

LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL*

Por el Dr. Maximilien PHILONENKO,
Profesor de la Universidad de Bruselas.
Traducción del Dr. Miguel LUBAN,
Profesor de la Universidad de México.

A propósito de la sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 4 de mayo de 1950¹

Bien sabido es lo huidizo del concepto de orden público internacional. De ahí que no sea inútil definirlo, siquiera en sus efectos, desde el comienzo de estas observaciones, antes de investigar su naturaleza.

Cuando se reconoce que la ley extranjera es aplicable a los hechos del caso sometido a los tribunales de un país determinado, la parte que tiene interés en descartar su aplicación, invoca comúnmente la excepción de orden público internacional, es decir, trata de convencer a los magistrados que conocen del asunto, de que el contenido de la disposición legal aceptada en principio como aplicable para los fines del litigio, es de tal modo contrario a la *lex fori*, que debe descartarse.

Sin embargo, no basta que la *lex fori* desconozca sencillamente una institución jurídica extranjera, para que se invoque la excepción de orden público internacional, tal como sucede, por ejemplo, con los *trusts* del Derecho anglosajón (véase París, 18 de febrero de 1909: Clunet 1910, pp. 1144 y ss., especialmente p. 1168. Tribunal Civil del Sena, 16 de mayo de 1906, en un célebre asunto relativo a la sucesión de Singer, el inventor de la máquina de coser: Clunet 1910, p. 1069. Tribunal Civil del Sena, 22 de diciembre de 1926: Clunet 1928, p. 122).

* Artículo publicado en el "Journal du Droit International", julio-septiembre de 1952, pp. 780-818 (sólo las páginas pares, ya que las impares incluyen, en sendas columnas, traducciones al inglés y al alemán del ensayo). La traducción al español ha sido revisada por el Dr. Alcalá-Zamora.

¹ Véase Clunet, 1952, p. 284.

Pero supongamos que se trate de un matrimonio polígamo celebrado bajo el imperio de diversas legislaciones o costumbres de los pueblos del mundo: en un litigio muy conocido, *Hyde contra Hyde*, 1886 (*Law Reports* 1, *Probate and Divorce* 130, referido por Beale, *Cases of Conflicts of laws*, 2ª ed., vol. I, p. 644), Lord Penzance, al emitir su fallo, después de haber expuesto que se trataba de una demanda de disolución de matrimonio efectuado según las costumbres de los mormones, y de manifestar que el marido contrajo posteriormente otro matrimonio, calificado como adulterio por la demandante en el proceso, declaró que el supuesto matrimonio no lo era, ya que si bien las costumbres de los mormones permiten uniones polígamas, el matrimonio, tal como la institución se concibe por los pueblos de civilización cristiana, es "*voluntary union of one man and one woman, to the exclusion of all others*", unión voluntaria de por vida, de un hombre y de una mujer, con exclusión de los demás, definición reproducida palabra tras palabra por Stirling J. (38 Ch.D.220, citado textualmente en Beale, vol. I, p. 648 en nota), y que, por tanto, faltando el verdadero matrimonio, no podía tratarse de divorcio.

Pero una vez sentada dicha declaración, el eminente magistrado creyó que debía ir más lejos en su razonamiento, y he aquí el extremo que se relaciona con el objeto de la presente disertación: si las reglas concernientes al estado de las personas casadas no son aplicables a una unión de tal clase, ¿no habrá otro procedimiento que pueda invocarse? Pero el sabio juez responde: "Carecemos en Inglaterra de ley que contemple el caso de poligamia, o bien de ley que pueda invocarse indirectamente, a fin de resolver sobre sus efectos. Pueden abrigarse las más serias dudas respecto a si convendría que un tribunal inglés confiera sanción jurídica a las obligaciones (suponiendo que podamos establecerlas) que deriven de un sistema de instituciones de tal modo diferente, "*utterly at variance*", a la concepción cristiana del matrimonio² y que repugna a tal punto las ideas que nos son familiares acerca de la situación reconocida al sexo débil".

Cfr. asunto Ng Suey Hi contra Weedín: *Minnesota Law Review*: Clunet 1928, p. 1275, nota de Philonenko.

Caso extremo, cuestión netamente zanjada...

Pero en un número infinito de hipótesis, las situaciones son mucho más matizadas y la verdadera dificultad consistirá en discernir los cri-

² O más bien la del matrimonio romano y canónico: cfr. San Mateo, capítulo 25 (parábola de las cinco vírgenes prudentes y de las cinco necias en espera del esposo).

terios que permitan atribuir a tal o cual disposición de la *lex fori* carácter de orden público internacional.

En realidad, la cuestión es de las más confusas. Cabría, sin embargo, y ya es algo, desprender algunas categorías principales; pero subsistirá un fondo residual caótico, inarticulado e inclasificable, al menos por el momento. Con todo, se comprobará, sin duda, que la doctrina de la Corte de Casación de Bélgica en su sentencia de 4 de mayo de 1950 permite proyectar sobre las aguas turbias una luz directriz, una especie de hilo de Ariadna, para los litigantes y los jueces preocupados por cristalizar la cuestión en formas de aristas definidas.

A) LOS CRITERIOS

I. *Similitud*

Las disposiciones de la ley extranjera normalmente aplicables, no se reputarán contrarias al orden público internacional, aunque estén marcadas por un sello de extravagancia en relación con el Derecho común, siempre que pueda establecerse un lazo de analogía con las disposiciones de la *lex fori*.

Corte de Apelación de Génova, 4 de julio de 1913 (Clunet, 1914, p. 1362): no es contraria al orden público italiano la decisión que reconoce competente al tribunal francés a tenor del artículo 14 del código civil, por extraño que pueda parecer, dado que el artículo 105 del código de procedimientos civiles italiano atribuye una competencia semejante a los tribunales italianos.

