

# El Orden Público Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración<sup>1</sup>

Luciane Klein Vieira<sup>2</sup>

*“Le rôle primaire de la clause d'ordre public consiste en la sauvegarde des essentielles de justice, qui sont à la base de l'ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l'Etat du for. Les règles de droit interne offrent, certes, l'expression normative des principes fondamentaux du droit du for, mais elles ne fixent pas nécessairement, en tant que telles, le seuil d'incompatibilité à l'égard de l'application de lois étrangères. Ce seuil n'est souvent pas représenté, en effet, par les règles, de fond, de forme et de procédure, par lesquelles l'Etat du for met en oeuvre les principes essentiels de son ordre juridique : l'ordre public est limité aux principes.”<sup>3</sup>*

Teniendo en cuenta que el orden público es uno de los más importantes principios de nuestra disciplina, conviene estudiarlo con más ahínco, intentando analizar hasta que punto tal excepción puede ser empleada como un mecanismo de defensa de la soberanía, de la identidad y de las reglas básicas de un Estado.

Partiendo de lo expuesto, se hace necesaria la reflexión acerca de cómo están organizándose los distintos Estados, detentores de culturas y particularidades diversas, cuando deciden crear un ámbito jurídico unificado, donde subsisten costumbres, creencias, leyes y principios divergentes entre los países que formarán el bloque. En ese punto, delante de un espacio integrado, cómo opera el respeto a lo diverso y cómo es invocado por los jueces el orden público son los ejes que pretendemos desarrollar en nuestro análisis.

## 1. El concepto y el origen del orden público internacional

---

<sup>1</sup> Trabajo presentado, en marzo de 2008, en la Maestría de Derecho Internacional Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en la asignatura denominada *Filosofía del Derecho Internacional Privado*, a cargo del Doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, cuyo grado de aprobación recibió la nota 10 (diez).

<sup>2</sup> Abogada en Brasil, por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, especialista en Gestión de Escuelas, por la Universidade Castelo Branco y maestranda en Derecho Internacional Privado, por la Universidad de Buenos Aires y en Derecho de la Integración Económica, por la Universidad del Salvador y Paris I.

<sup>3</sup> BUCHER, Andreas. *“L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé.”* In: Recueil de Cours, tomo 239, 1993.

Tarea difícil es la de llegar propiamente a un significado exacto de orden público, término detentor de una gran vaguedad y que revela, por veces, más allá de un estricto contenido jurídico, una naturaleza filosófica y moral indiscutible.

Por eso, conviene traer a colación el pensamiento de algunos juristas respecto del tema, unos actuales y otros más antiguos, pero de gran renombre, que remontan al origen de los primeros estudios sobre el orden público, a fin de percibirse las sutilezas y las distintas miradas que recibe el instituto.

Según el doctor Jacob Dolinger, el orden público "se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época."<sup>4</sup> Por eso, tal instituto puede ser comparado a la moral, a las costumbres, al derecho natural e incluso a la religión<sup>5</sup>, conforme ese autor, y puede tener distintas formas de interpretación de acuerdo con el entendimiento del juez de la causa.

De acuerdo con el jurista brasileño mencionado,

"o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído."<sup>6</sup>

El profesor Irineu Strenger<sup>7</sup>, al introducir la temática propuesta, explica que el orden público es toda la base social y política de un Estado, la cual no puede ser alejada, por una cuestión de sobrevivencia del propio Estado.

Partiendo de esa misma base, Nádia de Araújo comenta que el orden público es una verdadera barrera a la penetración de leyes extranjeras indicadas por la norma de conflicto, cuando estas están en oposición a los valores fundamentales garantizados por el derecho interno del país.<sup>8</sup> Según la estudiosa, para acceder a dichos valores, el juez, responsable último por la aplicación de la excepción mencionada, deberá valerse de la hermenéutica jurídica, más allá de una sencilla interpretación de la norma constitucional, para encontrar la solución justa

---

<sup>4</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 350.

<sup>5</sup> DOLINGER, Jacob. *Op cit.* pp. 350.

<sup>6</sup> DOLINGER, Jacob. *Op cit.* pp. 350.

<sup>7</sup> STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2003. pp. 431

<sup>8</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp 120.

al caso concreto, teniendo en cuenta los principios generales del derecho para solucionar puntos oscuros y eventuales lagunas.

