

CAPÍTULO VI

La doctrina del orden público	121
1. Casos y formas en que opera el orden público	121
2. Origen y concepto de orden público	122
3. El orden público fuera de Francia	126
4. Aplicación desbordada del orden público en Francia	132
5. Las limitaciones de la doctrina	136
6. El verdadero significado del orden público francés	139
7. El orden público no puede ser obstáculo para reconocer el dominio asignado por la nacionalización	142

CAPÍTULO VI

LA DOCTRINA DEL ORDEN PÚBLICO

1. Casos y formas en que opera el orden público

Estima Batiffol que la aplicación de la ley extranjera a la que toca tener como norma según la regla de conflicto, solamente queda excluida, aparte de razones procesales que no interesan al caso: a) por razón del orden público; y b) por fraude a la ley imputable a las partes.²⁷⁸ Entendiendo que en la materia que nos ocupa puede desecharse la segunda alternativa, tendríamos que según el tratadista señalado, no correspondería aplicar la ley extranjera, no obstante que la regla de conflicto le atribuyera competencia, si esta ley fuera contraria al orden público del foro. Ésta es la posición general de la jurisprudencia y autores franceses; además varias otras legislaciones aluden también la noción de orden público. Esto nos lleva a examinar el orden público.

Todo lo que concierne al efecto territorial de una nacionalización y al reconocimiento de sus efectos por los tribunales extranjeros (reconocimiento extraterritorial de su efecto territorial), a fin de que éstos tengan al Estado nacionalizador o a sus órganos designados para este efecto como los legítimos adquirentes de los bienes nacionalizados, es materia que puede ser resuelta por el conflicto de leyes y que es regulada en definitiva por el principio *lex rei sitae*, explicado en el capítulo precedente.²⁷⁹ Esto, sin perjuicio de soluciones más radicales basadas en principios de Derecho Internacional Público, que hemos desarrollado en otros capítulos anteriores.

Ahora bien, la doctrina del orden público entra a ser aplicada solamente cuando se hace un enfoque privatista del problema (que a nuestro juicio no es el adecuado), se intenta resolverlo dentro del marco del Derecho Internacional Privado y se llega a la conclusión de que sería pertinente aplicar la ley extranjera conforme a la regla de conflicto. Una vez decidido que debería aplicarse la ley extranjera, la doctrina referida declara que puede darse una causa excepcional que impida aplicar esa ley, transformada en ley

²⁷⁸ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 413.

²⁷⁹ Cfr. F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 446.

competente por la regla de conflicto; esa causa excepcional, que se presenta como un obstáculo o impedimento para la aplicación de la ley extranjera competente, es el orden público.²⁸⁰ Luego, si la regla de conflicto no impone la aplicación de la ley extranjera, aspecto que habrá de ser resuelto previamente, no puede entrar a operar el orden público como un obstáculo a su aplicación.²⁸¹

2. Origen y concepto de orden público

El orden público es un concepto especial, específico del Derecho Internacional Privado y diferente de la idea de orden público que se maneja dentro del derecho interno de los países.²⁸² Se trata de un concepto que ha sido elaborado con el fin de justificar que una ley extranjera, a la cual estaría sometida la solución del asunto con arreglo al juego normal de las reglas de conflicto, deje

²⁸⁰ Cfr. Paul Lagarde, en *Recherches sur l'ordre public en Droit International Privé*, Paris, 1959, pp. 3, 4, 102, 109, 125, 154, 188 y 236; J. P. Niboyet, *op. cit.*, nota 210, tomo III, núm. 1020; H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 421-423; mismo autor, prólogo a la obra de P. Lagarde antes citada, p. 1 y 11; Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, pp. 496, 504 y 505; E. Schaeffer, en artículo sobre "Nacionalización" citado en la nota 12, párrafo 16, y W. Wengler, en *The General Principles of Private International Law*, publicado en R. C. A. D. I., 1961, vol. III, p. 433.

²⁸¹ Cfr. E. Schaeffer, en su comentario a las sentencias de la Corte de Casación francesa, de 23 de abril de 1969, dictadas en casos de nacionalizaciones argelinas, que publica *Revue Critique de Droit International Privé*, 1969, pp. 722-737, en su párrafo 10, expresa que el "orden público, en tanto que es obstáculo para la aplicación de una ley extranjera normalmente competente, no debe ser invocado por el tribunal, sino en el caso de que ya haya comprobado la competencia de la ley extranjera para regir el problema".

Yvon Loussouarn, en comentario a la sentencia de 25 de enero de 1966, dictada por la Corte de Casación francesa en el caso "Soc. Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij c. Cassan", se expresa en términos muy parecidos, al sostener que las medidas adoptadas por el gobierno holandés "no eran, pues, aplicables en virtud de las reglas normales del conflicto de leyes a títulos situados en Francia, por lo que el problema del orden público no debía ni siquiera plantearse".

²⁸² Cfr. Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 493 y H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 433.

La sentencia de 13 de septiembre de 1954 del Tribunal de Roma, citada en la nota 5, hace la distinción entre el orden público en el sentido interno, que es el que concierne a aquellas leyes que tienen fuerza imperativa por sobre la voluntad de los particulares y que éstos no pueden modificar en razón de que está de por medio la salvaguardia de un interés público y el orden público en el sentido del derecho internacional privado.

M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 105, denomina a esta idea del orden público en materia de derecho internacional privado, como "cláusula de la reserva" (*Vorbehaltsklausel*) siguiendo el criterio de la doctrina alemana que denomina así a la excepción de la aplicación de la regla del conflicto que contempla el art. 30 de la Ley Introductoria al Código Civil alemán.

de ser aplicada en ciertos casos. Su finalidad es, por consiguiente, excluir la aplicación de la ley extranjera.²⁸³ Para distinguirlo del orden público interno, algunos lo denominan orden público internacional.²⁸⁴

Tiene su origen en una doctrina empírica aparecida en la Edad Media, según la cual los estatutos odiosos debían quedar restringidos en su aplicación a su propio territorio, sin que pudieran ser aplicados en el extranjero.²⁸⁵ Posteriormente se lo vinculó a las leyes imperativas internas de orden público, que no podrían ser sustituidas por leyes extranjeras.²⁸⁶

Se lo fundamenta en la idea de la existencia de una comunidad de civilización de los pueblos de occidente, asentada en el cristianismo y en el Derecho Romano,²⁸⁷ la que conduciría a que preceptos extranjeros que pugnen con los principios básicos de esa civilización no deben recibir aplicación por los tribunales del foro ni aun en el caso de que la regla de conflicto de leyes imponga su aplicación;²⁸⁸ pues esos principios reflejarían la moral y la justicia objetivas y no podrían ser vulnerados ni preteridos por la vía de admitir la aplicación de preceptos extranjeros que los desconocen, por el efecto perturbador y profundamente dissociador que esto tendría sobre el ordenamiento jurídico interno. Esto significa que para que las reglas de conflicto jueguen plenamente y sin excepción, es preciso que entre los países exista una comunidad jurídica a base de normas que no se contrapongan en ciertos principios básicos.

No es fácil entrar en mayores precisiones del concepto. De ate-

²⁸³ Cfr. M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 105; R. de Nova, en su comentario citado en la nota 270, y P. Bourel, en su comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 30 de mayo de 1967, correspondiente al caso "Kieger c. Amigues", que se publica en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, p. 728.

²⁸⁴ El nombre de "orden público internacional" le es dado por el Tribunal de Roma en la sentencia aludida en la nota 282, pero es rechazado por varios autores, entre ellos, J. P. Niboyet, *op. cit.*, nota 203, p. 407.

H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 434-435, declara que no encuentra feliz la expresión orden público internacional y propone que, en su reemplazo, se adopten las de "orden público en el sentido del Derecho Civil interno" y "orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado".

²⁸⁵ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 420, y Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 491.