Tribunal Civil del Sena, 22 de julio de 1921 (Clunet, 1921, p. 532): admite la moratoria concedida a la Compañía de Seguros Holandesa en Holanda; sin que importe el carácter excepcional de esta disposición, en vista de la existencia de una ley similar en Francia.

Cámara "*des Requêtes*", 7 de noviembre de 1934 (Clunet, 1935, p. 974): rechaza la apelación contra el fallo de la Corte de Rabat que al pronunciar el divorcio entre cónyuges suizos, prohibió al esposo culpable, basándose en la ley suiza, volver a casarse dentro de un año (nota crítica de Perroud); pero en el fondo de la decisión se halla, aunque no expresado, el argumento de similitud, puesto que ésta existe por el hecho de que los artículos 229 y siguientes del código civil francés admiten igualmente el principio de una pena civil.

Pero el tribunal de Marsella (29 de noviembre de 1925: Clunet, 1926, p. 388) consideró contraria al orden público la sentencia extran-

jera que subordina a la autorización del obispo la facultad del esposo divorciado para contraer nuevo matrimonio.

Diferencia de economía con el fallo de la Corte de Rabat y con el de la Cámara "*des Requêtes*" arriba mencionados, ya que no se trataría de pena civil prevista por la ley extranjera, sino de decisión arbitraria de una autoridad en general, y de una autoridad eclesiástica en particular. Falta, pues, la similitud.

Tribunal de Comercio del Sena, 26 de julio de 1934 (Clunet, 1935, p. 382): un empleado jubilado de un Banco austríaco opuso la excepción de orden público internacional frente a la ley austríaca que redujo su pensión, pese a los derechos adquiridos; pero el tribunal hizo observar que en las actuales circunstancias económicas, las legislaciones de varios países derogan de manera sin duda alguna sorprendente este principio y, en consecuencia, rechazó la excepción.

Corte de Apelación de Chambéry, 25 de mayo de 1936 (Clunet, 1939, p. 78; D. P. 1938, 2, 73; nota de Silz): la quiebra de un no comerciante suizo pronunciada por un tribunal suizo, no es contraria al orden público francés, sobre todo si se trata de liquidación de inmuebles que se hallen en Francia, semejante a la instituida por el artículo 812 del código civil para el caso de sucesión vacante.

En contra, sin embargo, París, 26 de junio de 1912 (Clunet, 1913, p. 580).

Decisiones más corrientes: todo un grupo relativo a cuestiones de divorcio.

Nancy, 17 de junio de 1922 (Clunet, 1924, p. 668): unos israelitas de Levante, casados ante la autoridad rabínica en Constantinopla, fueron válidamente divorciados por la misma autoridad en París: la excepción de orden público es desechada, por estar el divorcio admitido como tal en Francia.

Véase, sin embargo, en sentido contrario: Tribunal Civil del Sena, 2 de junio de 1930 (Clunet, 1931, p. 1078).

Tribunal Civil de Aix, 23 de enero de 1928 (Gaz. Pal. 1928, 1, 780): las disposiciones de la ley extranjera que establecen la indisolubilidad del lazo matrimonial no son, dadas nuestras costumbres, contrarias al orden público. El tribunal tiene presente en su espíritu la idea de que, de hecho, la mayoría de los matrimonios permanecen estables.

Corte de Apelación de París, 16 de noviembre de 1936 (D. H., 1937, p. 104): la Corte concedió el exequátur a una decisión helvética, basándose en el artículo 142 del código civil suizo, que dispone que cada

uno de los cónyuges puede pedir el divorcio, cuando el vínculo conyugal esté tan debilitado que la vida en común se haya vuelto insostenible, en atención a que la decisión suiza recayó en condiciones análogas las previstas por los artículos 230 y 231 del código civil francés.

La fórmula expresa la idea de similitud; pero es preciso tener presente que en este caso el vínculo conyugal resultó afectado por hechos que habrían permitido obtener el divorcio mediante la aplicación de la ley francesa.

Corte de Apelación de Rabat, 30 de noviembre de 1948 (Gaz. Pal., Tables, 1949, I, V^o Etranger, N^o 25): el divorcio pronunciado en el extranjero en virtud de mutuo consentimiento, puede producir sus efectos en Francia sin que el orden público internacional se oponga a ello.

Cuando se piensa que la mayoría de los divorcios se obtienen en Francia por mutuo consentimiento, bajo la forma aparente de un proceso contencioso, se reconocerá que el fallo de la Corte de Rabat se justifica por el argumento de similitud con la realidad de las cosas.

Sin embargo, un fallo más antiguo (Amiens, 21 de marzo de 1906; Clunet, 1906, p. 1138) consideró que el divorcio por mutuo consentimiento era contrario al orden público internacional. La contradicción entre el modo de pensar de la Corte de Rabat y el de la Corte de Amiens, ¿no podría explicarse por la idea de la actualidad del orden público internacional, que tiene por base la evolución de las costumbres en este punto? De todos modos, si miramos de cerca la realidad de las cosas, que no data de hoy, será preciso no perder de vista el carácter incierto e incluso ambiguo de la institución misma del divorcio: el adulterio de la mujer, incluso según los Evangelios, es causa de ruptura del vínculo, en cualquier otro caso indisoluble (San Mateo, XIX, 9); lo que Dios ha unido, no puede romperlo el hombre (San Mateo, XIX, 6; San Marcos, X, 9). Privada del apoyo del hombre, la mujer es severamente castigada.

Sin embargo, cuando la mujer desea unirse a su cómplice, ¡qué feliz será con la acción de su marido, ya que no puede invocar su propia culpa para obtener la libertad!

O bien, supongamos que el marido tenga mucho afecto a su mujer y mucho apego a su hogar, pero que tenga a la vez debilidades y engañe a su mujer de manera pasajera o incluso duradera, con una mujer con quien no quiera casarse. La esposa se entera de la situación, entabla la acción de divorcio, y el marido es castigado.

