

soluto, indivisible é intransferible, y de aquí que la voluntad individual y la general, abstractas ambas, se oponían una á otra; mientras que en la concepción germánica se compenetraban orgánicamente. La persona social, allí, era, no sólo ficticia, sino privada; aquí, real y pública, tomando diversas formas, que estudia Gierke de un modo muy interesante, pero como no es este lugar de exponer. (1)

Sólo se debe indicar que las personalidades ó vínculos (*Verbände*) nacidos en la acción consciente, ofrecen tres tipos: a) la *Genossenschaft*, en que la voluntad unitaria surge de la unión de una pluralidad de voluntades individuales, cuya composición y mezcla en parte engendra á aquella; b) la *institución*, en donde esa voluntad unitaria viene como desde fuera á implantarse, en parte también, en la pluralidad: en este grupo incluye á las fundaciones, verdaderas personas, no personifican de simples fines, como piensan Savigny, Puchta, etc., ni patrimonios destinados á dicho objeto, según la opinión de Mühlenbruch, Arndts y otros; c) *mixtas*, v. g., una fundación que nace de una corporación, ó viceversa. Sin embargo; en sentir del autor, si la teoría germánica ha alcanzado á construir un derecho social opuesto al individualista, y cuyo coronamiento es el derecho político, el derecho del Estado (*das Staatsrecht*), necesita todavía ser completada con una teoría de las instituciones, que, según se acaba de ver, forman el tipo paralelo á las *Genossenschaften*.

¹ Por cierto que su modo de representarse el movimiento de centralización (y diferencia al par) en la Iglesia durante la Edad Media acaba de hallar cierta conformidad en un libro reciente de otro escritor, el Profesor Löning, de Halle, bien conocido por sus estudios acerca del Derecho canónico de los primeros siglos. El libro versa sobre *La organización social de la primitiva comunión cristiana* (que tal vez es la traducción más aproximada del título alemán, "die Gemeindeverfassung des Urchristenthums."—Halle 1890.) Véase la crítica de M. Marignan en el número de Diciembre último de la revista *Le Moyen-Age*.

(Concluirá).

FRANCISCO GINER DE LOS RIOS.

EL ORDEN PUBLICO

EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

(CONCLUYE.) (1)

III.

No obstante lo vago de la noción del orden público, no es imposible, sin embargo, establecer con una poca más de precisión esta difícil materia.

Existe, ante todo, una distinción que la mayor parte de los jurisconsultos modernos admiten y que permite un límite, por consiguiente hay que precisarla de antemano y ésta es: el dominio del orden público tal como se debe entender en Derecho internacional privado.

Se encuentra en todas las legislaciones un conjunto de reglas que se imponen de una manera absolutamente imperativa y sin excepción posible únicamente á los nacionales, este es el orden público que calificaremos de *interno*; existen otras cuyo carácter rigurosamente obligatorio es oponible á los extranjeros que se encuentren en el territorio así como á los nacionales del país, son las que constituyen *el orden público internacional*, el único de que vamos á ocuparnos. (2) El vestigio, si no es que

¹ Véase la página 273 y siguientes de esta *Revista*.—tomo III.

(2) Creemos posible explicar por esta distinción entre el orden público interno y el orden público internacional como fué que los romanos no hayan desde un principio aplicado á los peregrinos leyes que parecían muy bien tener el carácter de leyes de orden público, sin creer, por esto como se ha afirmado (V. Weiss loc. cit. p. p. 532 y 533) que la noción misma de orden público restrictiva de la aplicación de la ley nacional á los extranjeros, les fuese desconocida. Se invocan en el sentido de esta última opinión, los hechos siguientes: hubo necesidad de una ley especial la *lex Sempronia de fanore* para extender, en 561, á los peregrinos las medidas dictadas contra la usura (*Fite-Live XXXV, 7*) y otra más, la *lex Didia de sumptu*, en 611, para imponerles las disposiciones restrictivas del lujo. Pero se podrían señalar otras muchas leyes romanas que teniendo también el carácter de disposiciones de orden público, no fueron aplicadas sino más tarde á los extranjeros como

la afirmación formal de esta distinción, se encuentra indicada muy claramente en el texto mismo del Código Civil francés, como se puede ver haciendo la comparación de los arts. 6 y 3, § 1º. El primero prohíbe derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al *orden público* y á las *buenas costumbres*, el segundo declara las leyes de *policia y seguridad* obligatorias para todos los que habiten en el territorio, por consiguiente sin distinción de nacionalidad.