²⁸⁶ Cfr. Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 493, y Sarraute y Tager, *op. cit.*, en nota 18, pp. 506 y 507.

²⁸⁷ Cfr. Savigny, en *Tratado de Derecho Romano*, vol. VIII, p. 35, y P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 177.

²⁸⁸ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 424, y Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 496.

neros a las expresiones de los tratadistas franceses modernos debiéramos agregar que el orden público se opone a la aplicación de una ley extranjera “que pugne con las disposiciones sociales o jurídicas francesas a tal punto que el tribunal rehúse aplicarla” en atención a que vendría a constituirse en “un elemento perturbador” (Batiffol);²⁸⁹ o que “entre en contradicción grave con los principios esenciales del derecho francés” (Münch);²⁹⁰ o que esté en desacuerdo con aquellos “principios comunes a las naciones civilizadas . . . (que son) . . . expresión de la moral y la justicia objetivas” (Lerebours-Pigeonère y Loussouarn);²⁹¹ o que contrarie “principios ligados de tal manera a la civilización del país, que el juez debe rechazar” (Savatier).²⁹² En otros casos se da como apoyo del orden público la existencia de “principios de la justicia universal”²⁹³ o “las buenas costumbres o la justicia”,²⁹⁴ con expresiones que traen remembranzas de la idea de Derecho Natural.²⁹⁵ Lagarde, en posición absolutamente técnica, considera que su fundamento es la incompatibilidad en la combinación coherente de dos sistemas jurídicos diversos.²⁹⁶

Lo que sí está claro es que el orden público es una “reacción de defensa”,²⁹⁷ que “protege el orden jurídico interno del país y sus intereses vitales”,²⁹⁸ evitando “elementos perturbadores”²⁹⁹ extraños e impidiendo un debilitamiento profundo del orden establecido. Con él se persigue que la aceptación de la ley extranjera no constituya un “salto a lo desconocido”³⁰⁰ o que vaya a ser un

²⁸⁹ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 420-421.

²⁹⁰ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 453.

²⁹¹ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 500.

R. David en su *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, 1950, p. 57, expresa que el orden público francés interviene “solamente en el caso excepcional en que la regla de derecho extranjero choque profundamente con nuestro sentido moral”.

²⁹² Comentario de R. Savatier a la sentencia de 5 de marzo de 1928, de la Corte de Casación francesa, pronunciada en el caso “La Ropit”, que se menciona en la nota 23.

²⁹³ Así lo hizo la Corte de Casación francesa en su sentencia de 25 de mayo de 1948, que publica *Revue Critique de Droit International Privé*, de 1949, p. 89.

²⁹⁴ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 501.

²⁹⁵ P. Lagarde tiene constantemente presentes las vinculaciones entre la noción de orden público y el Derecho Natural, según puede verse en, *op. cit.*, nota 280, pp. 44, 45 y 238.

²⁹⁶ P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 182, 188, 238 y 239.

²⁹⁷ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 425.

²⁹⁸ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 501.

²⁹⁹ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 421.

³⁰⁰ L. Raape, en *Internationales Privatrecht*, 5ª edición, 1961, p. 90, habla de *Sprung in Dunkel*, esto es, salto en la oscuridad.

giro “con firma en blanco”,³⁰¹ apto para acoger aun preceptos antagónicos a las bases fundamentales de las instituciones sociales propias.³⁰²

Para decidir si una ley extranjera contraviene el orden público no se la examina en abstracto, sino que se aprecia el resultado concreto que su aplicación traerá dentro del país, pues en relación con los actos de ejecución que ella provoca es que se determinará la oposición.³⁰³ Todo esto se aprecia en relación con el momento mismo del juicio y atendiendo a un precepto concreto, sin mirar al derecho extranjero en su conjunto.³⁰⁴ Esto no impide ponderar los efectos combinados que puedan tener preceptos independientes, porque hay veces en que reglas aisladas no resultan chocantes, pero sí lo son cuando se las relaciona con otras.³⁰⁵

La exclusión de la ley extranjera normalmente competente sólo se producirá en tanto las exigencias del orden público lo impongan y en esa parte; en lo demás, ella debe recibir aplicación.³⁰⁶ Esa exclusión en virtud del orden público significa en Francia que será la ley francesa la que vendrá a aplicarse en reemplazo de la foránea.³⁰⁷

La jurisprudencia francesa ha declarado de manera uniforme que el artículo 545 del Código Civil francés, que dispone: “nadie puede ser obligado a ceder su propiedad si no es por causa de utilidad pública y mediando una justa y previa indemnización”, es un texto que, “inserto en la codificación y afirmado por las sucesivas Constituciones, constituye una de las bases fundamen-

³⁰¹ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 421.

³⁰² Esta preocupación, de defender “las bases fundamentales de nuestras instituciones sociales”, está presente en la Corte de Casación francesa en su sentencia de 5 de marzo de 1928, expedida en el caso “La Ropit”, que se menciona en la nota 23.

³⁰³ Cfr. P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 159; M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 108; Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 239, párrafo 40, y Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 552.

R. David, *op. cit.*, nota 291, p. 57, expresa que el tribunal francés no debe indagar de manera abstracta si la ley extranjera es contraria a los fundamentos de la sociedad francesa o si ella choca con el sentimiento de justicia del pueblo francés, sino que debe preguntar si la aplicación que está llamado a hacer en las circunstancias concretas del litigio pugna con aquello. No se trata de una cuestión abstracta, añade, sino de los problemas particulares que deben ser resueltos.

³⁰⁴ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 421 y 432; P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 157, 158, 164 y 189, e Y. Loussouarn, *op. cit.*, nota 239, párrafo 40.

³⁰⁵ Ver P. Lagarde en su comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa, de 15 de mayo de 1963, dictada en el caso “Patiño c. Patiño”, que se publica en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1964, p. 532.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 211-213 y 217.

tales de las instituciones sociales, que no podría ceder en consideración a disposiciones extranjeras, sin turbar profundamente el orden establecido en el territorio de la República".³⁰⁸ Como ha dicho Rousseau, en esta forma ese precepto queda transformado en una verdadera "superlegalidad francesa".³⁰⁹

Es sobre la base de considerar ese artículo 545 —que históricamente está referido únicamente a la expropiación clásica, la cual ha sido modificada en sus garantías, por lo demás, por la nueva legislación francesa— como un principio de orden público internacional, que los tribunales franceses han declarado que el título de dominio que a un Estado que nacionaliza confiere una ley de nacionalización que no contemple el pago de una indemnización justa y previa, no debe ser reconocido en Francia, no obstante que, como antes se ha demostrado, tal nacionalización puede no contravenir el Derecho Internacional.³¹⁰ Con ello tienen, además, como inexistentes desde el punto de vista del Derecho Internacional todas las transferencias que ese Estado haya hecho posteriormente de los bienes nacionalizados. Claramente se advierte que dentro de esta línea no se respeta el carácter público internacional de la nacionalización, se rehusa la aplicación de la competente *lex rei sitae* y se da a la ley francesa una eficacia que desborda el ámbito del territorio francés. Con ello se niega a un acto de nacionalización emanado de un Estado soberano, que dispone de bienes situados dentro de su territorio, el reconocimiento extraterritorial de sus efectos territoriales.

Más adelante volveremos sobre este último punto.

3. *El orden público fuera de Francia*

No existe en Francia precepto legal alguno que permita fundar directamente la doctrina del orden público. Ésta es, por consiguiente, una creación propia de la jurisprudencia de ese país.

En cambio, en otros países existen normas positivas expresas concernientes al orden público, las que son entendidas y aplicadas, generalmente, con alcance diferente, o cuando menos más mesurado que la tesis jurisprudencial francesa.

³⁰⁸ Corte de Casación de Francia en la sentencia a que se alude en la nota 302.

³⁰⁹ Citado por Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 508.