Imaginémonos, por el contrario, que el marido esté cansado de su mujer y que tenga una relación amorosa que le procure entera satis-

facción, ¿cómo deshacer el lazo conyugal? La acción de divorcio entablada por su mujer le viene como anillo al dedo. En suma, ¿qué queda de la idea de pena?

¿Cómo puede revestirse con la intensidad del orden público internacional una institución caracterizada por una idea tan artificial? O, por lo menos, artificial en un número de casos siempre creciente.

Ese carácter inconstante e incluso equívoco del divorcio, la incertidumbre de sus efectos morales, ¿permite considerar el divorcio por mutuo consentimiento como contrario, desde luego, al orden público?

Corte de Toulouse, 18 de diciembre de 1950: Sirey, 1951, 2, 129, especialmente página 132, segunda columna: exequátur de la sentencia de un tribunal suizo entre cónyuges franceses, el cual desestimó la acción de divorcio del marido, pero pronunciando en su contra la separación de cuerpos en razón de su culpa preponderante. Excepción de orden público propuesta por el marido y acogida por el Tribunal de Toulouse, en atención a "que la culpa preponderante constituye en Derecho suizo una categoría jurídica intermedia, dotada de sus propios efectos... y a que este concepto, que no puede reducirse al de culpa exclusiva, ni tampoco al de culpa recíproca, no existe en el Derecho francés y se opone a las reglas de este último". Pero la Corte anuló la decisión: "Considerando que el concepto de culpa preponderante no es ajeno al espíritu del Derecho francés, puesto que se encuentra en el artículo 301 del código civil...; que en tal caso se les otorga a los jueces la facultad y no la obligación de conceder o de negar una pensión al esposo reputado inocente, según la situación económica de las partes y también según la apreciación de la culpa en que dicho cónyuge haya podido incurrir, en consideración a su grado de inocencia y a sus propias faltas". Razonamientos coronados por el bello relieve del considerando final: "lo que es posible en el Derecho interno y no va en contra de prohibición alguna, debe también admitirse en las relaciones internacionales".

Otros fallos que destacan la idea de similitud:

Tribunal Civil del Sena, 12 de junio de 1906 (Clunet, 1907, p. 745): responsabilidad en razón de menciones engañosas en un prospecto que incitaba a la suscripción de acciones de una sociedad. Analogía del Derecho inglés con el francés, y rechazo de la excepción de orden público internacional.

Tribunal de Comercio de Marsella, 25 de mayo de 1935 (Clunet, 1937, p. 537): sostiene que el artículo 545 del código civil francés es de orden público internacional, y que no fué afectado por una disposición de la ley de 20 de agosto de 1936, párrafo primero, penúltimo apartado, sobre nacionalización de las industrias de armas, que permite su toma de posesión por el Estado, previo inventario contradictorio y pago de una indemnización provisional. No media, necesariamente, analogía suficiente con una legislación extranjera que prevea la expropiación de un propietario sin pago ni garantía de pago de una justa indemnización.

II. *Respeto a la propiedad privada*

Expropiación soviética. Corte de Casación, Cámara "*des Requêtes*", 5 de marzo de 1928: D. P., 1928, 1, 81; Rev. crit. dr. internat. privé, 1929, p. 328.

Expropiaciones españolas. Corte de Casación, 14 de marzo de 1939 (S. 1939, 1, 182).

En estos fallos se trataba de los efectos de expropiaciones por vía de nacionalización, sin justa y previa indemnización, de bienes de particulares, reconocidas como contrarias al orden público internacional francés.

Véase sobre este extremo: Philonenko, Clunet, 1929, pp. 13 y ss.; sobre todo, mi estudio *Les atteintes a la propriété et l'ordre public international* (en el "Journal des Tribunaux" de 27 de marzo de 1949, pp. 193 y ss.), donde se analiza el conjunto de las decisiones de las grandes jurisdicciones de los países de civilización occidental, así como su actitud a este respecto, por lo demás muy variada; y así, la excepción de orden público internacional es rechazada por la jurisprudencia anglosajona, siempre que el Gobierno que expropie haya sido reconocido por el del país donde tenga su sede la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el litigio.

Por lo demás, en dichos estudios cargué el acento no sobre la modalidad de expropiación sin indemnización previa, sino sobre la verdadera justificación de la expropiación dictada por utilidad pública, debiendo apreciarse esta última no conforme a los intereses de una clase triunfante en un momento dado, constituida sobre todo por una oligarquía dirigente, como en el caso de los Soviets.³

3 Cfr. a este propósito los profundos puntos de vista expuestos por el Papa Pío XII en una alocución relatada en el "Osservatore Romano" de 28 de mayo de 1948 y citada con fines de examen crítico en nuestro citado estudio del "Journal des

III. *Derechos de la defensa*

Tribunal Federal Suizo, 13 de mayo de 1938 (Clunet, 1951, p. 939) : tratándose de divorcio pronunciado en Barcelona entre dos cónyuges de nacionalidad suiza, su validez no podría reconocerse, puesto que “es contrario a las exigencias del orden público internacional”. Pese a que el marido sabía donde podía ser informada su mujer, ésta no tuvo conocimiento del proceso promovido en Barcelona. Por tanto, no estuvo en condiciones de *defender sus derechos*. Tampoco le fué notificada la sentencia, de suerte que no pudo impugnarla por los medios pertinentes. El procedimiento ante el tribunal extranjero y la sentencia de divorcio adolecen de tales vicios y de tales lagunas, que los principios esenciales del procedimiento civil y, por tanto, el orden público han sido violados”.

Tribunal Civil del Sena, Primera Cámara, 31 de mayo de 1949: S., 1950, 2, 21, especialmente p. 24, 1ª columna. Tratándose igualmente de una sentencia pronunciada en Rumanía en favor del marido y en contra de su esposa, francesa de origen que conservó su nacionalidad, el exequátur de la misma fué denegado porque “por lo que se refiere al procedimiento seguido ante la Corte de Casación..., se dictó el 5 de octubre siguiente, al resolver sobre el recurso, una decisión desestimatoria en rebeldía, fundada en la falta de motivos, con una precipitación singular, tras haber sido citada la señora Guillemín no en su residencia en Francia, sino en Bucarest, en un domicilio previamente elegido”.