Por su diferente redacción y su lugar respectivo, éstos dos textos muestran que no tienen el mismo alcance, no obstante la identidad del principio fundamental del cual no son sino una aplicación el principio de soberanía absoluta en la exposición de las reglas que se refieren á la buena organización del Estado. La diferencia se nota por que el art. 6 tiene en cuenta reglas cuya estricta observancia no se impone en interés del Estado mismo, sino á los nacionales, mientras que el art. 3 se refiere á disposiciones cuya violación no está permitida, ni aún á los extranjeros.

La distinción entre estos dos ordenes públicos, uno interno, el otro internacional, parece tanto más delicada, cuanto que proceden los dos de un mismo pensamiento del legislador quien quiere proteger los principios esenciales sobre los cuales hace descansar la constitución de su país. Pero, si es cierto que las reglas de orden público internacional son á *fortiori* de orden público interno, es decir que se imponen tanto á los nacionales como á los extranjeros, la recíproca no es verdadera, y

la ley *Oppia* sobre el lujo en 541 (Tite-live XXXIV. 2 et suiv.), la "lex Julia vicesima hereditatum et legatorum", de 758. Dion Cassius, liv. 77. 9. y aun leyes de naturaleza semejante cuya aplicación no se hizo nunca sino á los ciudadanos romanos, como la "lex Julia Sentia", Gaius C. I. s. 47. Se explican estas particularidades porque los romanos habían aceptado sino expresa al menos implícitamente la distinción de un orden público interno opuesto á un orden público internacional. Esta distinción era de alguna manera instintiva en una época en la que el Derecho era ante todo el gaje de los ciudadanos, y aun les estuvo siempre reservado en su forma más completa y más eficaz bajo el nombre de "jus civile", mientras que los peregrinos no participaron nunca de él, sino de una manera parcial por las instituciones del Derecho de gentes. Era pues natural pensar entonces que disposiciones que tenían por fin asegurar la buena organización de la sociedad, tales como las que reprimían los excesos de la usura y del lujo, no debían aplicarse sino á aquellos únicamente que en esta época constituían la verdadera sociedad civil regida por el derecho de la ciudad, es decir, á los ciudadanos romanos. Más tarde, la presencia de extranjeros más y más numerosos y el desarrollo de las relaciones de estos últimos con los ciudadanos hicieron sentir el inconveniente que había de conservar la inmunidad de los peregrinos frente por frente de esas leyes que pasaron entonces, en su mayor parte del terreno del orden público interno al orden público internacional. En definitiva, por razón de la distinción tan marcada entre el *jus civile* y el *jus gentium*, admitimos que las leyes de orden público interno fueran al principio sobre todo, más numerosas en Roma que en los Estados modernos; pero no podemos admitir que los Romanos no hayan tenido la noción del orden público internacional.

tal disposición que es rigurosamente obligatoria para los nacionales del Estado, pueden sustraerse de ella perfectamente los de otros países. No es dudoso que la reglamentación del estado y de la capacidad constituye para los Franceses un conjunto de disposiciones rigurosamente imperativas de las que no pueden apartarse en sus convenciones sin violar el art. 6 de su Código Civil; pero no es menos cierto que los extranjeros invocando su ley nacional, conforme el art. 3 § 3, podrían prevalerse de un estado y una capacidad muy diferentemente organizados, y aún derogar por contrato este estado y capacidad si su ley los autoriza para ello. (1)

Aplicando la misma idea, el art. 1388 del Código Civil francés que prohíbe modificar por contrato matrimonial la potestad marital ó paternal la tutela etc. . . . es de orden público interno y no internacional.

Pero si estos dos ordenes públicos no se confunden, no obstante su fundamento identico, puede ser, á menudo, muy difícil distinguir uno de otro en muchos casos particulares. Así, por ejemplo, se puede discutir sobre el punto de saber si los artículos 1394 y 1395 que son indudablemente de orden público para los Franceses no lo son para los extranjeros. (2) Ahora bien, no encontramos formal criterio para hacer esta distinción en el texto de la ley francesa, más, aún créemos que ni en el de todas las demás legislaciones. M. Laurent vitupera mucho el empleo de la expresión «orden público» la que sirve para designar las reglas estrictamente obligatorias para, los extranjeros mismos, y quiere sustituirla con ésta: «Leyes de interés general y de derecho público,» con el pretexto de que las palabras *orden público* son empleadas por el legislador, en el art. 6, para indicar las disposiciones que únicamente son rigurosamente obligatorias para los nacionales. (3) Pero la ley misma se encarga de demostrar la poca importancia de esta cuestión de palabras: el art. 686 prohíbe constituir servidumbres contrarias al *orden pú-*