³¹⁰ Dicha jurisprudencia puede encontrarse en la nota que se publica al pie de la sentencia de 14 de marzo de 1939, de la Corte de Casación, correspondiente al caso "Sté. anon. Potasas Ibéricas c. Nathan Bloch", que se menciona en la nota 175; en el trabajo de Sarraute y Tager citado en la nota 18, p. 508-510, y en la *Encyclopedie Dalloz*, citada en la nota 12, párrafo 18.

En Alemania Federal, el artículo 30 de la Ley de 1896, Introductoria al Código Civil, permite descartar la aplicación por los tribunales de una ley extranjera si ésta es contraria a las buenas costumbres o a la finalidad de una ley alemana.³¹¹ Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia alemanas tienden a aplicar esta regla en forma cauta y restringida,³¹² limitando la exclusión de la ley extranjera competente tan sólo a los casos en que se trata de una oposición “intolerable y chocante” con el propósito de las leyes alemanas, de modo que una eventual aplicación de ella “trastornaría los fundamentos de la vida nacional y económica” del país.³¹³ Cuando los tribunales alemanes descartan la aplicación de una ley extranjera en obediencia del artículo 30 antes citado, deciden el asunto de que conocen acudiendo a otra ley extranjera que no sea objetable, por estimar que la regla del conflicto le defiere la solución a esa legislación y no a la nacional.³¹⁴ En Austria, Seidl-Hohenveldern afirma que solamente debe negarse aplicación a aquella ley extranjera que sea “bárbara y monstruosa”.³¹⁵

³¹¹ Es la llamada cláusula de reserva, según se explicó en nota 282.

Puede verse en M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, pp. 107-110, una explicación del contenido del art. 30 de dicha ley y la aplicación que de él hace la jurisprudencia alemana.

³¹² Ver M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 111.

³¹³ Según el Oberlandgericht de Bremen, en su sentencia de 21 de agosto de 1959, dictada en el caso del tabaco indonesio (ver notas 142 y 143), la aplicación de la cláusula de reserva se limita a graves violaciones que son “intolerables” o “chocantes” y cita en su apoyo la opinión de Gerhard Kegel, en *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, de Soergel, p. 299, nota II, 3ª al art. 30 (8ª edición de 1955); Martin Wolff, en *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3ª edición de 1954, p. 62, y Schnitzer, en *Handbuch des Internationales Privatrechts*, 4ª edición de 1958, p. 233.

En su traducción al español, citada en la nota 9, M. Wolff exige que la ley extranjera “ataque directamente las bases de la vida política o social alemana” (p. 110).

P. Behrens, *op. cit.*, nota 24, p. 428, explica que es necesaria una diferencia muy marcada de los resultados de la aplicación de la ley extranjera con los principios fundamentales de la regulación alemana y con las ideas de justicia subyacentes a ella, o sea, que la ley extranjera pueda estimarse como “intransferible”; en consecuencia, no basta cualquier desviación de las disposiciones alemanas de orden público.

Para W. Wengler, *op. cit.*, nota 280, pp. 431-432, no basta para que entre a regir la cláusula de reserva que haya diferencia en el contenido de las reglas, sino que es necesario un elemento cuantitativo que haga decisiva esa diferencia, pues se requiere una desviación que alcance un grado muy grande. Por esto se refiere a un grado de divergencia insoportable.

³¹⁴ Cfr. P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 201, 204 y 207.

³¹⁵ En la sentencia del Oberlandgericht de Bremen, que se menciona en la nota 313, se cita a I. Seidl-Hohenveldern, en su obra *Internationales Konfiscations und Enteignungsrecht*, pp. 48 y 58 (citada en nota 22), en cuanto estima que la

En Italia el artículo 31 de las disposiciones de la ley preliminar del Código Civil ordena que en caso alguno las leyes y los actos de un Estado extranjero, los reglamentos y los actos de una institución o de una entidad cualquiera podrán tener efecto sobre el territorio si son contrarios al orden público y a las buenas costumbres. La jurisprudencia italiana ha interpretado esta regla en el sentido que ella no se refiere al orden público interno, sino al interés fundamental de naturaleza moral y social que, identificándose con la esencia de esta civilización de la cual el Estado italiano participa, vale no solamente para éste último, sino también para todos los pueblos civilizados.³¹⁶

En Japón el artículo 30 del Horei (Ley núm. 10 de 1898, que contiene las normas de Derecho Internacional Privado reconocidas por Japón) expresa: "En la aplicación de una ley extranjera —en virtud de los anteriores artículos de esta ley— se cuidará de no aplicar las disposiciones que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres." Pero allí, la Corte Suprema de Tokio ha entendido correctamente que una nacionalización extranjera no puede ser juzgada en su validez o invalidez por el tribunal del foro, por lo que al reconocerla, aunque ella haya operado sin pago previo alguno de indemnización, no se viola el citado artículo del Horei.³¹⁷

Cuando se trató de nacionalizaciones que afectaban a no holandeses, como lo fueron las medidas mexicanas de 1938 relativas al petróleo, los tribunales holandeses no invocaron el orden público.³¹⁸ Pero con motivo de las nacionalizaciones indonesias de

cláusula de reserva debe ser aplicada solamente si el reconocimiento de la ley extranjera conduce a algo "monstruoso y bárbaro".

³¹⁶ Sentencia del Tribunal de Roma, de 13 de septiembre de 1954, dada en el caso del petróleo iraní, que se menciona en la nota 5.

En la especie, el tribunal italiano consideró que no se atentaba contra el orden público o las buenas costumbres en una nacionalización en la que se contemplaba el pago de una indemnización, prescindiendo del monto de ella.

³¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Tokio, dada en el caso del tabaco indonesio, citada en la nota 52.

³¹⁸ Pueden verse las sentencias dictadas por el tribunal de Rotterdam, de 1º de septiembre de 1938, en el caso "Petroservice and Crédit Minier Franco-Roumain c. Compañía El Águila"; del mismo tribunal, de 31 de julio de 1939, en el caso "Davis and Co. of New York c. Compañía El Águila"; el fallo de segunda instancia dado por la Corte de La Haya en el primero de los casos citados, de 4 de diciembre de 1939, y la sentencia dictada por el tribunal de Arnhem, el 19 de septiembre de 1939, en el caso "Petroservice c. Compañía Mexicana de Petróleo El Águila". Dichas sentencias han sido publicadas en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1938-1940*, 16 Supp., pp. 16-19, los tres primeros casos, y en *Nederlandsche Jurisprudentie*, 1940, números 27 y 20, los dos últimos.

1958, que afectaron a sus firmas nacionales, esos tribunales las declararon contrarias a los principios de la moralidad holandesa y violatorias del Derecho Internacional, por ser discriminatorias y por no haberse efectuado mediante el pago de una efectiva indemnización.³¹⁹ En esta virtud estimaron que esas nacionalizaciones estaban en contradicción con el orden público holandés y desconocieron sus efectos. Uno de los fallos primeramente mencionados contiene una apreciación del orden público muy novedosa, que entronca a ese concepto con los principios públicos de soberanía e independencia del Estado que decreta la nacionalización, al afirmar que el Tribunal

no se siente en libertad para decidir que las disposiciones nacionalizatorias mexicanas —impugnadas por los reclamantes por ser contrarias al orden público holandés en razón de insuficiencia de la indemnización— se apartan de lo que puede considerarse propio y permitido para un cuerpo legislativo extranjero.³²⁰

Según esto, podrían ser declarados contrarios al orden público internacional solamente aquellos actos legislativos extranjeros que sobrepasaran la facultad legislativa del respectivo Estado soberano, lo que parece una solución correcta.