“Considerando que, sin duda, no se comprobó que ese modo de proceder fuese incompatible con las reglas locales y pueda reputarse irregular e ilegal a tenor de la ley rumana; pero considerando asimismo que en relación con Francia semejante modo de proceder lesiona indiscutiblemente los derechos de defensa y es contrario al orden público francés y, por tanto, entraña la inoponibilidad de la decisión desestimatoria en contra de la señora Guillemín, en la medida en que haya podido lesionar sus intereses legítimos”.

París, Primera Cámara, 15 de diciembre de 1948. Picard, Primer Presidente; Dupin, abogado general (del ministerio público) : Sirey, 1949, 2, 69, especialmente p. 73, 1ª columna. Divorcio pronunciado en los Es-

Tribunaux” (1949, p. 19), tendiente a demostrar que tanto la experiencia histórica como el análisis psicológico corroboran el parecer del soberano pontífice acerca de la íntima ligazón entre la propiedad privada y la dignidad de la persona humana, y ello en contra de la antigua doctrina del Derecho canónico, Decreto, *distinctio I*, canon I, que se apoya en la *Lex Rhodia de jactu*, para afirmar el principio de la comunidad de bienes.

tados Unidos entre cónyuges franceses por el tribunal de Reno, Nevada, "...que ha sido pronunciado a base de la sola afirmación, bajo juramento, de la demandante de haber sufrido sevicias; que esta falta de prueba equivale a admitir el divorcio por repudio, lo que repugna en forma invencible el sentimiento profundo que tenemos en Francia de la seriedad, de la dignidad y de la permanencia del vínculo conyugal, es decir, en definitiva, a nuestra concepción del orden público". Sin duda, fueron dos los motivos invocados para que se acogiese la excepción de orden público internacional: en primer término, la violación de los derechos de defensa, y por vía de consecuencia, la transformación del procedimiento de divorcio en un simple repudio.

En el mismo asunto, la Cámara Civil (22 de enero de 1951: Gaz. Pal., 1951, 1, p. 210; Clunet, 1951, p. 600) declara "que el juez de Reno pronunció sin la menor precisión, basándose sólo en la afirmación de la señora Weiller de haber sufrido 'sevicias' y sin otra prueba que el juramento de la demandante". ... "Considerando que la Corte de Apelación ha podido tomar en cuenta y sancionar el fraude a la ley francesa en condiciones tan artificialmente creadas por la señora Weiller, a fin de que las leyes francesas sobre matrimonio fuesen sustituidas por la aplicación por un tribunal incompetente de una ley extranjera asimismo incompetente, que le permitiese repudiar a su esposo sin un debate serio; que con razón declara la Corte inoponible en Francia la sentencia de divorcio pronunciada en Reno en circunstancias contrarias a la concepción francesa del orden público y, por tanto, nulo respecto de la ley francesa el segundo matrimonio celebrado en Londres antes de la disolución del primero".

Esta decisión la clasificamos bajo la rúbrica "derechos de la defensa", ya que, aunque la ley extranjera hubiere sido aplicable y el tribunal extranjero competente, la violación de los derechos de defensa habría bastado para declarar la sentencia extranjera contraria al orden público francés. Mas, ¿no cabe pensar que la decisión de la Cámara Civil habría ganado, desde el punto de vista de los principios, si sus motivos hubiesen sido deslindados con mayor nitidez unos de otros?

IV. *Abuso de derecho*

Tribunal Federal Suizo, 9 de noviembre de 1939 (Clunet, 1951, p. 954): una señorita alemana adquiere la nacionalidad suiza en virtud de matrimonio ficticio celebrado en Constanza (Alemania); como consecuencia de acción promovida en Zurich, dicha adquisición fué declarada

violatoria del orden público suizo, basándose en el artículo 2º, párrafo segundo, apartado segundo, del código civil, que dice: "El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley." Abuso de la *lex fori* por un acto que tuvo lugar en el extranjero.

V. Escándalo a evitar

El orden público sirve de medio para evitar, en el propio territorio, debates escandalosos. Pero cuando semejantes debates tuvieron lugar en el extranjero, el orden público internacional no puede invocarse útilmente.

Corte de Apelación de Nancy, 6 de junio de 1912 (Clunet, 1914, p. 578): se reconoce como ejecutoria la constancia de filiación natural paterna, no obstante que en aquella época dicha investigación estaba prohibida en Francia por la mera preocupación de evitar discusiones, o bien investigaciones acerca de la vida privada, que lesionarían la moral pública y constituirían un peligro para ella; pero como los debates tuvieron lugar en el extranjero, la excepción de orden público francés no podría tomarse en consideración.

La misma idea, en el fallo de la Cámara Civil de la Corte de Casación de 11 de abril de 1945 (Gaz. Pal., 1945, 1, 182. Lerebours-Pigeonnière, ponente).

VI. Susceptibilidad nacional del juez

Tribunal Civil del Sena, 23 de noviembre de 1922 (Clunet, 1923, p. 295): una señora Deneri, de origen francés, solicitó el exequátur de una sentencia de divorcio pronunciada a favor de su esposo, un señor Kahn, alemán, por el Tribunal Civil de Berlín, que se basó en el hecho de que la señora Deneri trató a su esposo de "*boche*"⁴ y de "cerdo de raza sucia". El Tribunal de Berlín hizo observar, no sin indulgencia irónica, que en vista de que el odio a los alemanes sería muy natural en una parisina, no había que atribuir mucha importancia a tales palabras, pero que, de todos modos, dichas expresiones eran, por su naturaleza, propias para herir los sentimientos nacionales del esposo.