Irineu Strenger también advierte de la importancia del rol de la Constitución de un Estado para poder visualizar mejor lo que viene a ser el orden público. De acuerdo con el profesor mencionado, la Constitución es un vehículo extremadamente práctico, en el cual serán puestos los principios que recibieron consagración en la comunidad internacional como valores merecedores de tutela jurídica.<sup>9</sup>

Respecto del papel que desempeña la fuente del derecho mencionada, la profesora Adriana Dreyzin de Klor comenta que

“los ordenamientos jurídicos nacionales contienen principios propios que son, precisamente, los que le dan solidez y autonomía. Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas, e integran el Derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos.”<sup>10</sup>

Volviendo al concepto de orden público, parece bastante acertada la definición expuesta por la profesora Nádia de Araújo, que con sencillez explica lo que viene a ser la excepción en estudio. Para la autora:

“a intervenção da exceção de ordem pública internacional consiste no afastamento da lei designada, ocasionando um *efeito negativo*, pois sua utilização importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Essa exceção, dado o seu caráter de excepcionalidade, deve ser aplicada raramente. O seu uso gera, aplicando-se a lei do foro, efeitos territoriais, em detrimento do sistema de DIPr.”<sup>11</sup>

Según la doctora Sara L. F. de Cárdenas<sup>12</sup>, fue Federico Carlos de Savigny, en 1848, quien mejor sistematizó la noción de orden público, aunque no lo tenga así designado<sup>13</sup>.

De acuerdo con el gran jurista mencionado, el orden público, al que llamaba “límites locales a la aplicación de las leyes extranjeras” era nada más que la

---

<sup>9</sup> STRENGER, Irineu. *Op. cit.* pp. 439

<sup>10</sup> DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *El orden público subregional*. In: Revista de Derecho Privado y Comunitario. vol. 12. Santa Fe: Rubinzal – Culzone Editores, 1996. pp. 517

<sup>11</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Op. cit.* pp. 100.

<sup>12</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Privado: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. pp. 198

<sup>13</sup> Según la doctora Sara, el origen de la noción de orden público se encuentra algunos siglos antes de Savigny, en los estudios de Bártolo, en el siglo XIII y en Luis Froland, del siglo XVIII. BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 197-198

determinación, para cada relación jurídica, del dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación jurídica, sea derecho nacional o extranjero, una vez que esa es la conclusión impuesta por la comunidad jurídica de los Estados, comunidad que se asienta en los pilares del derecho romano y del cristianismo.

Lo que llama la atención en la obra de Savigny es que mismo reconociendo la importancia del orden público para la noción de comunidad internacional de Estados, reconoce que tal principio no es absoluto sino relativo, una vez que "hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados."<sup>14</sup> Según el jurista, cuando se está delante de tales leyes, conocidas como leyes de carácter absoluto, rigurosamente obligatorias, el derecho a ser aplicado es el derecho nacional, como forma de limitación a la ley extranjera<sup>15</sup>.

Por ende, es importante mencionar lo que dijo Mancini, otro importante internacionalista, respecto del principio en estudio, una vez que para ese autor, el orden público es de competencia normal y no excepcional, como lo sostenía Savigny. Según él, el orden público impide tanto el ejercicio de la autonomía de la voluntad cuanto la aplicación del principio de la nacionalidad. Explicita, aún, que son considerados de orden público "todas las leyes de Derecho público, criminal, los principios básicos de la legislación y todas las leyes que afectan el orden económico, en especial las que se refieren al régimen de los bienes inmuebles."<sup>16</sup> Conviene advertir, de acuerdo con lo que sostiene la Dra. Sara Feldstein, que el sistema de Mancini es muy amplio y confunde leyes de orden público propiamente dichas con otras que no lo son, como es el caso de las reglas sobre inmuebles, donde es aplicada la *lex situs* por otra razón que no es el orden público.<sup>17</sup>

Para ilustrar concretamente lo que viene a ser el orden público, intentando acercarlo a nuestros días, varios ejemplos pueden ser citados. A título de curiosidad, puede traerse a colación algunos casos resueltos por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en los cuales los pedidos de homologación de sentencias extranjeras de divorcio fueron denegados, pues antes de 1977 la disolución del

---

<sup>14</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 198

<sup>15</sup> Savigny todavía resalta que se deja de aplicar el derecho extranjero cuando hay instituciones del Estado extranjero cuya existencia no está reconocida por el derecho del juez llamado a aplicar el derecho extranjero y cuando hay leyes de naturaleza rigurosamente obligatorias. (BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 198-199)

<sup>16</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 200

<sup>17</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 200

vínculo matrimonial no era permitida por el ordenamiento jurídico de ese país<sup>18</sup>. Después de la aprobación de la ley del divorcio vincular, Ley n° 6.515/77, tales pedidos pasaron a ser homologados, visto que no representaban más una ofensa al orden público brasileiro<sup>19</sup>. Importante destacar, todavía, que debido al concepto de tal principio ser tan variante, pues depende de la época en que fue dictada la decisión, hoy en día el Supremo Tribunal Federal está autorizado a reexaminar los pedidos de homologación de divorcio que fueron denegados por el país, antes de 1977, conforme dispone su norma interna y el artículo 49, párrafo 6° de la Ley 6.515/77.