En Bélgica ha habido sentencias encontradas en lo concerniente al orden público. Reclamos planteados a propósito de la nacionalización mexicana fueron desechados con el argumento de que el acto de autoridad extranjera no podía ser impugnado en un tribunal belga invocando violación de los principios del orden público belga.³²¹ En cambio, van Hecke recuerda sentencias de la misma época en las que se descartó la *lex rei sitae*, por declararse contraria al orden público belga una nacionalización sin indemnización, a la cual se le debía negar todo efecto creador de derecho en territorio belga.³²² Es manifiesta, en estos últimos casos, la influencia de la jurisprudencia francesa sobre orden público.

³¹⁹ Ver la obra de M. Domke que se cita en la nota 5, y F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 456.

³²⁰ Sentencia de la Corte de Distrito de Middelburg, fechada el 2 de agosto de 1938, dictada en el caso "Estados Unidos Mexicanos c. Batsafsche Petroleum Maatschappij", que se menciona en la nota 269. Ver también la nota 206.

³²¹ Sentencia de 21 de febrero de 1939, dictada por el Tribunal Civil de Amberes, en el caso "Propetrol, Petroservice y Petrolest c. Compañía Mexicana de Petróleos y otros", que se cita en la nota 141.

³²² Se trata de las sentencias dictadas en los casos "Eismann c. Melzer" y "Lowi c. Banque de la Société Générale", la primera de 9 de junio de 1938, publicada en *Bel. Jud.*, 1938, p. 563 y la segunda citada por Wigny en *Belg. cia*, el orden público no interviene si la situación litigiosa no tiene que producir

Para los países americanos que lo han ratificado, el Código de Derecho Internacional Privado, aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana de 1928 con el nombre de Código Bustamante, contiene una regla concerniente al orden público, en el sentido internacional con el que aquí se le trata. Es el artículo 8, que dice: "Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional."

Hemos visto que en el derecho anglonorteamericano se admite, en general, el efecto de los actos de autoridad extranjeros, en virtud de la doctrina del acto de Estado. Sin embargo, también los juristas de ese sistema mencionan a veces el concepto de *public policy*, que algunos creen que podría identificarse con la noción del orden público. La verdad, como lo señala Graveson, es que en Gran Bretaña la *public policy* es considerada como un instrumento más apropiado para el legislador que para el juez, por su peligro, y que no se usa para negar efectos a leyes o actos de autoridad extranjeras, sino más bien para apoyar la conveniencia de su reconocimiento, como medio para preservar las relaciones internacionales. En los Estados Unidos el mismo autor comprueba que los tribunales se ven enmarcados en este aspecto dentro de sus principios constitucionales, principalmente por el artículo iv, sección 1 de la Constitución, según el cual los Estados deben dar plena fe y crédito a los actos públicos, archivos y actuaciones judiciales de los demás; aunque esto no impone que el Estado haya de sacrificar sus propios conceptos sobre *public policy*.³²³

Muchos autores entienden, y la doctrina alemana lo exige expresamente, que para que pueda operar la excepción del orden público es absolutamente necesario que el cumplimiento o ejecución de la regla legal extranjera en discusión vaya a producir en el país del foro algún efecto perturbador para éste, desde el punto de vista de sus concepciones sociales y jurídicas. Esto significa que se requiere que estén comprometidos de alguna manera los intereses del país del foro en caso de admitirse la aplicación de la regla extranjera impugnada.³²⁴ Tratándose de una nacionali-

³²³ Ver: Ronald H. Graveson, en "Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law", trabajo publicado en R. C. A. D. I., 1963, vol. II, pp. 38-45.

³²⁴ W. Wengler, *op. cit.*, nota 280, pp. 433 y 434. Es la llamada *Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*.

P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 56 a 73, explica que, conforme a esta exigencia, 1939, p. 605.

zación ello significa que de alguna manera la medida dictada en el extranjero llegaría a producir algún efecto en el territorio del foro.

Es de notar que aun en Francia se ha admitido que

el Derecho Internacional Privado de cada país no tiene el poder de pronunciarse sino sobre situaciones jurídicas que han afectado su esfera de interés; . . . (pues) el sistema de conflicto del foro no debe intervenir respecto de situaciones que se han establecido en el extranjero, se han desarrollado ahí y han agotado sus efectos, cuando ellas no presenten relación alguna con el foro.³²⁵

efectos en el país del tribunal del foro, pues "significa que el carácter chocante de la ley extranjera no alcanza a un grado crítico sino cuando ésta debe tener efecto en el territorio del foro". Ella permite al sistema alemán eliminar en la práctica numerosas intervenciones del orden público; en todo caso, elimina numerosas más intervenciones del orden público de lo que permite el sistema francés, si se aplica éste de manera absoluta.

Expone Lagarde que esta doctrina del *Binnenbeziehung* ha sido adoptada en muchos otros países, entre los que cita a Suiza y Países Bajos, e informa que hasta ha sido llevada a los Estados Unidos por los autores alemanes que han emigrado allí, los cuales han pretendido encontrar la confirmación de un lazo con el territorio en el funcionamiento del orden público.

³²⁵ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 386, nota 70, se refiere a la sentencia de la Corte de Paris, de 19 de marzo de 1965, correspondiente al caso "Banco Otomano", que se publica en *Journal de Droit International*, 1966, p. 118, en la que se resolvió lo que antes se indica. Es de advertir que dicha sentencia no se refiere a un caso de nacionalización.

En el caso "Herzfeld c. URSS", a que nos hemos referido en la nota 70, el Tribunal Civil del Sena, resolviendo acerca de una nacionalización soviética, expresó: "en la causa actual la URSS no pretende asegurar en Francia la ejecución de esta medida (de nacionalización), que en tal caso (no pago de indemnización) podría ser juzgada como contraria al orden público francés (pues) se limita a sostener, con razón, que la nacionalización no es en absoluto un acto de comercio susceptible, en esta calidad, de hacer justiciable a ese Estado ante una jurisdicción extranjera". Esta tesis, conforme con lo que antes hemos argumentado, distingue entre los efectos territoriales de la nacionalización, que conceden al Estado nacionalizador el dominio sobre los bienes que se hallaban dentro de su territorio, lo que obliga a los demás Estados a reconocer esos efectos, y una pretensión de efectos extraterritoriales, que no tiene por qué producirse y que tampoco se reclama por el solo hecho de invocar los efectos territoriales de ella.

Durante la defensa del interés nacional chileno en relación con el litigio al que se hace alusión en la nota 42, la defensa jurídica chilena opuso en 1973 como una excepción a la intervención del tribunal francés el que: "Los hechos que originan la demanda de Braden ocurrieron en Chile y no hay en ellos nada que autorice la ingerencia de un tribunal francés." Luego, se agregaba que: "las partes no tienen domicilio en Francia . . . los actos impugnados tuvieron lugar fuera de Francia, se relacionan con bienes que en ese momento no estaban en Francia y afectaron a entidades no francesas . . . Codelco (una de las demandadas) no pide aplicar en Francia las normas chilenas sobre nacionalización . . ."

Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 552, manifiestan que la jurisprudencia francesa, como regla general, no rehúsa la aplicación de una ley extranjera contraria al orden público, aunque se trate de proteger derechos adquiridos, "sino en cuanto

4. *Aplicación desbordada del orden público en Francia*

En el párrafo 2 de este capítulo señalamos los fundamentos un tanto imprecisos que la doctrina francesa ha buscado para justificar la excepción del orden público. Es importante dejar constancia que la jurisprudencia francesa ha empleado de manera muy arbitraria la noción del orden público, al punto que Bourel testimonía que frecuentemente se dirige a sus jueces "el reproche de abusar de ella".³²⁶ El orden público ha sido utilizado en Francia no solamente para rechazar leyes extranjeras que manifiestamente no vulneraban ningún principio de Derecho Natural ni se oponían a los fundamentos políticos y sociales de la civilización francesa,³²⁷ sino aún para excluir leyes de países cuya civilización es muy próxima a la francesa,³²⁸ a veces por el mero hecho de aparecer ellas al tribunal como inconciliables con una determinada política legislativa del país.³²⁹ Es lo que ocurre a menudo cuando se confiere a los jueces una facultad excesivamente amplia por su indeterminación: ella se usa para exteriorizar discrepancias éticas, políticas y sociales muy personales, pero que bien poco se vinculan a las bases objetivas de aquélla.