(1) Brocher, Cours de Droit intern. priv. t. I. n. 44. Weiss, loc. cit. p. 517; notre précis, n. 111. Laurent loc. cit. t. II p. 355. Así mismo se discute para saber si el incesto del *Derecho civil* entre aliados y colaterales que no sean hermanos y hermanas está prohibido tanto á los extranjeros como los nacionales. V. Esprit de lois, liv. XXXVI chap. IV. Laurent loc. cit. IV. p. 434. Oliv. Rev de droit intern. 1883 p. p. 224 et suiv. note Précis. n. 333, p. 333.

(2) V. Beauchet, J. Du droit inter privé, 1884, p. p. 39 431 Rennes 4 Mars 1880. id. 1881 p. 153.

(3) Loc. cit. t. II. p. 355.

blico y el art. 1133 anula las convenciones cuya causa es contraria al *orden público* y á las *buenas costumbres*; hé aquí las expresiones de que se sirve el legislador, en el art. 6, para considerar las reglas de orden público, y sin embargo nadie duda, ni aún el mismo M. Laurent (1), que los arts. 686 y 1133 se refieren tanto á los extranjeros como á los Franceses. De Savigny, al contrario, con su profunda, sagacidad jurídica, es el primero que nos ha dado la idea y el criterio de esta distinción entre el orden público propio de los nacionales y el orden público oponible á los extranjeros mismos. Entre las leyes *absolutas*, es decir rigurosamente, obligatorias, dice él, las hay que han sido hechas únicamente en interés de las personas cuyos derechos se quieren reglamentar, tales son las leyes sobre el estado y la capacidad; otras, al contrario, tienen por objeto proteger los intereses esenciales del Estado desde el punto de vista moral, económico ó político. (2) Para completar la simple indicación que hace el gran jurisconsulto, agregaremos que cada Estado, preocupándose únicamente por el interés de sus propios nacionales, entiende hacer obligatorias solo para ellos las disposiciones que han limitado su libertad para su ventaja; impone al contrario, á nacionales y extranjeros simultáneamente las disposiciones cuya aplicación se refiere al interés del Estado considerado como colectividad y como persona moral independiente. Haciendo al caso ya citado, la aplicación de esta distinción; se comprueba que si los arts. 1394 y 1395 del Código Civil prohíben redactar ó modificar las convenciones matrimoniales después del matrimonio únicamente para impedir la influencia abusiva de uno de los conyuges respecto del otro y para evitar las causas de discusión entre éstos mismos, es necesario ver en dichos artículos una limitación á la libertad de los contratos establecida únicamente para interés de los nacionales, que solo á ellos se impone y que entra, en una palabra, en el orden público interno; si se cree que estas disposiciones tienen por objeto evitar que se pueda engañar á los terceros cambiando la capacidad de los esposos después de la celebración del matrimonio y comprometer así el crédito público, es nece-

1 Loc. cit. t. II, pp. 352 et 353.

2 Système, t. VIII, pp. 37 et 38.

sario hacerlas entrar en el *orden público internacional*, declararlas obligatorias para los extranjeros mismos, pues se refieren al interés colectivo del Estado. No tenemos, por lo demás, que resolver aquí esta cuestión particular; nuestro único fin es mostrar como puede aplicarse en la práctica la distinción entre las dos especies de orden público.

