

NATURALEZA JURÍDICA DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*María Elena Mansilla y Mejía**

*Es cierto que la sabiduría infinita del cielo
concede a cada pueblo un genio diferente,
pero no es menos cierto que esta Ley Divina
cambia según los tiempos y los lugares.*

Corneille.

***Sumario: Introducción.- 1. Derecho Inter-
nacional Privado.- 2. ¿Qué es el Orden Públi-
co?.- 2.1. Federico Carlos Savigny.- 2.2. Jitta.-***

* Catedrática de Derecho Internacional Privado, Teoría del Estado y Nacionalidad y Naturalización en la licenciatura de Derecho, y de Relaciones Económicas Internacionales y Derecho Competencial en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Consejo Técnico de la Facultad de Derecho. Miembro de Número de la *Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Recipiendaria de las Cátedras Especiales *César Sepúlveda Gutiérrez* y *Antonio Díaz Soto y Gama*. Recipiendaria de la *Medalla Prima de Leyes Instituta* 2002-2003.

2.3.- Pillet.- 2.4.- Miaja de la Muela.- 2.5.- Juristas angloamericanos del siglo XIX.- 2.6.- Martín Wolf.- 2.7.- Niboyet.- 3.- Origen del Orden Público.- 4. Conferencia de La Haya y el Instituto de Derecho Internacional.- 5.- Problemas del Orden Público.- 5.1. El Orden Público y la soberanía.- 5.2. Orden Público, excepción ¿a qué?.- 5.3.- Ley de Orden Público y Ley de Derecho Público.- 5.4.- El Orden Público, resguardo de la soberanía del estado.- 6.- Naturaleza jurídica del Orden Público: obligación de no hacer.- Conclusiones.

Introducción

Uno de los problemas del Derecho Internacional Privado dentro del sistema conflictual tradicional, es el orden público; de acuerdo con esto, podría concluirse que si desapareciera tal sistema de solución de conflictos, el orden público también desaparecería; sin embargo, esto es erróneo, el orden público se encuentra también en el Derecho Convencional, en el Derecho Uniforme y en las Leyes Modelo, lo cual significa que es una institución del Derecho Internacional Privado y no un simple accidente.

En forma simplista, el orden público se explica como "*la no aplicación del derecho extranjero*"; tal enunciado, en realidad, indica cuál es el efecto del orden público,

pero en forma alguna dice qué es; en otras palabras, decir que el orden público consiste en no aplicar el derecho extranjero no lo define, ni determina su naturaleza jurídica dentro del universo en estudio.

El orden público, sin duda, es una institución fundamental del Derecho Internacional Privado, por lo que es ineludible determinar, previamente, qué es el Derecho Internacional Privado a fin de ubicar dentro de él el orden público.

1. Derecho Internacional Privado

Como en artículos anteriores ya lo he expuesto, insisto en que el Derecho Internacional Privado de ninguna manera debe ubicarse dentro de la sistemática jurídica, como tradicionalmente se le ha colocado.

El Derecho Internacional Privado determina las reglas a seguir para aplicar la norma correcta ante un punto de contacto, causa de conflicto de naturaleza privada entre personas regidas por diferentes derechos. En este orden de ideas, el Derecho Internacional Privado, al tener como función determinar la norma aplicable ante un conflicto de leyes en el espacio, se ubica dentro de la técnica jurídica y, en consecuencia, se le define como un *Derecho de aplicación del Derecho*.

Atento a lo expuesto, todo principio, medio o técnica cuyo objetivo sea determinar qué Derecho debe aplicarse

o qué Derecho no debe aplicarse, caerá en el universo del Derecho Internacional Privado. Como conclusión lógica de lo expuesto, el orden público, al determinar que el derecho extranjero no se debe aplicar en un supuesto concreto, se ubica dentro del Derecho Internacional Privado, y es también un problema de técnica jurídica.

2. ¿Qué es el Orden Público?

Muchas son las teorías expuestas a fin de desentrañar qué es el orden público; al efecto, se citarán algunas de ellas.

2.1. Federico Carlos Savigny

Savigny¹ sostuvo que el orden público era un remedio contra la aplicación de la ley extranjera que normalmente debiera aplicarse, este remedio, añade Savigny, es una excepción que debe limitarse, y sostiene que: “...cuando la aplicación de la norma extranjera se dirige a un estado de cosas que el legislador considere como destructor del orden social o de la moral, no puede tolerar esta aplicación”. En tal supuesto, Savigny considera que el orden público es una excepción, una reserva a la aplicación de la norma extranjera.