Ante lo expuesto, lo cierto es que ubicado en la característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, según Goldschmidt<sup>20</sup>, el orden público sigue adquiriendo una serie de distintos significados a lo largo de los años, cuando es analizado bajo la mirada de los estudiosos del tema. Empero, hay que destacarse que todos los autores convergen en considerarlo un mecanismo de limitación a la aplicación del derecho extranjero en un ordenamiento jurídico dado.

## 2. Las características del orden público

Con el objetivo de aclarar el concepto de orden público es interesante destacar sus principales características, con las cuales tornase más tangible lo que puede ser considerado como un principio o una disposición de orden público.

El profesor Jacob Dolinger es quien mejor identifica las tres principales características del instituto, clasificándolas de la siguiente forma: a) relatividad/inestabilidad; b) contemporaneidad; c) factor exógeno.<sup>21</sup>

De este modo, considerase que el concepto de orden público es relativo, inestable, variando en el tiempo y en el espacio. Según Dolinger, "a noção de

---

<sup>18</sup> En ese sentido fueron promulgadas las siguientes decisiones: SE 2281(Portugal), juzgada por el Tribunal Pleno en 04/03/1976, relator ministro Antonio Neder; SE1526 (Holanda), juzgada por el Tribunal Pleno en 16/08/1967, relator ministro Hermes Lima. (*in* [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acceso en 05/02/2008)

<sup>19</sup> Como ejemplo puede ser citada la decisión SEC 6847 (EEUU), juzgada por el Tribunal Pleno en 12/05/2004, relator ministro Sepúlveda Pertence. Actualmente, por fuerza de un cambio constitucional proveniente de la Emenda n° 45/2004, los pedidos de homologación de sentencias extranjeras son procesados juntos al Superior Tribunal de Justicia, órgano infra-constitucional, que viene manteniendo el mismo sentido de las decisiones expedidas anteriormente por el Supremo Tribunal Federal.

<sup>20</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado: derecho de la tolerancia*. 8ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1992. pp. 147

<sup>21</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* pp. 352-358

ordem pública não é idêntica de um país para outro, de uma região para outra, também não é estável, alterando-se ao sabor da evolução dos fenômenos sociais dentro de cada região."<sup>22</sup>

Por otro lado, en razón de esa inestabilidad, el aplicador de la ley es obligado a estar atento al estado de la situación en la época en que juzgará la cuestión, sin tener en cuenta la mentalidad prevaleciente en la época en que ocurrieron los hechos. Así, solamente será negada la aplicación de una ley extranjera si esa es contraria al orden público vigente en el foro en el momento en que el caso esté siendo juzgado.

Por ende, el factor exógeno se refiere a que el orden público es una realidad externa, exógena a cualquier norma jurídica específica, una vez que es algo propio del país, que no está inscripto en leyes específicas, pero sí está en la mentalidad y en el espíritu de la gente, no siendo simplemente un factor inherente a la norma jurídica.

Esas serían, por lo tanto, las tres características esenciales para identificar lo que viene a ser el orden público.

### **3. El orden público interno y el orden público internacional: breve distinción**

Una vez que ya se tiene, relativamente presente la noción general de orden público, es importante saber que ese principio produce distintos efectos, de acuerdo con su ámbito de aplicación.

Ya nos enseñaba Savigny que "el orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero"<sup>23</sup>, pues tutela principios considerados de mayor importancia. Justificaba, todavía, el gran maestro, que esa limitación tiene un carácter excepcional, puesto que la regla general es la aplicación del derecho extranjero.

Partiendo de la base dualista de Savigny, hablase en pluralidad del orden público, una vez que este puede ser interno o internacional y por lo tanto, es un principio de excepción, como ya se ha visto.

---

<sup>22</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* pp. 352

<sup>23</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 199

Empero, existen estudiosos que no creen que existan dos tipos de orden público, como lo creía Savigny. Amílcar de Castro, importante internacionalista brasileño, cuando analizaba ese debate solía sostener que:

“a ordem social, ou ordem pública, entretanto, considerada em si mesma, é una e indivisível; mas como pode ser agredida por dois modos, por ataques provenientes de situações diversas, é sempre defendida por duas formas. A terminologia empregada por *Brocher* deu lugar a supor-se haver duas espécies de ordem pública, quando isto é inconcebível. Diferença se encontra nos meios de defesa da ordem pública, não nesta em si mesma, que não pode deixar de ser uma só, sempre original, impar e indivisível, porque todas as manifestações sociais que a compõem se influenciam reciprocamente (...). Não há, pois, distinguir entre ordem pública interna e internacional, razão pela qual essa adjetivação deve ser abandonada, como imprestável, desnecessária e equívoca.”<sup>24</sup>

Amílcar de Castro basaba sus ideas en lo que ya exponía Mancini<sup>25</sup>, desde hace mucho. Para ese último, existe solamente un orden público, que produce un único efecto. Por lo pronto, hay una unidad que define la competencia normal de ese principio como la regla de aplicación. Es decir, por cuestiones de orden público, aplicase como regla el derecho nacional y solamente como excepción el derecho extranjero.<sup>26</sup>

Por lo expuesto, es posible percibir que la doctrina todavía sigue dividida con relación a la pluralidad o unidad del orden público. Entretanto, lo que debemos tener en cuenta es que los efectos del orden público si pueden ser internos o internacionales, en lo que todos los autores convergen.