Un comparatista tan prestigioso como René David comprueba

el ejercicio de estos derechos en territorio francés sea susceptible de turbar profundamente las concepciones esenciales y jurídicas del país".

Sin embargo, P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 64 y 65, agrega que en varias sentencias francesas se establece claramente un vínculo entre el juego del orden público y la relación del litigio con el territorio francés, pero que esta tendencia no ha alcanzado a la Corte de Casación, la cual muestra "nitidamente un desprecio total y soberano por esta noción" (del *Inlandsbeziehung*).

Knapp, en "Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en Droit International Privé", publicado en *Mélanges Guisan*, Lausanne, 1950, citado por Lagarde, dice que: "Los abusos susceptibles de originarse de una utilización del orden público pueden ser eliminados por la teoría representada en la doctrina según la cual el orden público no se puede invocar sino si el hecho que juega tiene una conexión con el foro."

³²⁶ P. Bourel, en su comentario a la sentencia de 30 de mayo de 1967, de la Corte de Casación francesa, dictada en el caso *Kieger v. Amigces*, que se cita en la nota 283, expresa que "se ha reprochado a menudo a los tribunales franceses por abusar de la noción de orden público".

Hasta Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, que son fervientes partidarios de la noción de orden público, se ven en la necesidad de admitir que ella "inspira ciertos abusos", *op. cit.*, nota 65, p. 501.

³²⁷ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 426 y 427.

³²⁸ Así lo comprueban M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, pp. 106 y 107, y H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 424.

³²⁹ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 424 y 426, y M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 27, donde dice este último que un "chauvinismo jurídico" ha llevado a la jurisprudencia francesa, en muchos casos, a invocar la aplicación del orden público de manera "poco equitativa".

que lo que hace el juez francés es analizar la ley extranjera y compararla, luego, con la solución que da el derecho francés, con el fin de determinar su conformidad con el orden público francés. Dicho jurista lamenta este procedimiento, que conduce a una extensión excesiva de la noción de orden público.³³⁰ En efecto, con él podría rechazarse cualquier ley extraña que no coincidiera con la legislación del foro, lo que es absolutamente ajeno a los principios del conflicto de leyes.

En esta forma es bien comprensible que se atribuya a la jurisprudencia francesa en la materia el estar plegada a una "posición extrema",³³¹ el que ella "ha quedado totalmente aislada"³³² y el que "todos los días se reduzca la excepción del orden público y su alcance práctico llegue a hacerse casi inexistente".³³³ Esto también explica la preocupación de Lagarde por limitar al máximo los casos en que pueda intervenir el orden público en Francia.³³⁴

La desmedida aplicación jurisprudencial del orden público en Francia se hace todavía más inquietante cuando ella incide en materia de nacionalizaciones, puesto que "la doctrina francesa es el tipo mismo de la concepción individualista del Derecho, basada en un respeto absoluto de la propiedad privada",³³⁵ concepción que hoy se halla en plena retirada en el mundo.³³⁶ Por ello se ha dicho que la noción de orden público es actualmente "el único medio concebible que pueden utilizar los tribunales occidentales en su papel de guardianes de los intereses capitalistas".³³⁷

³³⁰ R. David, *op. cit.*, nota 303, p. 57.

F. Münch, *op. cit.*, en nota 18, pp. 452 y 453, también declara extremada la posición de la jurisprudencia francesa, la que procede mediante una comparación, de manera abstracta, entre la ley extranjera y los principios esenciales del derecho francés, bastándole constatar una grave contradicción para operar la exclusión de la ley extranjera en razón del orden público.

Debe recordarse, como aparece de la nota 303, que David es de parecer, al igual que otros juristas franceses, que la intervención del orden público quede reducida a aquellos casos en que la aplicación al caso concreto de la ley extranjera, según las circunstancias del litigio, contradiga los fundamentos de la sociedad francesa o choque con el sentimiento de justicia del pueblo francés; no basta con que la sola ley extranjera los contradiga de manera abstracta.

Tampoco M. Wolff silencia "la extensión extraordinaria que la jurisprudencia francesa ha dado al orden público internacional", relacionándola con "los peligros que encerraba la doctrina de Mancini, al desplazarla de su posición de excepción (que le había dado Savigny)".

³³¹ Como la llama F. Münch, *op. cit.*, nota 19, p. 452.

³³² Así se expresan Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 540.

³³³ Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 560.

³³⁴ Cfr. P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 178.

³³⁵ Opinión de Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 498.

³³⁶ Ver *supra* el capítulo II, párrafo I, especialmente la nota 18.

³³⁷ A. S. El-Kocherí, *op. cit.*, nota 12, p. 270.

La verdad es que la noción de orden público se generó para resolver en materia de familia conflictos de legislaciones que se basaban en principios enteramente diferentes; por ejemplo, entre los países occidentales que reconocen el matrimonio monógamo y los países musulmanes que aceptan la poligamia. Su campo propio de aplicación parecía ser el de estas relaciones de familia, como ser, aceptación o no aceptación del divorcio, admisión o no de la investigación de la paternidad, reconocimiento o no de derechos a ciertas clases de hijos concebidos fuera del matrimonio, etcétera.³³⁸ Debe considerarse, en consecuencia, impropia y muy peligrosa su extensión a problemas de índole puramente económico, como son las nacionalizaciones, especialmente si se considera que ya existe acuerdo unánime en el mundo acerca de que cada Estado es libre y soberano para resolver sobre su sistema económico interno y sobre su régimen de propiedad privada o colectiva.³³⁹

La peor tacha que se puede formular al concepto, pretendidamente jurídico, de orden público, tal como él es aplicado en Francia, es su vaguedad e indefinición, admitida aun por los juristas que son partidarios de mantenerlo.³⁴⁰ Un tratadista de la talla de Batiffol, después de considerar al orden público un "elemento perturbador en la solución de conflictos" porque "hace fracasar de manera imprevista el juego normal de las reglas recibidas",³⁴¹ explica que la jurisprudencia no ha elaborado jamás una definición de las materias que le conciernen y hace notar el carácter "incierto y difícilmente previsible" de la intervención del orden público,³⁴² lo que deriva de la "naturaleza emocional" del rechazo de las leyes extranjeras, "rebeldes a la previsión y al análisis".³⁴³ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn estiman que el concepto de orden público "repugna a dejarse encerrar dentro de fronteras precisas"³⁴⁴ y que la ausencia de un criterio abstracto

³³⁸ Cfr. Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, pp. 496-499; P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, pp. 47, 48, 86 ss., y 139, y H. Batiffol, *op. cit.*, en nota 64, tomo I, p. 428.

³³⁹ Ver *supra*, capítulo II, párrafo 3, especialmente las notas 22, 23, 27, 28 y 30.

³⁴⁰ Según M. Wolff, *op. cit.*, nota 9, p. 106, a la noción de orden público (cláusula de reserva) "se le reprocha su gran imprecisión y es considerada como subterfugio para facilitar el triunfo de la vanidad nacional, del 'chauvinismo jurídico'".

³⁴¹ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 421.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ H. Batiffol, misma obra recién citada, tomo I, p. 425.