1 Cfr. Savigny cit. por Niboyet, J. P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Selección de la Segunda Edición Francesa, Editora Nacional S. de R. L. México, D. F. 1957, pág. 385.

2.2. Jitta

Jitta² sostiene que el orden público tiene dos sentidos: uno amplio y otro restringido.

“En el derecho privado nacional está interesado el orden público de todas las instituciones jurídicas que la ley no abandona a la voluntad de los particulares; el estado de las personas es, en este sentido de orden público y por eso los particulares no pueden determinar, mediante un contrato, que su matrimonio haya de ser indisoluble o disoluble bajo condiciones distintas a las condiciones legales...”

“Pero en el Derecho Internacional Privado, el principio de orden público no se presenta de ese modo, o con esa amplitud, cuyo efecto sería la paralización de la vida internacional: hay que tomar pues la frase orden público, dentro de una ciencia en sentido menos amplio, por más que cuando se trata de precisar, sea difícil entenderse. La gran dificultad para llegar a una conclusión, precisa y universalmente aplicable, a la vez, consiste en la necesidad de limitar su aplicación a las leyes extranjeras. Al juez —añade Jitta— no le corresponde examinar si sus leyes son contrarias al orden público o hasta inmorales, sino que les debe obediencia aunque en su fuero interno las juzgue antisociales e inmorales en el más alto grado. El juez sólo puede criticar las leyes extranje-

2 Jitta J., *Método de Derecho Internacional Privado*, S. N. E. Edit. La España Moderna, Madrid S. F., págs. 178 y s.

ras, y aún en esta crítica no puede abandonarse libremente a su inspiración”.

Jitta sostiene que: *“No se puede imaginar que el juez declare contraria al orden público una ley extranjera, cuando su propia ley nacional descansa sobre los mismos principios de la ley extranjera”.*

La pregunta que surge es ¿cuando la ley extranjera descansa en otros principios, el juez puede invocar el orden público? Pese a su resistencia a la no aplicación al derecho extranjero, admite que el juez nacional no deberá aplicar el derecho extranjero cuando descansen en principios opuestos.

Esta respuesta conduce a otro cuestionamiento: ¿cuáles serían esos principios? Los estudiosos de esta materia no se han puesto de acuerdo respecto a cuáles son estos principios.

2.3. Pillet

Pillet³ *“sostiene que las leyes de orden público son las que deben ser generales para que no dejen de cumplir su objeto social. Luego, entre la idea de orden público y la de generalidad existe una verdadera e indivisible relación”.*

3 Pillet cit. por Niboyet, J. P., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pág. 399.

Para Pillet ambas leyes son lo mismo, y añade: “...cuando se recurre a la noción de orden público, el objeto a realizar exige por la ley su generalidad y si mediante ésta se realiza dicho objeto, la competencia de esta ley será perfectamente normal”.

La ley de orden público no solamente es la ley competente, sino la única ley competente.

Pillet no da gran luz al problema, y parece olvidar que toda norma debe ser general y no sólo las de orden público, en el sentido que se le da al orden público internacional.

2.4. Miaja de la Muela

Miaja de la Muela⁴ considera que la no aplicación del derecho extranjero es una excepción, y acepta la inaplicabilidad de leyes inspiradas en concepciones morales en su más amplio sentido: el moral, el religioso y el económico, por calificarlas como normas contrarias a las vigentes en el país del juez, pero aún sin estas orientaciones, ajenas al derecho, el autor sostiene que la orientaciones jurídicas son suficientes para que “*en cada Estado existan unos preceptos de Derecho que se estiman tan fuertemente conectados en concepciones morales, que descartan la aplicación de cualquier ley en contrario*”.

4 Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, 5ª. Edic., Madrid 1969, t. I, págs. 345 y s.

2.5. Juristas angloamericanos del siglo XIX

Por su parte, los juristas angloamericanos del siglo XIX sostuvieron: “...que en cada unidad política existe una public policy cuyas normas reguladoras no pueden ser contradichas en los supuestos en que el juez tenga que dar aplicación a una ley extranjera”.⁵

Resulta evidente de lo anterior, que los estudiosos no se ponen de acuerdo exactamente en lo que es el orden público, pero en lo que sí coinciden es en calificarlo como una excepción a la normal aplicación de la ley extranjera, excepción que corresponde aplicar al juzgador.