#### **4. Concepción apriorística y a posteriori del orden público**

Otro importante aspecto a ser analizado dice respecto a la cuestión del momento en el cual debe ser verificada la posibilidad de aplicación o de rechazo del derecho extranjero, cuando se habla de orden público internacional.

---

<sup>24</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 276-277

<sup>25</sup> Pillet y Noboyet también sostenían que era imposible que existiera dos clases de orden público, una vez que una disposición de orden interna es de orden público no solamente delante de los nacionales de aquel Estado, pero inclusive delante de los extranjeros. (STRENGER, Irineu. *Op. cit.* pp. 434)

<sup>26</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 205

Los diversos autores suelen destacar la existencia del orden público *a priori* y *a posteriori*<sup>27</sup>.

Así, la concepción apriorística del orden público, según la doctora Sara Feldstein, es la que primero aparece y que ya era defendida por Mancini y Fiore. "Consiste en formular el orden público mediante una enumeración de carácter meramente enunciativa."<sup>28</sup> O sea, el legislador establece en la ley lo que es considerado orden público en un ordenamiento jurídico dado. Ejemplo de la concepción en estudio fue lo que hizo el jurista Vélez Sarsfield, al redactar el artículo 14 del Código Civil argentino<sup>29</sup>.

Con relación a las dificultades que pueden surgir de la aplicación del orden público *a priori*, vale la pena transcribir las palabras del maestro Goldschmidt, según el cual:

"concebir el orden público internacional como un conjunto de disposiciones, significa proclamar la aplicación *a priori*, o sea, con total independencia del Derecho extranjero. No es fácil hallar un criterio operativo y exacto para saber qué disposiciones forman parte del orden público internacional: han de ser las más importantes, las que conciernen a la comunidad de manera más vital."<sup>30</sup>

Por otro lado, siguiendo con la doctora Sara Feldstein, el orden público considerado *a posteriori*, ya defendido por Batiffol, significa que

"planteado el caso concreto, el juez, previo análisis de la ley extranjera indicada por su regla de conflicto, resuelve si está o no en presencia del orden público, descartando la aplicación de la ley extranjera total o parcialmente según el caso."<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Ya decía Goldschmidt que "el orden público internacional tiene por función la de defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero que en sí resulta aplicable según las normas del DIPr. Puede ser que se considere como aplicable el Derecho propio referente a determinados temas (aplicación apriorística); puede ser también que se examine previamente al Derecho extranjero desde el punto de vista de su compatibilidad con los valores del Derecho propio, rechazando el primero y aplicando el segundo en el supuesto de su incompatibilidad (aplicación *a posteriori*). En ambos casos el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero." (GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. cit.* pp. 163)

<sup>28</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 203

<sup>29</sup> Reza el artículo 14: "Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1. Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;
2. Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código;
3. Cuando fueren de mero privilegio;
4. Cuando las leyes de este código, en colisión

con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos."

<sup>30</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. cit.* pp. 150

<sup>31</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 204

Autores como Amilcar de Castro dicen que mismo que el poder legislativo indique para el caso hipotético el derecho extranjero aplicable, lo hace de forma abstracta, cabiendo al judicial, en el momento de apreciar el caso *sub judice*, averiguar si la disposición contenida en la ley o en la decisión extranjera ofende o no los intereses nacionales<sup>32</sup>. Prosigue el autor:

“faz-se sempre em abstrato a indicação da ordem jurídica que deva ser imitada na apreciação do fato anormal, sem exame preliminar, sem qualquer controle, do sentido de suas regras. Sempre, depois de indicado o direito estranho que vai servir de modelo, depois de provado esse direito, é que se vai ver quais são as suas disposições, para bem reproduzi-las. E então, no momento de examinar o conteúdo do direito primário estrangeiro, o juiz, se considerar sua adoção ofensiva à ordem social do *forum*, deverá rejeitá-lo.”<sup>33</sup>

De hecho, el orden público considerado a posteriori es la fórmula utilizada por la mayoría de los países en la apreciación de esa materia, cuando dejan al juez esa válvula de seguridad o ese medio de defensa de la sociedad nacional. No obstante, severas críticas surgieron, basadas en la debilidad a que el derecho y la sociedad pueden ser sometidos, cuando todo es dejado en las manos del judicial.

En ese punto, conviene traer a colación el pensamiento y la crítica de Irineu Strenger, respecto al rol del juez en la determinación de los principios que constituyen el orden público. Sostiene el autor:

“quais são os princípios considerados intocáveis que excluem a aplicação do direito estrangeiro?