Acantonándose en el dominio del orden público internacional, único del que tenemos que hablar, se puede desear aún más precisión para definirlo y limitarlo. No insistiremos mucho acerca de un criterio que ha sido propuesto para determinarlo y que aún que, muy sencillo no es aceptable evidentemente. Se ha dicho que las únicas leyes de orden público con relación á los extranjeros son las leyes penales y que cualquier otra extensión dada á este concepción del orden público internacional llega á lo arbitrario y á una anarquía de decisiones. (1) Simplemente el buen sentido, á falta de nociones jurídicas, basta para condenar esta manera de ver la cuestión. El único signo distintivo de las leyes penales es que su observación está sancionada por la aplicación de una pena ahora bien, cuántas disposiciones hay en una legislación cuya violación no podría tolerar el legislador sin sacrificar principios que considera como esenciales para la buena organización de la sociedad tal como la entiende, y que no están sancionadas por ninguna pena! Si, por una razón ó por otra el legislador no juzga necesario asegurar la observancia de éstas reglas por una pena, al menos manifiesta su intención de imponerlas de una manera absolutamente imperativa; despojando de todo efecto jurídico los actos verificados con violación de estas reglas. Se pueden encontrar una multitud de ejemplos de estos casos en los que el orden público oponible á los extranjeros es evidente, sin que haya sido violada una ley penal en el incesto que trae consigo la nulidad del matrimonio, en la ineficacia de los contratos contrarios á las buenas costumbres, en la repulsa del divorcio etc. . . . El texto mismo del Código civil francés viene en apoyo de lo que acabamos de decir. El art. 3 § 1º impone á los extranjeros la observancia de las leyes de *policía y seguridad*, con esta últi-

(1) Bourdan-Viane et Magron, Manuel de Droit intern. privd pp. 274, 275.

ma palabra se ha querido hacer alusión, según explicación de Portalis, á las leyes penales, es necesario pues que por *leyes de policía* se haya querido designar otra cosa, es decir las disposiciones legales que, sin estar sancionadas con una pena, no son menos rigurosamente obligatorias aun para los extranjeros.

Vamos más lejos aun que todos los autores (1) y decimos, contrariamente á la fórmula de casi todos ellos, que las leyes penales, consideradas como tales, no entran necesariamente en el orden público internacional. Esto, desde luego, es evidente para las leyes que imponen una pena como sanción del no cumplimiento de un deber que por su naturaleza no incumbe sino á un nacional; tales son, en Francia, las disposiciones que castigan con una multa al jurado y al delegado senatorial cuando no cumplen con el mandato de que están investidos. Se pueden citar, además, leyes penales que no suponen la cualidad de ciudadano ni aun la de nacional en la persona á quien se aplican, como lo hacen las que acabamos de señalar, lo que exita toda clase de dificultad y respecto de las cuales se puede vacilar formalmente ántes de declararlas aplicables á los extranjeros. Tal es la ley francesa del 28 de Marzo de 1882 sobre instrucción primaria obligatoria impone, bajo la sanción de una pena, el deber de instruir á los hijos: pero tiene en cuenta únicamente á los franceses ó también se dirige á los extranjeros establecidos en Francia? No tenemos que resolver la cuestión (2) nos basta haber probado que el *criterium* que se obtenga del carácter penal de la ley no es nada menos que absoluto para decidir si entra en el orden público internacional. Lo que es muy cierto es que la solución de esta dificultad, en lo que se refiere á la ley del 28 de Marzo de 1882 será dictada por la idea que se tenga de las intenciones del legislador, según, la distinción de Savigny que hemos indicado ya. Se cree que esta ley tiene por objeto asegurar el desarrollo de la instrucción en Francia y favorecer el funcionamiento inteligente

[1] Laurent, loc. cit. t. II p. 350, Weiss, loc. cit., p. 518-520.
 [2] V. Laurent, loc. cit. t. V, p. 176, Rev. critique, 1884 p. 450, notrs précis, p. 342. Weiss loc. cit. p. 676-677—V. Convention franco-suisse pour le traitement réciproque des enfans des deux pays au point de vue de l'instruction obligatoire. [J. Officiel, 14 Juin 1888.]

del sufragio universal? Deberá entrar en el dominio del orden público interno como no teniendo en cuenta sino el interés de los nacionales. Se considera que es la consagración de un principio de moral absoluta concebido por el legislador moderno y en cuya virtud los padres deben á sus hijos la cultura intelectual tanto como los cuidados físicos? Se deberá entonces hacer de ella una regla de orden público internacional, porque su violación sería un escándalo comprometedor para el interés colectivo del Estado.