2.6. Martín Wolf

Wolf⁶ sostiene que en ocasiones, una norma jurídica extranjera que normalmente se aplicaría en ciertos casos y situaciones concretas, no se puede aplicar por razones especiales. Este incumplimiento –continúa Wolf– sólo podría realizarse derogando la norma, y es claro que una disposición no puede derogarse sólo con fundamento en que la autoridad se niegue a cumplir con su norma que le indica aplicar el derecho extranjero.

5 Cit. por Niboyet, J. P., *Derecho Internacional Privado*, op. cit.

6 Wolf Martín, *Derecho Internacional Privado*, 2ª. Edic. Bosch Casa Editorial, Barcelona 1950, t. I, pág. 162 y ss.

Para que la autoridad se niegue a la aplicación del derecho extranjero, debe existir una razón muy poderosa, y ésta sólo es con base en el orden público. Es decir, el orden público sólo se puede invocar ante una hipótesis en la que normalmente se aplicaría el derecho extranjero, porque sólo a través de la figura del orden público se puede evadir la aplicación de la norma extranjera. Sólo puede invocarse el orden público, cuando de aplicarse la norma extranjera derive un peligro o un perjuicio a la comunidad, situación que debe evitarse a toda costa.

2.7. Niboyet

El autor francés sobre el orden público sostiene:

“Para que se aplique una ley extranjera es preciso que entre los países exista no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión, un mínimum de equivalencia de legislaciones. Si se desciende más abajo de este mínimum ocurrirá lo que sucede cuando torcemos la llave de un conmutador eléctrico para apagar la luz, la corriente cesa y ya no hay interpenetración jurídica”.

“No se alcanza pues, en este caso, el mínimum 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 de orden público, pues el aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se invoca”.

3. Origen del Orden Público

De acuerdo a las teorías expuestas, el orden público es nacional, lo que significa que cada país tiene su propia concepción del mismo, por lo que puede ocurrir que una institución extranjera quebrante el orden público de un país y no quebrante el de otro.

4. Conferencia de La Haya y el Instituto de Derecho Internacional

La noción de orden público no solamente es variable de un país a otro, también varía dentro de un país con las distintas épocas. Ante tal situación de anarquía, la Conferencia de la Haya y el Instituto de Derecho Internacional, a fin de evitar el subjetivismo del juzgador y en interés de los particulares, sostuvieron:

“Sería conveniente que cada Convenio de Derecho Internacional Privado precisara los puntos acerca de los cuales una disposición considerada como de orden público en cada país contratante, pudiera desvirtuar los principios mismos del Convenio”.⁷

En la Segunda Conferencia de la Haya de 1900, se propuso que al no existir orden público común a varios Estados, cada país debería emitir una ley que determinara los casos de orden público.

⁷ Niboyet, J. P., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., págs. 402 y 408.

El Instituto de Derecho Internacional en 1910, propuso que se hiciera una enumeración internacional de los casos de orden público, sin embargo, el propio Instituto concluyó que tal propuesta era imposible, en atención a que cada país tenía su propio orden público; sin embargo, el Instituto emitió una resolución en los siguientes términos:

“El Instituto expresa el deseo de que para evitar la incertidumbre a que se presta el arbitrio del juez y el perjuicio que pudiera resultar para el interés de los particulares, cada legislación determine, con la mayor precisión posible, aquellas disposiciones cuya aplicación no será nunca suspendida por la intervención de una ley extranjera, aún en el caso de que ésta fuese competente para regir la relación jurídica de que se trate”.

Pese a lo anterior, es evidente la imposibilidad para señalar todos los casos en los que las normas fuesen de orden público.

Acorde a lo expuesto, puede sostenerse categóricamente que la imposibilidad para enumerar los casos de orden público radica en que éste es local, esto significa que el orden público es un problema esencialmente determinado por el derecho nacional. A lo anterior se suma su variabilidad, ya que lo que hoy pudiera ser considerado de orden público podría dejar de serlo posteriormente. En tal sentido, se puede concluir que el orden público es variable de un país a otro, y también varía dentro del mismo país de acuerdo con las distintas épocas.

5. Problemas del Orden Público

La determinación del orden público corresponde al juez de cada país, y aquí surge el problema de que los jueces pueden considerar como iguales una ley territorial imperativa y una norma extranjera que no debe aplicarse por violar una institución de orden público.