A determinação deles quase sempre cai nas mãos do juiz. Este não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio. E não raro a discriminação desses princípios em casos concretos pode sofrer influência dos próprios preconceitos do juiz.”<sup>34</sup>

Jacob Dolinger también comparte la misma opinión del jurista supra mencionado, cuando argumenta que compete al juez o al tribunal decidir lo que es contrario al orden público. Según Dolinger:

“haverá uma natural tendência da magistratura de repelir a aplicação da lei estrangeira, substituindo-a pela *lex fori* mediante a invocação do princípio da ordem pública, o que poderá ocorrer por um sentimento chauvinista ou até pelo desejo de simplificar e facilitar a decisão de uma matéria, submetendo-a à lei local, por todos mais conhecida.”<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> CASTRO, Amilcar de. *Op. cit.* pp. 278

<sup>33</sup> CASTRO, Amilcar de. *Op. cit.* pp. 278

<sup>34</sup> STRENGER, Irineu. *Op. cit.* pp. 432

<sup>35</sup> DOLINGER, Jacob. *Op. cit.* pp. 365-366

Lo cierto es que tanto una concepción cuanto la otra contiene fallas y no es del todo perfecta. Empero, pareciera que el orden público *a posteriori* sigue siendo lo más aceptable, visto que los principios y fundamentos que constituyen el orden público de un país cambian de acuerdo con la época, con los valores y con la mentalidad socio-política de la gente, no siendo posible poner en *numerus clausus* lo que viene a ser orden público<sup>36</sup>. Por otra parte, también suena razonable la tesis defendida por Sara Feldstein, Victoria Basz y Stella Maris Biocca, respecto de la necesidad de construcción de una "postura apriorística abierta con fórmulas dadas por el legislador como guías al juez"<sup>37</sup>.

## 5. La integración y el orden público comunitario o subregional

Partiendo de la noción de orden público, anteriormente expuesta, y teniendo conciencia de las consecuencias advenidas de la adopción de esa cláusula de excepción en la aplicación del derecho extranjero, conviene, ahora, analizar con más cautela el impacto del tradicional concepto del instituto en estudio en un espacio integrado.

En nuestros días, los procesos de integración, que desde mucho se convirtieron en una realidad mundial, principalmente en Europa y Latinoamérica, ponen en duda la simple aplicación de la excepción de orden público, aislada del contexto regional.

En la actualidad, movidos por el factor económico y por el deseo y la necesidad de sobrevivir en un espacio mundial globalizado, los Estados están agrupándose, para buscar nuevas formas de reaccionar ante a un mercado excluyente. En ese contexto, conforme Adriana S. Dreyzin de Klor, "la mayor interdependencia regional pasó a percibirse como un medio para el fortalecimiento de las condiciones de inserción en una economía mundial crecientemente interconectada."<sup>38</sup>

Delante de esta realidad, la integración de los espacios territoriales es la alternativa buscada para lograr el éxito de mantenerse vivo en el juego político-

---

<sup>36</sup> También favorable a la tesis del orden público como un conjunto de principios y, por lo tanto, de aplicación *a posteriori*, Goldschmidt decía que "la tesis del orden público como conjunto de disposiciones pone fuego al Derecho extranjero: le basta el Derecho propio." (GOLDSCHMIDT, Werner. *Op. cit.* pp. 157)

<sup>37</sup> BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 204

<sup>38</sup> DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *Op. cit.* pp. 508

económico y que sirve para "reorientar la expansión globalizadora en un sentido que evite la disolución y la marginalidad."<sup>39</sup>

Para minimizar los efectos negativos que advienen de la globalización y con la mirada en la universalidad, los Estados, con sus culturas y peculiaridades, están acercándose para superar las incertidumbres y el vacío provocado por las nuevas relaciones internacionales, entablando, así, objetivos comunes que tienen como eje la cooperación internacional y la apertura de los mercados.

Teniendo en cuenta esa cuestión y yendo más a fondo, el jurista brasileño Miguel Reale ya destacaba que

"é claro que tal fato histórico não ocorre por mera coincidência, mas corresponde antes a *um profundo sentido de preservação de valores próprios*, o qual progressivamente se eleva do indivíduo à sociedade nacional e desta às *'unidades regionais'* que só aparentemente surgem para atender tão somente ao intercâmbio de interesses econômicos, porquanto na realidade, assinalam a existência de afinidades culturais até agora apenas pressentidas."<sup>40</sup>

En ese contexto, es posible percibir que más allá del tema económico, la cultura es un factor que ejerce influencia en los agrupamientos por bloque y que en los espacios integrados la individualidad y la identidad de un Estado son factores que muchas veces acercan los pueblos; empero, pueden dificultar el funcionamiento del ámbito jurídico unificado, cuando cada Estado intenta preservar sus propios principios a cualquier costo, por considerarlos una cuestión de orden público.