El Tribunal Civil del Sena consideró el fallo extranjero como irónico y difamatorio respecto de las parisienses y, por tanto, contrario al orden público.

⁴ Término despectivo que para designar a los alemanes usan los franceses. (Aclaración del traductor.)

B) RESIDUO CAÓTICO EN AUSENCIA DE MOTIVOS

Después de definir esas grandes tendencias, queda un residuo confuso de decisiones no motivadas concernientes al orden público internacional, y que no permiten extraer visión alguna de conjunto.

Citaré algunas de ellas, sin pretender agotarlas y me detendré únicamente en las que *aceptan sin motivo* la excepción de orden público internacional y descartan así la ley extranjera normalmente aplicable.

Evidentemente es mucho menos grave que la excepción *se rechace sin motivo*, ya que entonces, al menos, el Derecho común triunfa.

Corte de Casación, Cámara Civil, 4 de abril de 1881 (Sirey, 1883, 1, 65): los derechos de los herederos legitimarios ("*réservataires*") serían de orden público internacional. Debe compararse con la decisión de la Corte de París, Primera Cámara, 10 de julio de 1946 (Gaz. Pal., 1946, 2, 141).

Tribunal Civil de Lieja, 14 de noviembre de 1907 (Clunet, 198, p. 565): sería de orden público internacional el privilegio del vendedor de objetos muebles.

Corte de Apelación de Bruselas, 1º de julio de 1910 (Clunet, 1912, p. 9906): sería de orden público internacional el artículo 1965 del código civil, que niega la acción en cobro de los créditos de juego.

Tribunal Civil del Sena, 14 de enero de 1925 (Clunet, 1926, p. 83): el artículo 1445 del código civil relativo a las formalidades de la separación judicial de bienes, sería de orden público internacional, respecto de los esposos franceses.

Corte Suprema de Viena, 20 de junio de 1930 (Clunet, 1931, p. 716): una ley con efecto retroactivo sería contraria al orden público internacional.

Corte de Casación, Cámara "*des Requêtes*", 21 de abril de 1931 (Sirey, 1931, 1, 377): el artículo 344 del código civil, que establece los preceptos de la adopción, sería de orden público internacional.

Tribunal egipcio de Port Said, 26 de noviembre de 1950 (Clunet, 1951, p. 1274): negativa a otorgar el *exequatur* a una sentencia palestina que computó los daños y perjuicios al interés del 9%, mientras que la ley egipcia sólo admite un interés del 7%.

Pero esta omisión tan frecuente de motivos, ¿no recuerda la práctica de los casos regios bajo el antiguo régimen? Cuando la justicia regia se avocaba ciertos litigios, en perjuicio de las jurisdicciones señoriales, los señores solicitaban en balde de la realeza que suministrase la lista de los casos regios y que definiese la teoría de los mismos.

Las gentes del rey eludían la respuesta, precisamente para disponer del medio para declarar casos regios las futuras hipótesis a que resultase oportuno aplicar dicho procedimiento, que fué uno de los resortes para, sobre las ruinas del feudalismo, edificar el Estado en el siglo XVI, movimiento general que abarcó tanto Europa continental como Inglaterra.

El recuerdo de esa práctica me permite destacar, sin embargo, una importante oposición en este campo de las analogías: mientras el movimiento absorbente de la realeza se desarrolló con el tiempo en contra de los derechos señoriales, que finalmente fueron abolidos por la Revolución, más bien sucesora intempestiva de aquélla que no su contrincante según se piensa con demasiado frecuencia, en nuestra época la protección de la dignidad de la persona humana⁵ se considera, al menos en los países de Occidente, como tarea principal de los Estados contemporáneos o de su unión. El deseo principal de descartar en lo posible la ley extranjera, dista mucho de ser la tendencia común, tanto de los juristas como de las jurisdicciones nacionales. Al parecer, prevalece una visión más amplia o, por lo menos, encuentra apoyo considerable: de ahí que la marcha de la teoría del orden público hacia la precisión, no deba estimarse mal venida o inoportuna, como lo fué antaño la práctica de los casos regios.

C) LA DOCTRINA DEL FALLO VIGOUROUX⁶

El fallo en cuestión representa un paso hacia adelante en este campo: la Corte Suprema de Bélgica se propuso, ante todo, esclarecer la oscuridad resultante de la confusión entre el orden público internacional y el interno.

“Considerando —dice el fallo— que una ley de orden público interno no lo es de orden internacional privado sino en la medida en que el legislador haya querido consagrar, mediante las disposiciones de este último un principio que considere esencial para el orden moral, político o económico establecido, y que por tal motivo deba necesariamente excluir, a su entender, la aplicación en Bélgica de reglas contrarias o distintas, pertenecientes al estatuto personal del extranjero”.

Sin duda alguna, la imperatividad de una regla de orden público de la ley interna no implica necesariamente que tenga el carácter de or-

⁵ Escribía en 1934: “Las nuevas formas de los Estados, como el de los Soviets y, sobre todo, como el nacional-socialista, pueden, sin duda, reservar sorpresas a este propósito”. *Théorie du renvoi*, p. 93, nota 1.

⁶ Véase Clunet 1952, p. 284.

den público internacional, el cual excluiría la aplicación de la ley extranjera normalmente aplicable.

Firme y útil enunciación de principio, puesto que de manera interesada o sincera, muchos prácticos del foro confunden los dos conceptos: interesada, si la confusión de los dos órdenes públicos sirve la causa de su cliente; sincera, si obedece a insuficiente conocimiento del Derecho internacional privado.

Los propios magistrados se ven arrastrados a identificar, en la medida de lo posible e incluso de lo imposible, los dos órdenes públicos⁷; e impelidos por una tendencia psicológica natural, tratan de aplicar la *lex fori*, a la que se adhieren por la fuerza misma de las cosas, siempre que haya una razón plausible para excluir la ley extranjera, en la cual no están versados, sin que ello pueda reprochárseles ni poco ni mucho.