Ante tal posibilidad de confusión, es necesario encontrar una diferencia específica que permita invocar correctamente la figura del orden público. A fin de lograr lo anterior, resulta necesario plantearse las siguientes interrogaciones: ¿qué se pretende con el orden público?, ¿se trata de no aplicar el derecho extranjero o de no reconocer la situación que se constituyó bajo una ley extranjera?, ¿se está ante un problema de aplicación de la ley o del reconocimiento de sus efectos? Un estado no puede desconocer las normas de otro, esto significaría ignorar la existencia de otros estados, pero lo que un estado si puede es no aplicar el derecho extranjero.

5.1. El Orden Público y la soberanía

El aún vigente principio de soberanía exige el reconocimiento del derecho de los distintos estados, y de este mismo principio de soberanía deriva el derecho de cada estado de aceptar o no las consecuencias de la aplicación del derecho extranjero.

Por lo que en respuesta a la pregunta de si el orden público es un problema de aplicación de la ley o del reconocimiento de sus efectos, consideramos que se trata de un

problema de aplicación de la norma, pero sólo en cuanto a sus efectos, esto es en cuanto al reconocimiento y aceptación de la consecuencia de la norma.

En tal sentido, si el orden público es una excepción a la obligación de aplicar el derecho extranjero, consideramos que esta excepción será vigente sólo respecto de los efectos establecidos en la consecuencia de la norma extranjera. En otras palabras, la norma extranjera se reconocerá, ya que la situación en conflicto existe y se rigió por tal disposición, lo que se desconoce, parcial o totalmente son sus efectos.

Sin duda, los sujetos en conflicto de intereses se ubicaron en el supuesto normativo, tal situación es una realidad, pese a ello, la consecuencia de la norma no producirá efectos en el país en que se invoca el orden público, por contrariar una disposición fundamental interna, situación que debe ser excepcional.

5.2. Orden Público, excepción ¿a qué?

Dado que el orden público es una excepción, procede otra interrogante: ¿es una excepción a qué? La respuesta que consuetudinariamente se ha dado, es: el orden público es una excepción a la regla de aplicar la norma extranjera, si así lo dispone la norma nacional, pero ¿qué norma nacional se invoca en el orden público?

5.3. Ley de Orden Público y Ley de Derecho Público

¿Es lo mismo ley de orden público que ley de derecho público? Contestar la interrogante planteada exige conti-

nuar con el análisis del orden público. Al efecto, resulta de gran interés conocer el planteamiento de Elisa Pérez Vera,⁸ quien dice:

“Todo orden jurídico responde a un conjunto de principios o valores que en consecuencia intenta preservar. En este sentido, el orden público es consubstancial a todo ordenamiento jurídico”.

La misma jurista emite un concepto de orden público y sostiene que es:

“El conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto”.

La exposición de Pérez Vera es clarísima, ya que distingue con una precisión extraordinaria las dos clases de normas que suelen confundirse:

- La norma o cláusula de orden público; y
- La norma imperativa o de aplicación inmediata.

A fin de no incurrir en interpretaciones que pudieran obscurecer la nitidez de exposición de Pérez Vera, se transcribe su planteamiento:

“...la cláusula de orden público es preciso distinguirla de las llamadas normas imperativas o de apli-

8 Pérez Vera, Elisa *et. al.*, *Derecho Internacional Privado*, 2ª Edic., Edit. Colex, t. I, págs. 164 y s.

cación inmediata. Éstas expresan también principios y valores fundamentales del ordenamiento. Pero 1) operan en la fase de determinación del derecho aplicable, siendo de aplicación inmediata por su contenido material. 2) Al ser de aplicación inmediata, impiden la consulta y aplicación del derecho extranjero en el punto concreto que regulan, a diferencia de la excepción de orden público que requiere la consulta previa del derecho designado por la norma de conflicto. 3) Son de orden legal, en tanto que la cláusula de orden público es activada por el juez en cada caso concreto”.

A manera de corolario, la autora añade:

“...La excepción de orden público es un mecanismo de defensa de la coherencia interna del propio ordenamiento..., el orden público es consubstancial a todo orden jurídico, qué duda cabe que las autoridades y jueces deben defender el orden público”.

Consideramos conveniente aclarar que no sólo el juez aplica el orden público, cualquier autoridad que tenga como función aplicar el derecho tendrá la carga de tomar en cuenta el orden público en su interpretación internacional, a fin de no incurrir en una violación a las instituciones fundamentales de su país.

El problema del orden público no se limita al derecho sustantivo, sino que se extiende al adjetivo en el nivel de cooperación procesal internacional. ¿Qué debe hacer el juez que recibe un exhorto y solicita la ejecución de una sentencia que nunca sería emitida por un juez nacional?