Acá llegamos a la discusión crucial a que se dedica este trabajo: ¿cómo mantenerse el tradicional concepto de orden público internacional ante los procesos de integración? ¿Qué ocurre si delante de un determinado conflicto un Estado asociado decide aplicar su norma de derecho interno, invocada por la excepción de orden público, rechazando los principios que componen el derecho del bloque al cual pertenece?

---

<sup>39</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur*. In: CIURO CALDANI, Miguel Angel. *La Filosofía del Derecho en el Mercosur: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 14. Estudioso del tema, el doctor Ciuro Caldani advierte que "la estabilidad de las burguesías nacionales se ha conmovido en un proceso que incluye, por un lado, la *integración* y, por otro, la *globalización/marginación*." (CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado*. Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas, 2003. pp. 125)

<sup>40</sup> REALE, Miguel. *Sentido da Filosofia do Direito no Mercosul*. In: CIURO CALDANI, Miguel Angel. *La Filosofía del Derecho en el Mercosur: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 36

Ya se ha visto que el orden público no es algo simplemente ínsito a las normas, pero también se revela en los principios y en la mentalidad del pueblo de una determinada época. Con la creación de un bloque económico, surgen nuevos principios y nuevas fuentes jurídicas<sup>41</sup> que han de ser llevados en consideración para la determinación del orden público. Ahora, estamos delante del orden público comunitario o subregional y que quizás sea más amplio que el concepto comprendido por cada Estado, individualmente considerado.

Conviene destacar, todavía, que no es objetivo de este trabajo hacer la diferenciación entre el orden público comunitario, que se refiere a la Unión Europea y el orden público subregional, denominación que suele referirse al Mercosur, una vez que ambos bloques tienen trayectorias distintas y estructuras de funcionamiento divergentes cuyo análisis no comporta la brevedad de este estudio. Lo que sí se puede aludir es que la definición de orden público, para cada uno de los bloques citados, se hace de maneras distintas y por veces compleja.

Tratándose de Unión Europea, sabiéndose que tiene una estructura supranacional, la definición de los principios y reglas que constituyen el orden público comunitario es hecha por el órgano judicial específico del bloque, a quien le fue dado poder y legitimidad por todos los Estados participantes del espacio unificado, en una verdadera cesión de soberanía<sup>42</sup>. Empero, tratándose de Mercosur, es más difícil deducir el espíritu del bloque, el cual no cuenta con una estructura supranacional y sigue con el modelo de inter-gobernabilidad.

Respecto de eso, la profesora brasileña Lea Ainhoren, haciendo referencia a los estudios de la doctora Deisy Ventura, estudiosa del derecho mercosureño,

---

<sup>41</sup> La profesora Adriana Dreyzin de Klor, al tratar del orden público subregional del Mercosur, destaca que "la dicotomía entre las reglas de conflicto de la legislación interna de los Estados, dispersas en los códigos o leyes especiales, y las normas generadas en foros de codificación internacionales como La Haya, las Conferencias Interamericanas Especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o en tratados y convenciones internacionales como los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, por citar algunos ejemplos, se amplía con la gestación del Mercosur. En efecto, emerge un ordenamiento que es producto del nuevo ámbito de creación normativa; se desarrolla un nuevo foro del que emanan normas reguladoras de diversas relaciones entre las que adquieren especial protagonismo, las relaciones jurídico-privadas ocurridas en el marco de la asociación subregional, dando lugar a la fuente que se conoce como Derecho Internacional Privado Institucional." (DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *Op. cit.* pp. 510-511)

<sup>42</sup> De acuerdo con la doctora Sara Feldstein, "el Derecho comunitario producto de la legislación emanada de los órganos creados por los tratados – marco en los procesos de integración – determina una modificación en el orden público por parte de los Estados integrados. En los más avanzados – como la Comunidad Económica Europea – el principio de soberanía, uno de los elementos básicos de la noción de orden público, cede en pos de los objetivos comunitarios." (BIOCCA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 206)

apunta al problema de la falta de una estructura similar a la de la Unión Europea, en el Mercosur, para definirse con más precisión lo que viene a ser el orden público. Según la autora:

“o fenômeno da globalização da economia e suas conseqüências, gera uma nova mentalidade criada a partir de interesses políticos e econômicos compartilhados, forçando a necessidade de revisão quanto ao conceito de soberania. *“A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente, a pretensão à autonomia”*, levando, na prática, a uma revisão dos postulados fundamentais referentes à soberania estatal.