Cierta vez el magistrado Denis se expresaba en los siguientes términos:

"...Ante todo, parece que uno debería regocijarse al observar que la ley extranjera reenvía a la francesa en cuanto a la transmisión del patrimonio mobiliario sito en Francia. Los tribunales franceses deben considerar la ley francesa como mejor, preferible, más equitativa y encerrando en sí una concepción más elevada del Derecho. La ley nacional del extranjero abdica en favor de la ley francesa, se inhibe, y ello para bien y sin reservas, puesto que la ley francesa no ha cedido nada, en cambio, Ahora bien: ha habido juristas teóricos, especialmente quienes tratan los problemas de Derecho internacional privado, que vehemente y apasionadamente *rehusan el regalo...*".

Y el magistrado Denis insiste en sus conclusiones:

"Prefiero, cuando les esté permitido, que los tribunales franceses juzguen de acuerdo con la ley francesa y no según la ley extranjera, que no conocen. Prefiero la ley francesa a la ley extranjera. Prefiero lo que es sencillo a lo que es embrollado" (Ponencia del magistrado Denis, Cass, req. 1 de marzo de 1910: D., 1912, 1, 262).

Por otra parte, nuestro maestro Bartin ha calificado la jurisprudencia inspirada en semejantes consideraciones, como "la jurisprudencia

⁷ *Sic*: tribunal civil de Montbrizon, 10 de diciembre de 1904 (Clunet, p. 652), que se dejó arrastrar por esta peligrosa pendiente: "Considerando que las leyes que regulan la capacidad de las personas físicas y morales son de orden público internacional".

de los camaradas"; o más bien —diríamos— como la jurisprudencia de la debilidad humana.⁸

La definición del fallo recogido, que es necesariamente para Bélgica o para Francia una creación de Derecho pretorio, ya que no se conoce texto alguno de Derecho internacional privado en que pueda encontrar apoyo, se acerca mucho a la doctrina análoga del *Reichsgericht* alemán (por la cual quizás fué influida, en el secreto de la deliberación de la Cámara de Consejo), el cual, por otra parte, se encontró en una situación jurídica más delicada que la de la Corte de Casación de Bélgica (véase Philonenko, *Clunet*, 930, pp. 1055 y ss.).

En efecto, la Ley de introducción al *B. G. B.* (código civil alemán) dispone en su artículo 30 que "la aplicación de la ley extranjera se excluye, cuando sea contraria a las buenas costumbres o a la finalidad de una ley alemana".

De atenernos a su tenor literal constituye, desde luego, un texto muy embarazoso, y por ello, en una decisión de principio de 21 de marzo de 1905 (*Clunet*, 1910, p. 615), citada en la nota 10 de la página 1066 del citado estudio de 1930, se lee:

"Que según su texto, la disposición del artículo 30, al exigir en la aplicación de la ley extranjera su contradicción con la finalidad de la ley alemana, es imprecisa y equívoca, ya que toda ley tiene una finalidad, y por el mero examen del texto podría llegarse al resultado de que, en caso de conflicto de leyes, no podría aplicarse el Derecho extranjero de manera general, desde el momento en que su aplicación se hallaría en contradicción con la ley alemana. Ciertamente, ello no es lo que ha querido decir el artículo 30. De ser así, mediaría tal violación de los principios generalmente admitidos por el Derecho internacional privado, que habría sido menester que el legislador tuviese una razón especial para ello, y que, además, hubiese expresado formalmente su voluntad a este respecto".

Por tanto, el *Reichsgericht* dió al artículo 30 una interpretación distinta. Según una serie de fallos citados en la nota 10 del estudio antes mencionado sobre revalorización de créditos, hace falta que "la discrepancia entre las concepciones públicas, políticas y sociales en que (la ley extranjera) descansa, y la del Derecho alemán que esté en conflicto con ella sea de tal modo importante, que de la aplicación del Derecho ex-

⁸ Cfr. mis observaciones en el estudio sobre la ley de matrimonio mixto, en "Revue critique de droit international privé", 1951, pp. 539 y ss., singularmente p. 555; cfr. también mi nota (*supra*, pp. 182 y ss.).

tranjero puedan resultar directamente afectadas las bases mismas de la vida política y económica alemana”.

Definición tanto más importante cuanto que la letra del artículo 30 no la favorece —jurisprudencia *juris civilis corrigendi gratia*—, ya que si el *Reichsgericht* se vió obligado a formular dicha doctrina, fué porque percibió el alcance verdaderamente subversivo que para el edificio del Derecho internacional privado tendría la aplicación de la teoría del orden público internacional, si se la enlazase con la letra del artículo 30.

La Corte de Casación de Bélgica, que igualmente reconoció la importancia del problema, se encontró en una situación más fácil, ya que para ella se trataba tan sólo de pronunciar *juris civilis supplendi gratia*.

Una vez formulado el principio, éste se aplica a las disposiciones de la ley belga, a las cuales el recurso trató de atribuir carácter de orden público internacional:

“Considerando que el plazo de caducidad impugnado en este caso no fué introducido en la legislación belga hasta la de 6 de abril de 1908; que con anterioridad a dicha ley, el principio del artículo 328 del código civil, conforme al cual la acción de reclamación de estado es imprescriptible respecto del hijo, se aplicaba a la acción de investigación de maternidad ejercida por el hijo natural”.

Este razonamiento del fallo, aun cuando un tanto elíptico en verdad, merece atención especial.

¿No se ha sentado el principio llamado de actualidad del orden público internacional, es decir, que de acuerdo con las nuevas circunstancias, aquello que no fue de orden público internacional puede llegar a serlo, al igual que un precepto jurídico que fue de orden público internacional puede sustituirse por una regla contraria que llegará, a su vez, a ser de orden público internacional?