³⁴⁴ P. Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 492.

en su formación conduce a “una conclusión decepcionante pero ineludible, a saber, la imposibilidad de toda enumeración, de toda delimitación”,³⁴⁵ cosa que lo convierte en algo “móvil e imprevisible”.³⁴⁶ Lagarde ve en el orden público una “incertidumbre y flexibilidad”³⁴⁷ que hacen de él “uno de esos imponderables que escapan al análisis del jurista”.³⁴⁸ Münch subraya su relatividad, derivada de que es imposible encontrar una fórmula que limite la tolerancia de la ley del foro respecto del derecho extranjero.³⁴⁹

Todo esto conduce a que las soluciones jurisprudenciales que se apoyan en tan indefinible y fluida noción, aparezcan como confusas, contradictorias y hasta caprichosas. Una sentencia francesa ha afirmado que el orden público “depende en mucha medida de la opinión que prevalece en cada momento en Francia”;³⁵⁰ un comentarista de la misma nacionalidad, en la nota de otro fallo, anota el subjetivismo que en él se introduce y teme que “la simpatía o antipatía que (los jueces) pudieran sentir respecto de un régimen político extranjero, arriesga llegar a ser un elemento de apreciación...”³⁵¹ Otro comentarista critica una larga serie de fallos dictados con motivo de problemas creados por las nacionalizaciones argelinas, porque en ellos se construye un concepto de orden público —conforme al cual se niega cualquier efecto jurídico en Francia a una desposesión de bienes realizada por el Estado argelino sin que previamente se fijara una indemnización equitativa— sobre la base de un texto de los Acuerdos de Evian de 1962, destinados a reglar las relaciones económicas y financieras franco-argelinas (al que se reconoce valor de tratado), siendo que se trata de un texto específico para tales relaciones y no de

³⁴⁵ Mismos autores indicados en nota precedente, en la misma obra, p. 502.

³⁴⁶ Mismos autores y obra mencionados en nota 344, p. 503. Por su parte, Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 554, califican al “orden público francés”, como algo “móvil y cambiante, según las circunstancias”.

³⁴⁷ P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 177.

³⁴⁸ Mismo autor y obra citados en la nota precedente, p. 174. Es de notar que Lagarde, en su obra ya citada en nota 280, de las 240 páginas de que ella consta, dedica únicamente unas 20 al esclarecimiento de lo que debe entenderse por “orden público”.

³⁴⁹ F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 454, quien agrega que no hay una definición que sea al mismo tiempo “auténtica y precisa”.

³⁵⁰ Se trata de la sentencia de 22 de marzo de 1944, dictada por la Corte de Casación francesa, publicada en *Sirey*, 1945, p. 77, que citan H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, p. 427 y Lrebourgs-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 503.

³⁵¹ Y. Loussouarn, en comentario a la sentencia de la Corte de Casación francesa de 25 de enero de 1966, que se cita en la nota 281.

un criterio general como el que habría de servir de base a la noción de orden público.³⁵²

Basta lo expresado para poner de manifiesto que la noción de orden público ha adquirido en Francia un carácter político más bien que jurídico. El trastorno que ello puede significar cuando se trata de nacionalizaciones extranjeras es muy grande, porque su imprecisión y su carácter huidizo e inasible pueden permitir que las atribuciones que el actual Derecho Internacional Público reconoce en la materia a los Estados soberanos, sean desconocidas por parte de magistrados que, en su mayoría, responden a una formación privatista muy conservadora.

5. *Las limitaciones de la doctrina*

Como si todas las indeterminaciones del concepto de orden público fueran pocas, se le atribuye además una "intensidad variable", en cuanto

la reacción contra una disposición de orden público no es la misma según ella ponga obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia, o según se trate de dejar producir con ella en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero, en conformidad con la ley que tenga competencia en virtud del Derecho Internacional Privado francés,³⁵³

como lo ha establecido la Corte de Casación francesa.³⁵⁴

Es una forma de morigerar el desconocimiento de la ley extranjera competente efectuado con invocación al orden público. Pero esta variabilidad es tan imprecisa como este último concepto; además, se le ha negado aplicación en los asuntos relativos a nacionalizaciones, que son los que nos interesan.

Se trata de una verdadera restricción al orden público, la cual desde la sentencia de casación francesa de 7 de enero de 1964 se conoce con el nombre de "efecto atenuado del orden público".³⁵⁵

³⁵² E. Schaeffer, en su comentario a las sentencias de la Corte de Casación francesa, de 23 de abril de 1969, recaídas en asuntos concernientes a nacionalizaciones argelinas, que se ha citado en la nota 281.

³⁵³ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 514. Por su parte, P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 43, habla de una "diferencia de grado" en la noción de orden público.

³⁵⁴ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 17 de abril de 1953, dictada en el caso *Rivière v. Roumiantzeff*, que se publica en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1953, p. 412. Es de notar que esta sentencia se refiere a un caso de divorcio.

³⁵⁵ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 436, y P. Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, pp. 513 y 514.

Nació, al igual que aquel concepto, con motivo de conflictos de leyes concernientes a relaciones de familia. Mediante ella, por ejemplo —pese a la oposición del orden público a la poligamia— se acepta que una de las mujeres de un extranjero que contrajo el vínculo matrimonial en su país conforme a la regla allí aplicable, pueda demandar en Francia alimentos a su marido.

La tesis es que el juez podrá admitir los efectos en Francia de una situación creada en el extranjero, aun en los casos en que él se habría opuesto, en nombre del orden público, a que esa misma situación pudiera generarse en Francia. Ello, en razón de que la constitución de derechos fuera de las fronteras acarrea consecuencias de hecho cuyo desconocimiento vendría a importar, poco más o menos, la negación de una realidad existente.³⁵⁶

Esta restricción parece tender a excluir del orden público a los derechos constituidos o adquiridos en otro país, puesto que ellos solamente vienen a operar dentro del territorio en cuanto a los efectos de su ejercicio; pero esta restricción, que se justificaría por el deseo de no desconocer los derechos adquiridos, es rechazada por varios autores precisamente en aquellos casos de conflicto móvil a que nos referíamos en el párrafo 3 del capítulo anterior,³⁵⁷ los cuales serían sin duda alguna aquellos en los que mejor fundada podría estar una no aplicación del orden público en razón del respeto debido a los derechos adquiridos en el extranjero.³⁵⁸

En todo caso, el efecto atenuado constituye una limitación a la doctrina del orden público, limitación aceptada hoy en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Nos importa consignarla en cuanto podría marcar una evolución que aproximara a la doctrina francesa a una solución jurídica correcta en

³⁵⁶ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, pp. 435 y 436. En el mismo sentido, Lerebours-Pigeonnière y Loussouam, *op. cit.*, nota 65, pp. 513 y 514, donde expresan que: "La noción de la justicia y de las buenas costumbres francesas son menos afectadas por la eficacia del acto realizado en el extranjero, de lo que lo serían por la libertad de cumplir entre nosotros en la vida internacional, lo que está prohibido en la vida interna." Por ello, la excepción del orden público es admitida más difícilmente "en contra de la eficacia de situaciones establecidas (constituidas) fuera de nuestras fronteras".

³⁵⁷ Tal es el caso de: P. Lagarde, *op. cit.*, nota 280, p. 28; F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 457; H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 436, y E. Schaeffer, en su artículo citado en la nota 12, párrafos 18 y 52.

³⁵⁸ H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo I, p. 436, se esfuerza por justificar su posición, argumentando que el "efecto atenuado no trata de *excluir* la intervención del orden público en materia de consecuencias en Francia de derechos adquiridos en el extranjero; sino que se trata de un efecto *atenuado*, esto es, que se manifiesta en los casos más graves". Es por ello, a su juicio, que la jurisprudencia decide bien que no puede prevalecer en Francia un título sobre un mueble que fue adquirido en el extranjero por expropiación sin indemnización.

materia de conflicto de leyes sobre bienes y, particularmente, en el conflicto móvil.³⁵⁹ Según vimos oportunamente, la condición jurídica de los bienes se rige por la ley de su situación; si conforme a ésta un bien mueble fue adquirido en dominio en país extranjero y luego es llevado al territorio del foro, los tribunales de éste no tienen sino que admitir que hubo adquisición de dominio y reconocer al propietario así constituido su legítima calidad de tal. Si, finalmente, el efecto atenuado del orden público va a llevar a los tribunales franceses a esta acertada solución, podríamos darle una bienvenida jurídica, pese a lo retorcido del camino que sigue.