A globalização da economia e a criação dos blocos regionais, fundamentalmente a formação da Comunidade Européia, impuseram uma nova lógica no que concerne às relações internacionais e, como conseqüência, solaparam as tradicionais pretensões dos Estados quanto ao poder ilimitado e absoluto contido na velha noção de soberania.”<sup>43</sup>

Con la misma mirada, Adriana Dreyzin de Klor, cuando plantea el problema de la definición del orden público subregional en el Mercosur, comparándolo con lo que dispone la Unión Europea, advierte que:

“el Preámbulo del Tratado de Asunción, las declaraciones efectuadas por los Presidentes de los Estados en la inauguración de cada una de las Reuniones Cumbres del Consejo Mercado Común (CMC), los fundamentos de las Decisiones, Resoluciones y Directivas aprobadas, son las pautas que autorizan y facilitan conocer ese ‘espíritu mercosureño’. Sin embargo, el hecho de no contar con un órgano legisferante supranacional con legitimidad *ab initio* para emitir las declaraciones y fundamentaciones, limita nuestras posibilidades.”<sup>44</sup>

O sea, definir el orden público mercosureño es un compromiso nada fácil, aún más porque el modelo de supranacionalidad, que ayudaría en el establecimiento de las bases particulares del bloque, no es una realidad entre nosotros. Además, seguir concibiendo tal instituto, en el ámbito integrado, bajo las bases tradicionales, las cuales consideran el Estado como una unidad distinta y totalmente independiente de los demás, aislado en su soberanía, es algo prácticamente imposible hoy en día.

Si bien es cierto, hubo un cambio esencial en el concepto tradicional de orden público o a lo mejor, según la doctora Sara Feldstein, “en los Estados pertenecientes a esquemas integrados coexisten el orden público internacional en

---

<sup>43</sup> AINHOREN, Lea. *Soberania e ordem jurídica supra-nacional no Mercosul*. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4744>, acceso en 14/02/2008.

<sup>44</sup> DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *Op. cit.* pp. 515

su concepción tradicional y el orden público comunitario"<sup>45</sup>, al cual también llamamos subregional.

Coexistiendo o no el orden público tradicional de cada Estado con el nuevo concepto de orden público o existiendo solamente el nuevo orden público en el espacio integrado, a lo que vamos es que con el tiempo y en razón de las exigencias del mercado, no es más aconsejable que un Estado ciérrese en sí mismo, desconsiderando los demás. Luego, cambios están ocurriendo constantemente y exigen la adaptación de los actores sociales.

En ese punto, es interesante resaltar la sutileza de las modificaciones en la noción del instituto en estudio.

Savigny defendía que la teoría de la comunidad internacional no debería ser aplicada cuando se estaba delante de una ley absoluta o una ley de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria. En esa situación, el gran internacionalista solía decir que cada Estado debería ser considerado como un elemento absolutamente aislado. En la actualidad, cuando se trata de procesos de integración, existe una comunidad de Estados asociados, con objetivos comunes, que forman un nuevo paradigma de orden público, que exige una nueva mirada de los juristas antes de simplemente aplicarse la excepción mencionada. Hablase, ahora, de ver la región y considerarla como un producto unificado, que contiene los mismos principios y bases estructurales. Con eso, parece que el antiguo horizonte que consideraba cada Estado como un territorio independiente y aislado sufrió una ampliación, por lo menos en términos regionales.

Por ende, verificase que muchos conceptos están recibiendo nuevos aires y que el propio Derecho Internacional Privado necesita reacomodarse delante de esta nueva situación. Importante resaltar que según el doctor Ciuro Caldani,

"la gran complejidad de las soluciones del Derecho Internacional Privado tradicional es necesaria cuando las "distancias" son grandes, no cuando son relativamente pequeñas, como sucede, en distintos grados, en los procesos de integración o de globalización.

Si bien es cierto que la simplificación del Derecho Internacional Privado de este tiempo suele estar fundada, al punto de requerirse incluso el Derecho Privado de la Integración y un Derecho Privado Uniforme e incluso Unificado, también hay distancias muy significativas que son ignoradas por la abrumadora marcha globalizadora del poder económico mundial. Construir el Derecho Internacional Privado de la integración sin reconocer a la luz del Derecho Comparado las

---

<sup>45</sup> BIOCCEA, Stella Maris y otros. *Op. cit.* pp. 207

'distancias' reales, presentes y futuras, de los países participantes es riesgoso e injusto."<sup>46</sup>

En ese contexto de cambios, donde las relaciones económicas son cada vez más intensas y llevan necesariamente para el camino de la integración, es cada vez más difícil mantener la diversidad y el concepto tradicional de orden público.

De esta forma, hay que considerarse que en los procesos de integración, el orden público internacional de cada Estado se amplía y va más allá de sus fronteras territoriales, pues tendrá que proyectarse, ahora, en un orden público de la región, donde las disposiciones y principios imperativos del Estado deben convivir armónicamente con las disposiciones y principios extranjeros, en respeto mutuo.

Por eso, de acuerdo con el pensamiento de Adriana Dreyzin de Klor,

"la integración conduce a disminuir las barreras del orden público pues las características propias de estos procesos exigen mayor asimilación y acercamiento en las soluciones legislativas de los países miembros.