El fallo del *Reichsgericht* de 25 de junio de 1926 (Clunet, 1930, p. 1057, nota de Philonenko) lo ha afirmado con vigor respecto de la solicitud de exequátur de una decisión relativa a revalorización de créditos. “La sentencia danesa se pone así en contradicción con la jurisprudencia alemana *actual*. . . ; esta pretensión de la demandante aparece, según la concepción alemana *actual*, . . . como contravención a la buena fe.”

“Poco importa si en Dinamarca en el momento de dictarse la sentencia, o anteriormente en Alemania, han prevalecido concepciones diferentes, ya que sólo es determinante la concepción alemana, tal como se manifiesta en el momento de solicitarse el exequátur”.

Dado que las condiciones financieras, económicas y monetarias cambiaron radicalmente en Alemania, puesto que si con anterioridad cabía

abrigar esperanzas de salvar la moneda, y para ese fin de interés muy general debía considerarse como de gran utilidad el mantenimiento de la ficción "marco igual a marco", cual uno de los medios propios para facilitar el esfuerzo con vistas al enderezamiento y, a causa de la importancia del interés general involucrado en ella, debía sacrificarse el interés particular de los acreedores; cuando, en cambio, el marco se hundió en el abismo, sin dejar esperanza alguna de recuperación de la antigua moneda, los sacrificios impuestos a los acreedores y el trastorno de los contratos privados ya no se justificaban (es lo que reconoció la sentencia del *Reichsgericht* de 28 de noviembre de 1923; Philonenko, disertación precitada) y, por tanto, el interés privado, rechazado por el interés público, recuperó toda su importancia, volvía a la superficie como movido por un resorte, primero comprimido y luego soltado, resorte que en este caso podría definirse como la fe debida a los contratos, que sólo puede perder su vigor bajo la presión de circunstancias excepcionales y pasajeras.

Mas, ¿ante qué situación se encontró la Corte de Casación de Bélgica? Desde luego, hubo un cambio legislativo, ya que la ley de 6 de abril de 1908 introdujo en el Derecho belga el plazo de caducidad quinquenal de la acción de la investigación de la filiación materna natural. Pero, ¿se debió ese cambio al trastorno de las condiciones morales, políticas, económicas o sociales, como sucedió a propósito de la situación monetaria y sus consecuencias jurídicas en Alemania después de la derrota de 1918?

¿Qué pasó en Bélgica en 1908 que pueda caracterizarse como cambio profundo en las costumbres y en el estado social y que pudiera determinar la necesidad de abandonar la regla del artículo 328 del código civil?

El estado de cosas en Bélgica en aquella época, ¿no era, desde el punto de vista social, muy semejante al de Francia, donde el artículo 328 subsiste?

No hubo, pues, nada parecido, por ejemplo, al trastorno producido por el descenso del marco y después por su hundimiento definitivo, que hizo se atribuyese carácter de orden público a la regla que imponía la revalorización de créditos, del mismo modo que antes se ligó con la máxima contraria "marco igual a marco".

Pero en cuanto a la ley de 6 de abril de 1908, se trata tan sólo de una evolución de la ley positiva en un punto de detalle, que no aporta cambio radical alguno de las concepciones sociales, no constituye en manera alguna su síntoma y no deriva de las mismas. Se reduce a una

peculiaridad de la ley positiva belga, que, si bien es de orden público interno, no tiene nada que permita atribuirle carácter de orden público internacional, el cual excluye, por su intensa imperatividad, cualquier regla contraria de la ley extranjera normalmente aplicable.

El fallo examina luego el problema bajo otros aspectos: "Considerando... que la duración del plazo fijado por el artículo 341 *b* varía según que deba aplicarse el apartado 2º ó el 3º de dicho artículo". Para que pueda entenderse mejor el fallo, transcribo el apartado 2º: "ella (la acción) no podrá entablarse una vez transcurridos los cinco años siguientes a la mayoría de edad del hijo". En cuanto al apartado 3, he aquí también su texto: "sin embargo, si hay posesión de estado, dicho plazo se prorrogará hasta la expiración del año que siga al fallecimiento del padre o de la madre presuntos".

Y la Corte concluye: "que, por tanto, lo que el legislador quiso fué conciliar, por razones de oportunidad y no de principio, el interés del hijo natural y el de la familia".

La declaración de que no fueron razones de principio las que impulsaron al legislador a sustituir el artículo 328 del código civil, todavía vigente en Francia, por la regla del 341 *b* del código civil belga, es una afirmación que enlaza y corrobora lo dicho más arriba acerca de la ausencia de un cambio profundo en la vida social belga como determinante de la promulgación del nuevo precepto.

Pero resulta difícil explicar y justificar la idea de que medie ahí una solución de oportunidad.

Sin incurrir en temeridad, no podría suponerse que la Corte no encontró en este caso la expresión de su verdadero pensamiento, que cabría imaginar fuese el siguiente: la imperatividad de la regla del apartado 2º del artículo 341 *b* pierde su intensidad siempre que se admita una excepción tan importante como la formulada por el apartado 3º del propio artículo, el cual es la comprobación inmediata de que la regla que establece la prescripción quinquenal no es absoluta. Pero midamos la importancia misma de la excepción, a fin de darnos cuenta del grado de intensidad de la imperatividad que haya de atribuirse al apartado 2º del artículo 341 *b*.

Podría pensarse que la prescripción quinquenal tiene como base la tranquilidad de las familias, o bien lo que se llamó en Francia "el sosiego de las familias", lo que habría brindado un argumento impresionante a favor de la intensidad imperativa del apartado 2º del artículo 341 *b*. Medítese, sin embargo, acerca de la verdadera economía del apartado 3º.

¿Qué ha de entenderse por “posesión de estado” de un hijo natural? ¿Será la posesión de estado una situación tal que la investigación de la maternidad natural no haga sino consagrar, desde el punto de vista formal, lo que ya se había adquirido de hecho?