Se ha pensado también en adoptar por criterio de las leyes de orden público internacional su carácter imperativo ó prohibitivo absoluto; á éste último criterio es al que se han sometido Wöechter y de Savigny, como ya lo dijimos. Pero antes hemos establecido que la redacción de las leyes, el único indicio que pueda revelar su carácter desde este punto vista, no podría ofrecer noticia cierta, porque la fórmula de que se sirve el legislador, autoridad soberana, es generalmente muy absoluta, aun cuando la disposición que edicte sea susceptible de admitir moderación ó excepción. Así es como se reputa el argumento obtenido del artículo 170 del Código civil francés que parece decir que el matrimonio celebrado en el extranjero sin previas publicaciones en Francia es nulo, haciendo notar que los artículos 64, 65 y 228 parecen consagrar también la nulidad de un matrimonio celebrado en Francia que no haya sido precedido de las publicaciones ó que haya sido contraído por una viuda ántes de los 10 meses despues de la muerte de su marido; cuando, sin duda de ninguna especie, no puede haber en estos dos casos sino un impedimento prohibitivo dirimente (1). Por otra parte aun cuando el carácter esencialmente imperativo ó prohibitivo de una disposición legal estuviese claramente establecido, habría siempre lugar é preguntarse si esta disposición consideraba á los nacionales únicamente ó á los nacionales y extranjeros al mismo tiempo, si era en otros términos, de orden público interno ó internacional: se discute, principalmente, sobre el punto de saber si los artículos 1394 y

(1) Cass, 14 décembre 1880, Sir.' 81, 1, 349; Baudry Lancatenerie, Précis de Droit civil I. p. 281 á 282.

1395, cuyo carácter prohibitivo no es dudoso, se aplican tanto á los extranjeros como á los franceses.

No obstante, si la fórmula imperativa ó prohibitiva de la ley no puede servir de criterio cierto para colocarla en el orden público internacional, se puede afirmar que toda disposición legal que no está impuesta de una manera absoluta por la autoridad soberana no entra en la categoría de las reglas cuya observancia se impone á los extranjeros. Por no haberse penetrado de esta idea tan justa, es por lo que, creemos; la jurisprudencia francesa ha caído en algunas exageraciones. Porque, por ejemplo, ha declarado la Corte de Casación que un inglés podía legitimar á su hijo en Francia, contrariamente á las disposiciones de su ley nacional, cuando el legislador francés se contenta con permitir y favorecer en cierta medida la legitimación sin hacerla obligatoria (1)? Así mismo se puede preguntar porqué, en nombre del país, es aceptado el divorcio para extranjeros cuya ley nacional considera el matrimonio como indisoluble cuando el divorcio está simplemente permitido y no impuesto por el legislador de estos Estados (2). Créemos poder afirmar sin vacilación, que toda ley *permissiva* y no *imperativa* ó *prohibitiva* no puede ser de orden público; no se comprendería, en efecto, que un legislador dejase á la discreción de los individuos la facultad de usar de una institución que él considerase como indispensable para el interés del Estado. Puede suceder que una institución haya sido establecida como útil desde el punto vista moral económico ó político, y que se haya facilitado su uso pero desde el momento en que no se imponga con todo rigor y que sea posible no aprovecharla, no puede formar parte razonablemente del orden público.

[1] Cass. 22 novembre 1857, Dal. 57, p. 423.

[2] V. Frib des Deux-Ponts, 27 juin 1870, J. du Droit international privé 1875, p. 102. V. Asser, loc. cit., p. 118-119.

IV.

Llegados á este punto de nuestro estudio, nos parece indispensable resumir en algunas conclusiones tan precisas cuanto sea posible las ideas generales que acabamos de emitir y que necesariamente participan del carácter vago del objeto al cual se refieren.

1º Es necesario distinguir el orden público interno que no se aplica sino á los nacionales del que se aplica tanto á los nacionales como á los extranjeros. El criterio para diferenciar uno de otro consiste en que las reglas del primero son dictadas por el legislador para proteger los intereses individuales de sus nacionales por quienes únicamente se preocupa, sin tener que defender los de los extranjeros mientras que las reglas del orden público internacional consideran directamente el interés colectivo del Estado, en vista del cual son promulgadas las disposiciones con un carácter obligatorio para todos aquellos que se encuentren en el territorio, sin distinción de nacionalidad;

2º Aún cuando las disposiciones de Derecho penal sean casi siempre de orden público internacional, se forman por si solas, el conjunto de reglas de orden público impuesto á los nacionales y extranjeros;

3º No hay criterio absoluto para distinguir las reglas de orden público internacional; su carácter se revela por el estudio del pensamiento del legislador y de los principios generales consagrados expresa ó implícitamente en cada país por la Constitución, las leyes y las costumbres;

4º La forma absoluta é imperativa de una disposición legal es insuficiente para caracterizarla desde el punto de vista del orden público, pero toda disposición legal que esté formulada de manera que aparezca *permissiva* y no *imperativa* ó *prohibitiva* no es de orden público.

Para completar esta serie de disposiciones que resumen nues-