En orden al Derecho Internacional Privado se requiere mayor autonomía de las partes en lo que se refiere a la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable. La cooperación jurídica internacional debe facilitarse brindando mayores posibilidades de auxilio procesal y simplificando el reconocimiento y la ejecución extraterritorial de los pronunciamientos judiciales, administrativos y arbitrales.

Los obstáculos que se interponen en el camino hacia dicho propósito deben ser paulatinamente salvados."<sup>47</sup>

Siendo así, parece que el orden público, ahora considerado subregional, significa un nuevo orden jurídico con nuevos principios y valores, los cuales deben ser compartidos, una vez que se busca la cooperación internacional, la igualdad, la solidaridad, la libertad y el espíritu de comunidad como fundamentos del espacio asociado.

En otras palabras, en el intento de construirse realmente un espacio que congregue ideales comunes y que busque evitar la fractura de la humanidad amenazada por el mercado mundial, debe haber una cohesión de valores propios del bloque que sea respetada por todos sus integrantes.

No es demasiado reiterar el pensamiento del doctor Ciuro Caldani según el cual:

---

<sup>46</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel. *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998. pp. 23

<sup>47</sup> DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *Op. cit.* pp. 519

“un régimen justo ha de satisfacer la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los seres humanos. Sin desconocer la unicidad de cada hombre y de cada pueblo e incluso enriqueciéndola, la integración debe apreciar también la igualdad y atender a la formación de una nueva comunidad. En nuestro caso hay que promover, en consecuencia, el respeto a la igualdad y la comunidad de todos los hombres del Mercosur.”<sup>48</sup>

Así, para la consecución de esos objetivos, no es incorrecto decir que el orden público, bajo el nuevo paradigma, debería ser menos exigente en los procesos de integración, una vez que está en juego no solamente la identidad de un Estado, pero sí, la identidad de toda una región. Y eso requiere una gran habilidad diplomática entre todas las naciones pertenecientes al bloque para la compatibilización de intereses y también para la asimilación cultural.

Empero, la diversidad de los Estados exige una compleja regulación jurídica, aún más cuando se camina en dirección a la uniformidad del derecho, como lo es en la Unión Europea, o a la armonización de las legislaciones internas, tal como preceptúa el Tratado de Asunción. En ese punto, adquiere fundamental importancia la excepción de orden público, en tanto y cuanto sea utilizada para la defensa de la identidad de un Estado o de una región, como garantía de respeto a la diversidad.<sup>49</sup> Conforme Ciuro Caldani, “hoy parece necesario superar la globalización/marginación en procesos que conduzcan a la *universalidad* respetuosa de las particularidades.”<sup>50</sup>

De este modo, en un mundo globalizado, que exige soluciones inmediatas que exceden los límites territoriales de un Estado y que tiene la economía como denominador común, la reserva del orden público tiende a limitarse. El sentido de respeto al elemento extranjero, en una comunidad internacional, adquiere otros contornos en un intento de ablandamiento de las diferencias entre las naciones y de respeto a las distintas culturas.

## Bibliografía

---

<sup>48</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur*. Op. cit. pp. 29

<sup>49</sup> Respecto de esa cuestión, según el doctor Ciuro Caldani “aunque formalmente el Derecho Internacional Privado se abre en principio a todas las diversidades, cuando éstas son ‘excesivas’, como sucede cuando se sale del denominador común occidental y se entra a otros sistemas jurídicos, recurre al orden público, sea a priori o a posteriori.” (CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Nuevas Reflexiones sobre las Bases y la Evolución del Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado Argentino*. In: Investigación y Docencia. N° 37. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997. pp. 50)

<sup>50</sup> CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Bases Culturales del Derecho Comparado*. In: Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. pp. 127

AINHOREN, Lea. *Soberania e ordem jurídica supra-nacional no Mercosul*. Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4744>, acceso en 14/02/2008.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIOCCA, Stella Maris y otros. *Lecciones de Derecho Internacional Privado: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

BUCHER, Andreas. "L'ordre public et le but social des lois em Droit International Privé." In: Recueil de Cours, tomo 239, 1993.

CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Bases Culturales del Derecho Comparado*. In: Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Filosofía del Derecho de la Integración y del Mercosur*. In: CIURO CALDANI, Miguel Angel. *La Filosofía del Derecho en el Mercosur: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado*. Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas, 2003.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Nuevas Reflexiones sobre las Bases y la Evolución del Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado Argentino*. In: Investigación y Docencia. N° 37. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

DE KLOR, Adriana S. Dreyzin. *El orden público subregional*. In: Revista de Derecho Privado y Comunitario. vol. 12. Santa Fe: Rubinzal – Culzone Editores, 1996.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (parte geral)*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado: derecho de la tolerancia*. 8ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1992.

REALE, Miguel. *Sentido da Filosofia do Direito no Mercosul*. In: CIURO CALDANI, Miguel Angel. *La Filosofía del Derecho en el Mercosur: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2003.