Ahora bien, la posesión de estado por parte de un hijo natural requiere ser bien precisada.

Ya hay algo de bastante artificial en la asimilación de instituciones del estatuto personal con las del Derecho sobre bienes, aunque dicha asimilación remonte lejos en el pasado y probablemente se explique por la circunstancia de que no teniendo en Roma los plebeyos derecho a *justae nuptiae* celebradas en la forma propia de la unión de personas *per confarreationem* (Gayo I, 112), adaptación, con fines matrimoniales, las instituciones del *jus commercii*: el matrimonio *per coemptionem* (Gayo I, 113) y, sobre todo, mediante *usu* (Gayo I, 110, 111), es decir, en virtud de posesión prolongada, por el esposo, de la mujer que cohabita con él: recuérdese a este propósito el capítulo X, *ex conquestione*, Decretales, libro II, título XIII, de *restitutione spoliatorum*. Antes de cualquier acción tendiente a la anulación o al debilitamiento del vínculo conyugal, ha de atenderse a la demanda del cónyuge abandonado, relativa a la restitución de la posesión del cuerpo del cónyuge que abandonó el hogar conyugal, mediante la reanudación de la vida en común, de acuerdo con la concepción del matrimonio en San Pablo (*Epístola Primera a los Corintios*, cap. 7; cfr. nuestro estudio sobre el fallo del tribunal de Bruselas de 6 de marzo de 1949, dictado en la misma causa; *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, p. 34, nota).

Ahora bien, los códigos civiles francés y belga conocen también (arts. 320, 321 y 322) la noción de posesión de estado respecto del hijo legítimo. Pero ha sido el código belga el que ha introducido ese concepto en orden a la filiación natural (arts. 341 *a* y 341 *b*), aun cuando sea indudable la diferencia profunda que existe entre la posesión de estado de un hijo legítimo y la de un hijo natural. La existencia del hijo legítimo es vista por la sociedad con un sentimiento de simpatía y de consideración hacia los padres; la de los hijos naturales, en cambio, se mira con disfavor y constituye siempre causa de reproches, expresos o tácitos. Por tanto, si el estado de hijo legítimo se exhibe, por decirlo así, a la luz del sol y su posesión es pública, se deduce de ello que toda decisión judicial a ese respecto no hace sino reconocer y, llegado al caso, regularizar una situación de hecho manifiesta de por sí. Por el contrario, el padre natural será llevado muy a menudo a no crear apariencia alguna de la existencia de sus hijos naturales, para evitar así toda pu-

blicidad al efecto. Habría que reconocer, por ende, que esa posesión de estado, o más bien: lo que debería entenderse por tal, no es en realidad una posesión eficaz, ya que las más de las veces adolece del vicio dirimente de clandestinidad.

Así es como se expresaba el abogado general Guesche (del artículo 341 *b* debería, por consiguiente, sustituirse por la comprobación de la existencia de relaciones entre el o los padres naturales del hijo, demostrativa del conocimiento, por parte del padre natural, del hecho de la existencia del hijo y que implicaría, por su carácter, el reconocimiento del vínculo de filiación existente entre ellos.

Así es como se expresaba el Abogado General Guesche (del Ministerio público) en sus conclusiones, transcritas en "Pasicrisis", 1938 (p. 208) tras el fallo de la Corte de Casación de Bélgica de 9 de junio de 1938:

"Todo lo que puede pretender el artículo 340 (que introduce el concepto de posesión de estado del hijo natural) es que la posesión de estado del hijo natural se compruebe mediante la reunión suficiente de hechos, que indiquen la relación de filiación entre quien reclame dicha posesión de estado y el padre al cual pretenda pertenecer".

De ahí se desprende que por definición y por la naturaleza misma de las cosas, cualquier acción de investigación de la paternidad o de la maternidad naturales, cuando el presunto padre o la presunta madre se hallen unidos por los lazos de una familia legítima, no dejará de causar una sorpresa de tal índole que perturbe el sosiego de las familias, incluso si media "posesión de estado" en la acepción común del concepto, ya que por mi parte insisto en que no lo es y en que, tratándose de hijos naturales, no existe elemento alguno susceptible de revelar o incluso de hacer sospechar la existencia del hijo natural y, por tanto, la eventualidad de la acción para investigar la filiación.

La única solución que habría asegurado el respeto de "ese sosiego de las familias" hubiera sido negar a todo hijo natural el derecho de investigar su filiación, siempre que el autor de sus días se halle unido por los lazos de legítimo matrimonio. Pero el legislador no siguió esta vía y, por consiguiente, no puede sostenerse que atribuyera a la preocupación por el "sosiego de las familias" una importancia tal como para erigir la caducidad quinquenal establecida por el artículo 341 del código civil belga en precepto de orden público internacional.

Es cierto, pues, que el fallo recogido merece considerarse como una aportación jurisprudencial bienvenida, que tiende a esclarecer la teoría del orden público internacional.

Merced a la decisión recogida, dos criterios adicionales semejan poder agregarse a los deducidos con anterioridad o bien completarlos:

1) Una disposición de la *lex fori* que reemplace a una regla más antigua, cuando ésta sea parecida o idéntica a la disposición de una ley extranjera, solamente asumirá en su contra carácter de orden público internacional si se relaciona con un acontecimiento importante en la evolución del Derecho y de las costumbres y expresa el principio de los mismos; en otro caso, sólo constituye una simple divergencia legislativa; y aun siendo de orden público interno, no asume, en modo alguno, carácter de orden público internacional.

2) La aplicación de una disposición de la ley extranjera, aun suponiendo que pudiera "perturbar el sosiego de las familias", o bien, en otros términos, provocar escándalo, no sería contraria al orden público internacional, siempre que un precepto análogo de la *lex fori* pueda crear los mismos inconvenientes.

De nuevo se afirma en este caso particular la idea de similitud como razón importantísima que se opone a la aplicación de la excepción de orden público internacional.