Nuevamente se invoca la postura de Elisa Pérez Vera, quien textualmente sostiene:

“En el Derecho Internacional Privado” el orden público “se proyecta sobre dos de sus estructuras básicas. Suscitado un litigio ante los Tribunales o Autoridades... el orden público impide la aplicación del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto (dimensión de derecho aplicable). En fase de reconocimiento de decisiones, la acción del orden público comporta la negación de toda eficacia a la sentencia extranjera contraria a nuestros principios fundamentales (dimensión de reconocimiento de sentencias). Así pues, el orden público actúa como una barrera frente a normas y decisiones judiciales extranjeras susceptibles de vulnerar los principios y valores fundamentales y, en este sentido, cumple una función defensiva del ordenamiento”.

5.4. El Orden Público, resguardo de la soberanía del estado

El orden público, tanto como figura incluida en la norma interna que como cláusula de una convención, tiene por objeto tutelar todo el orden jurídico de un estado; con tal dimensión, sus efectos van más allá de la tutela de un interés privado o de la protección de valores o instituciones inherentes a las instituciones fundamentales de un pueblo.

El orden público, al erigirse en una legítima protección a la normatividad interna o nacional, pone de relieve y tutela ampliamente la soberanía de un estado, ya que al

momento de ser invocado el orden público, por una autoridad o un juez, se protege el inalienable e imprescriptible derecho de los pueblos a su autodeterminación. El orden público, como cláusula en una Convención de Derecho Internacional Privado, equivale a la cláusula de reserva de un Tratado Internacional.

En conclusión, si a través de la cláusula de reserva un plenipotenciario evita que se desconozca su derecho nacional en una Convención de Derecho Internacional Privado, a través de la cláusula de orden público, un plenipotenciario también evita que se desconozca el derecho interno aplicable a particulares.

6. Naturaleza jurídica del Orden Público: obligación de no hacer

Pese a todo lo discurrido hasta aquí, aún no se ha determinado qué es el Orden Público y en este punto se puede decir que el orden público, como el Dios *Jano*, tiene dos lados. Uno de los lados está dirigido a determinar, concretamente, en qué consiste el orden público para ser aceptado; el otro ve hacia el interior de la institución, a fin de encontrar su naturaleza jurídica como acto que debe realizar la autoridad.

En la primera fase, lo que siempre se ha sostenido es que el derecho extranjero no se aplicará, porque de hacerlo se desconocerían los principios y valores fundamentales de un orden jurídico determinado en una época y lugar concretos, por lo tanto, tales valores son temporales y relativos. Son temporales, porque pueden ser modificados con el paso del

tiempo. Son relativos, porque no puede darse de ellos un concepto absoluto, y su determinación debe hacerse en cada caso concreto.

Respecto al segundo problema del orden público como acto que debe realizar la autoridad interna en protección al derecho nacional y su justificación, cabe considerar que la autoridad, ante la obligación que le impone su propia norma de aplicar el derecho extranjero, tiene la obligación de realizar un juicio de valor que le permita fundar debidamente la no aplicación de la norma extranjera. De lo anterior, se deduce que el orden público es una obligación que tiene el juez. Esta obligación es de hacer, ya que el juez debe analizar los efectos de la aplicación de la norma extranjera. Una vez realizado el juicio de valor y constatado el orden público, la autoridad tendrá que cumplir con una obligación de no hacer, ya que deberá negarse a dar cumplimiento a su propio orden jurídico que le exige aplicar la norma extranjera.

Conclusiones

El orden público es temporal y relativa su aplicación, está a cargo de la autoridad y se determina en cada caso concreto.

El orden público, al aplicarse, tiene la naturaleza de una obligación de no hacer.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Sexta Edición. Edit. Porrúa S. A. México. 1983.
2. Fernández Rozasetal. *Derecho Internacional Privado*. Segunda Edición. Edit. Civitas. Madrid. 2000.
3. Goldschidt, Werner. *Suma del Derecho Internacional Privado*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1958.
4. Jitta. *Método de Derecho Internacional Privado*. La España Moderna. Madrid.
5. Miaja de la Muela, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Quinta Edición. Edit. Atlas. Madrid. 1969.
6. Niboyet, J. P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Segunda Edición. Editora Nacional. México. 1957.
7. Pérez Nieto, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Cuarta Edición. Oxford University Press. México. 2000.
8. Pérez Vera, Elisa, et. al. *Derecho Internacional Privado*. Edic. Colex. Madrid. 2000.