Otra limitación a la doctrina del orden público, que ha recibido aceptación de la doctrina francesa, es que no puede declararse contraria al orden público una ley extranjera que dispone medidas equivalentes a las que ha admitido la legislación del foro,³⁶⁰ puesto que sería ilógico reprochar a un Estado extranjero el haber tenido un comportamiento análogo al que algunas veces ha sido adoptado por el Estado del foro.³⁶¹

“Una facultad (otorgada por una ley extranjera) no puede ser considerada como contraria a nuestro orden público, si este último la reconoce también”, ha dicho el Tribunal de Roma.³⁶²

Sobre esta base parece conveniente recordar a la judicatura francesa, tan reacia a aceptar incautaciones o nacionalizaciones efectuadas en el extranjero sin pago de indemnización justa o al menos equitativa (pues este término parece menos riguroso a algunos),³⁶³ y en ocasiones sin pago previo de ella, que en su propia patria se han dictado leyes que nacionalizaron bienes sin indemnización adecuada o sin que ésta hubiera de pagarse previamente. Es así como las ordenanzas de 13 de diciembre de 1944 y de 12 de octubre de 1945, sobre las hulleras del norte y del Paso de Calais, solamente se remitían a disposiciones legales posteriores que fija-

³⁵⁹ Así lo insinúa F. Münch, *op. cit.*, nota 18, p. 442.

³⁶⁰ Se trata de una posición muy constante entre los autores franceses, como puede verse en Sarraute y Tager, *op. cit.*, nota 18, p. 552; H. Batiffol, *op. cit.*, en nota 64, tomo 1, p. 423, y Christian Gavalda, en “Problèmes de droit bancaire international posés par l'affaire Intrabank”, publicado en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1968, pp. 1-15. Es también la opinión de F. Münch, *op. cit.*, en nota 18, p. 445.

³⁶¹ Y. Loussouarn, en su trabajo mencionado en la nota 19, párrafo 34, admite que sería “ilógico reprochar a un Estado extranjero haber tenido un comportamiento análogo a aquel que algunas veces ha sido adoptado por el Estado francés”.

³⁶² Sentencia de 13 de septiembre de 1954, que se cita en la nota 5, en su p. 528.

³⁶³ E. Schaeffer, en su artículo mencionado en la nota 12, párrafo 23, declara que el término “equitativa”, que ha venido a reemplazar al calificativo tradicional de “justa” que se exigía para la indemnización (con el significado de reparación total), parece a algunos menos riguroso.

rían las indemnizaciones debidas a los antiguos explotadores. Diversas leyes francesas de nacionalización no han dispuesto indemnizaciones ni prontas ni efectivas, pues han previsto pagos en títulos negociables con amortización en cincuenta años. Estas medidas han originado múltiples reclamos ante el Consejo de Estado.³⁶⁴ Puede citarse también la ley 47-1413, de 30 de julio de 1947, destinada a resciliar contratos de explotación de servicios públicos o de interés público otorgados por colectividades departamentales, comunales, o establecimientos públicos. Esa resciliación es decretada unilateralmente por decreto dictado sobre informe conjunto de los ministros del interior y de finanzas y el ministro de obras públicas y transportes o solamente de los primeros de ellos; en el decreto se ordena una indemnización provisional y en su virtud opera la transferencia de la propiedad de los bienes. Si el concesionario no presenta el inventario de los bienes en un plazo breve, pierde el derecho a toda indemnización. La ruptura del contrato no da lugar por sí misma a ninguna indemnización para los concesionarios. Los pagos se efectúan en obligaciones públicas amortizables a treinta años y con la tasa del 3½% de interés. La indemnización definitiva es fijada, a falta de entendimiento amistoso, por el consejo de prefectura interdepartamental y puede ser reclamada al Consejo de Estado.³⁶⁵

6. *El verdadero significado del orden público francés*

El concepto de orden público, tan amplia e ilimitadamente aplicado en Francia, se apoya en un imperialismo jurídico y cultural que parece estar implícito en algunos juristas franceses, según se advierte con bastante claridad en aquellos que lo apoyan con más entusiasmo. Tal es el caso de Lerebours-Pigeonnière y Lous-souarn.³⁶⁶

Ellos se refieren expresamente a los “Estados de civilización inferior o radicalmente diferente”, con los cuales hay que mostrar “extrema circunspección”.³⁶⁷ A este propósito recuerdan, en forma altamente reveladora, el antiguo sistema de las capitulaciones. Su argumentación discurre, luego, sobre la necesidad de “proteger nuestra civilización occidental contra el factor de debilitamiento que para ella resultaría de una penetración de las costumbres de los orientales establecidos en Europa o de la asi-

³⁶⁴ Cfr. B. Chenot, *op. cit.*, nota 18, pp. 372-377. Ver, también, la nota 34.

³⁶⁵ Artículos 1, 4, 7, 11, 12 y 18 de dicha ley.

³⁶⁶ Así puede deducirse de lo que estos autores expresan, *op. cit.*, nota 65, pp. 500, 501 y 502.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 500.

milación por los europeos de las costumbres orientales". La conclusión, sobre la base de esas premisas, es inevitable: se trata de "declarar inaplicables... las instituciones brotadas de otra civilización, que podrían corromper o desnaturalizar la nuestra".³⁶⁸ Poco importa que, enseguida, se busquen otros fundamentos algo más generales a la noción del orden público, porque con lo ya reproducido basta para formarse una clara idea del más decisivo.

Se trata, manifiestamente, de una posición de superioridad europea occidental, que se exterioriza en un menosprecio de las costumbres de otros pueblos, especialmente los orientales. Ese sentimiento de superioridad aparece centrado, en los textos reproducidos, en los aspectos morales. Se da por obvio que las costumbres francesas superan en alta medida las costumbres chinas, hindúes o persas, desde el punto de vista ético.

Todo esto resulta tan fuera de lugar en el estado actual del desarrollo humano que, realmente, basta exponerlo para convencer de lo deleznable que es.

Un irracional y equivocado sentimiento de superioridad, imposible de sustentar seriamente en un ambiente moderno medianamente ilustrado, está, por consiguiente, en la base de la desbordada tesis francesa del orden público.³⁶⁹ Mediante él se busca evitar que "la intensidad del comercio mundial, que empuja al cosmopolitismo, arriesgue adormecer la conciencia francesa y hacerla perder el sentido de los *imperativos franceses*".³⁷⁰

Quien lea lo anterior podría dudar que esas ideas pudieran ser sustentadas por tan distinguidos juristas. Pero hemos reproducido frases textuales que, debidamente seleccionadas, ponen sobre la verdadera pista de tan oscuro problema.

En consecuencia, para la judicatura y algunos autores franceses, no vivimos hoy en un mundo en que las relaciones y los vínculos de todo orden entre los Estados y los pueblos de la más variada condición se han estrechado, haciendo de casi todo el mundo un ámbito humano pluralista, en el que se reconocen, se aceptan y se toleran diferencias culturales, religiosas, políticas, sociales, económicas y jurídicas, con espíritu de respeto mutuo y de aprecio, en todo su valor, de caracteres diferentes pero no por ello inferiores. No, es preciso situar en un pedestal más alto a la cultura

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ No es, ciertamente, el caso de la cláusula de reserva que rige en Alemania en virtud de texto expreso de ley y que los tribunales alemanes aplican con moderación. Tampoco es, manifiestamente, la forma como se aplica el principio en Italia y Japón, según se ha visto por la jurisprudencia citada.

