestan ya en el engrandecimiento, ya en la restricción del dominio del orden público. Creemos no debe buscarse de ninguna manera en otra parte, la explicación de las decisiones de la jurisprudencia francesa declarando: la legitimación de orden público, realizable por consiguiente para los extranjeros no obstante las disposiciones de su ley nacional; la sucesión de los inmuebles situados en Francia regida por la ley francesa, cualquiera que sea la ley del difunto; el segundo matrimonio imposible en Francia, ántes

de la ley de 1884, para los extranjeros divorciados regularmente en su país. Nosotros diremos otro tanto, de los juicios hechos en otros países y que hacen de la facultad de divorciar una regla de orden público, de manera que los extranjeros pueden aprovecharse de ella, obrando contrariamente á las disposiciones de su ley nacional.

(Continuará.)

FRANZ DESPAGNET.

Profesor adjunto á la
facultad de Derecho de Burdeos.

Traducción castellana de

LORENZO ELIZAGA.