³⁷⁰ Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *op. cit.*, nota 65, p. 501.

francesa y europea occidental y relegar a la condición de pueblos bárbaros e inferiores culturalmente a los demás.

Si el distingo se cifrara en las relaciones de familia, tan influidas en su regulación jurídica por conceptos religiosos o de moral sexual, pase; a pesar de que ni aun en ese plano podría admitirse. Pero el que se le extienda, con una desorbitada expansión del orden público, a convertir los diferentes criterios en materia de organización económica o de régimen de propiedad en aspectos que, aunque desarrollados en el extranjero, amagarían los "intereses vitales" del pueblo francés, hay una distancia tan grande, que cuesta pensar que el sutil pensamiento jurídico de muchos de sus tratadistas no lo hayan captado.

Hoy carece de sentido hablar con jactancia de civilización europea occidental, porque el mundo entero vive afanes de conocimiento recíproco, de interpenetración cultural, de respeto de valores morales ajenos y de aprecio por el imperio de un auténtico pluralismo humano, que eleve y destaque lo bueno que existe en muchas culturas que no estuvieron siempre bajo el foco resplandeciente de la historia oficial de occidente o que quedaron absolutamente fuera de él. Vivimos en un mundo variado y complejo y hemos de acostumbrarnos a admitir que no todo lo ajeno es malo ni todo lo propio, bueno; nuestra tarea debe ser lograr la convivencia y ésa no se obtiene mediante exteriorizaciones de equivocada soberbia sino mediante una disposición comprensiva y fraterna hacia otros pueblos.

Toda esa argumentación, que hemos exhibido para que de sus propios términos emane su repudio, corresponde a una etapa histórica hoy superada.

No solamente se trata de que han cambiado los conceptos dominantes en el mundo de los estudiosos y de los científicos; también han cambiado los hechos. Hoy la vida normativa del ser humano sufre impulsos que reconocen la intervención de ideas y de doctrinas a veces bien diversas de aquéllas en que el hombre occidental nació y se desarrolló. Es cierto que las nacionalizaciones se originaron, en su etapa más decisiva, en la Unión Soviética; pero también es cierto que ellas han sido aplicadas en una parte considerable del mundo, aun europeo occidental, al punto que en Gran Bretaña y Francia mismas se las decretó y que el concepto jurídico correspondiente aparece ya en la Constitución Política francesa.³⁷¹

¿Podría, en esta situación, un magistrado francés, consciente de la alta responsabilidad de su función, sostener que una nacio-

³⁷¹ Es el art. 34 de la Constitución francesa de 1958, actualmente vigente.

nalización extranjera que se presenta con las particularidades que para ella admite el actual Derecho Internacional Público, es una disposición que contradice la moral y la justicia, que destruye los fundamentos sociales y jurídicos del ordenamiento francés y que corrompe la civilización europea?

¿No será, más bien, que un inconsciente afán político de proteger un determinado sistema político-social, y no preocupaciones de justicia y moral, impulsan su decisión?

La frase de El-Kocheri es dura,³⁷² pero parece expresar una parte importante de la verdad.

7. *El orden público no puede ser obstáculo para reconocer el dominio asignado por la nacionalización*

En la práctica, la aplicación de la doctrina del orden público implica que un tribunal nacional, después de criticar y formarse juicio adverso a la forma como ha sido decretada o cumplida una nacionalización en el extranjero, se niega a darle, dentro del lugar del foro, el reconocimiento que cabría respecto de actos soberanos extranjeros. Esto significa, en el fondo, un juzgamiento negativo sobre su validez.

En vano se empeñan los sostenedores de la doctrina francesa del orden público por elaborar sutiles distinciones para negarlo. Afirman que la decisión judicial nacional no rechaza el efecto que esa nacionalización extranjera debe tener dentro del territorio del Estado que la decretó, ni se inmiscuye en un juicio sobre su validez jurídica, sino que simplemente, por contradecir las bases fundamentales de las instituciones sociales del país y turbar profundamente su orden interno, declara que no debe recibir aplicación ni puede surtir efectos dentro de él.³⁷³

Claramente se advierte, sin embargo, que de lo que se trata, sustancialmente, es de tener por no efectuada en el lugar del foro una nacionalización decretada dentro de territorio extranjero, con relación a bienes que se hallan en ese momento dentro de él, por un poder soberano e independiente.

Esto contraviene, en primer término, principios de Derecho Internacional Público, porque la nacionalización, aunque afecte a bienes privados, es ante todo una determinación de una autoridad soberana, adoptada en razón de intereses nacionales o de necesi-

³⁷² Es la frase que se consigna en el párrafo 4 de este capítulo.

³⁷³ Cfr. H. Batiffol, *op. cit.*, nota 64, tomo 1, p. 424, según expresiones que se copian en la nota 192.

dades públicas que sólo a ella compete apreciar. Cualquiera que sea el apoyo que quiera darse a un particular al cual se suponga tratado injustamente, ese apoyo no puede llegar a negar el efecto adquisitivo de dominio que ella tuvo para el Estado nacionalizador y sus órganos, aun en el caso de que la nacionalización no hubiere cumplido con los requisitos que pueden exigirse jurídicamente (ver capítulo II, especialmente su párrafo 7). La potestad de todo Estado de dictar las normas sobre sistema económico y régimen de propiedad dentro de sus fronteras es materia que hoy no tiene discusión (ver capítulo II, especialmente sus párrafos 2 y 3).

Contraviene, en segundo lugar, las reglas más universalmente aceptadas sobre conflicto de leyes en lo relativo a los bienes, puesto que éstos deben considerarse sometidos a las leyes del lugar en que se encuentran, y en los litigios que sobre ellos se promuevan ante tribunales extranjeros, éstos habrán de atenerse a esas leyes (ver capítulo V, especialmente sus párrafos 2 y 3).

Finalmente, la doctrina del orden público, en tanto sea aplicada con el alcance deformado que la jurisprudencia francesa le asigna, en materia de nacionalizaciones, se contrapone a indiscutidos principios jurídicos universalmente reconocidos, puesto que un derecho de propiedad constituido en territorio extranjero, conforme a la ley que allí impera y respecto de bienes que allí están situados, es algo que la conciencia universal admite como título regular suficiente.³⁷⁴ Mal puede considerarse la medida como contraria a principios jurídicos o sociales fundamentales de un país extraño, por consiguiente, aun cuando después de constituido ese título todos o parte de los bienes sean llevados a este último país. Mucho menos puede estimarse que una nacionalización, realizada en la misma forma que decenas de nacionalizaciones decretadas por países de muy variadas características políticas, económicas, culturales y jurídicas, por razones de supremo interés nacional, pueda ser contraria a las buenas costumbres, ni siquiera de aquellas que imperan en el mundo occidental. Y sería un despropósito, conociendo el enorme número de nacionalizaciones decretadas y sus

³⁷⁴ Parece importante, para los efectos de apoyar lo que expresa el texto, reproducir palabras de M. Wolff que, aunque generales, expresan una idea de interés: "Un principio hay, sin embargo, que se basa en la idea de la comunidad de Derecho Internacional: todo Estado ha de mantener su Derecho Internacional Privado dentro de unos límites compatibles con el *espíritu de la comunidad internacional*. Se consideraría abusiva una ordenación jurídica que no se propusiera llegar a un reparto equitativo de competencias entre todos los Estados, sino que respondiera más bien al deseo de dar al Derecho material del propio Estado una esfera de vigencia más amplia de la que en igualdad de circunstancias se reconoce al Derecho de otros Estados" (en su obra citada en nota 9, pp. 24 y 25).

condiciones, calificar cualquier medida nacionalizatoria como "bárbara o monstruosa".

Lo anterior demuestra que en materia de nacionalizaciones la doctrina privatista del orden público no tiene la solución jurídica correcta del problema.