

Revista número 86–87. Año 1956

La noción de orden público en el derecho privado positivo

Eduardo A. Pérez Llana

Profesor titular de Derecho Civil III,
de Economía Política y de Derecho Agrario

1. Introducción

a. La noción de «orden público» y su importancia en el derecho

Hay en el derecho nociones fundamentales que a diario se manejan como si su naturaleza fuese perfectamente conocida, e intergiversable su significación; se les reconoce elasticidad —y en la gradación de esta suele haber diversidad en las opiniones— pero existe un tácito y general acuerdo en dar por conocidas las líneas fundamentales de esas nociones.

En derecho, como en muchas otras ciencias —principalmente las culturales y morales— ocurre que las palabras de más importante y trascendental significado se manejan rutinariamente, a pesar de que en este manejo mecánico le pone en juego el concepto mismo del derecho, su fundamento y su objeto.

La noción de orden público ha de colocarse en esta especie: de su existencia y funcionamiento nadie duda, pero su sentido esencial es poco menos que desconocido.

Es que para dar el concepto de orden público debe tenerse, primeramente, un concepto valedero del derecho; del mismo modo puede decirse que la noción que se acepte de orden público llevará, por vía indirecta, a una concepción especial del derecho.

Junto con otras nociones fundamentales —justicia, bien común, seguridad— el concepto de orden público se encuentra en las entrañas mismas del derecho y sigue la suerte de este; a veces le sirve de protección en el avance y otras de respaldo en la retaguardia. Vive del derecho y, a su vez, preserva la vida de este.⁽¹⁾

Pero no hay duda de que así como es importante, así resulta de discutida —cuando es tratada por los maestros— esta noción que nos ocupa: «Si esta noción es general y fundamental, también es muy oscura, y del mismo modo extremadamente controvertida. Por lo mismo que es fundamental, es controvertida».⁽²⁾

⁽¹⁾ Pascanu, Philippe, *La notion d'ordre public – par rapport aux transformations du droit civil*, París, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1937, p. 219.

⁽²⁾ *Ibíd.*, pp. 1 y 2.

b. Imposibilidad de estudiarla sin recurrir a una Filosofía

Del mismo modo que no se puede llegar a un concepto satisfactorio de lo que es el derecho, si no se recorre una cierta Filosofía del Derecho, así también resulta imposible alcanzar una noción convincente del orden público si no se hace Filosofía Jurídica.

¿Por qué? Hemos dicho ya que la noción de orden público es fundamental en el Derecho, y tal afirmación habrá de quedar ratificada en nuestro estudio. Asimismo hemos expresado que el concepto de orden público dependerá del concepto que se tenga del Derecho, por la sencilla razón de que la naturaleza de una parte dependerá de lo que sea la naturaleza, del todo. Es decir, en definitiva, que resultará necesario llegar al conocimiento de la naturaleza del derecho; esto último implicará, al mismo tiempo, estudiar su fundamento y finalidad. Estamos en plena Filosofía del Derecho.

Solo por este camino será posible alcanzar una noción universalmente válida sobre orden público, objetivo que muchas veces ha sido olvidado por quienes se limitaron a trazar el ámbito del orden público en un derecho positivo determinado.

c. El concepto de orden público dependerá de la solución filosófica

Como corolario de lo brevemente expuesto resulta que según sea la concepción filosófica del derecho será a su vez la noción de orden público.

De ahí que estimemos inadmisibles las apreciaciones del orden público reduciendo su estudio al ámbito de un derecho positivo cualquiera; con este criterio se podrá alcanzar, a lo más, la extensión del orden público en un tiempo y lugar determinados, pero no un concepto aplicable a cuantos regímenes existe, pasaron o sobrevendrán.

Preferimos, pues, la solución filosófica y no la solución circunstancial. Esta última podrá ser más útil, en lo inmediato, al delimitar dentro de un Derecho vigente lo que se entiende por esfera del orden público; pero cuando se trata de justificar esa esfera y de darle un sentido que resulte racional y lógico en todo tiempo y lugar, el derecho positivo vigente, por sí solo, no puede dar una solución satisfactoria.

Se dirá que para obtener el resultado apetecido será menester ir demasiado lejos, a través de la Filosofía del Derecho, para de allí descender, deductivamente, y explicar y justificar —a la luz de principios más generales previamente aceptados— la naturaleza y finalidad del mecanismo del orden público. Pero, aunque largo, ese será el camino seguro.

En nuestro intento no haremos todo el recorrido ascendente; como se estila en casi todas las investigaciones, partiremos de principios admitidos, o que juzgamos admisibles. Escogeremos las orientaciones que juzgamos más acertadas que otras —a las que aludiremos de paso— y a través de ellas nos formaremos un concepto de orden público.

Insistimos: la justificación acabada y completa de un concepto de orden público solo se hallaría a través de todo un tratado de Filosofía del Derecho. Sin embargo, y para ceñirnos a nuestro tema, abreviaremos esa Filosofía, escogeremos sus más importantes conclusiones, y con tales datos redondearemos nuestra definición de orden público.

2. Primera parte. Ubicación del problema a estudiar

A pesar del alcance universalista que deseamos dar a la noción que del orden público nos formaremos, debemos advertir que no será nuestro objeto la investigación del concepto en todo el campo del Derecho, sino en un aspecto del mismo: el derecho privado Positivo.

Este objetivo no es contradictorio con lo que hemos venido expresando, porque no nos referiremos a un determinado derecho privado positivo, sino a este en general, de modo tal que las conclusiones resulten aplicables al derecho privado vigente, al pretérito y al futuro.

Pero no es posible, sin más, avanzar en nuestras afirmaciones sin analizar los adjetivos que acabamos de agregar a la palabra «derecho». Y si nuestra pretensión es indagar sobre el derecho privado, Positivo, y, desde luego, Interno, corresponde recordar brevemente varias dualidades: derecho público–derecho privado; derecho natural–derecho positivo; derecho internacional–derecho interno.

a. Derecho privado

Desde ya los adjetivos «público» y «privado» importan adoptar un punto de vista: la real dualidad de la distinción entre derecho público y derecho privado. No obstante las razones poderosas de la doctrina que niega fundamento a la clásica distinción,⁽³⁾ parécenos que debe aún mantenerse, si bien reconociendo que las raíces de ambas ramas son únicas: el derecho público y el derecho privado son dos categorías de un único derecho, cuyo objeto es ordenar el bien común.⁽⁴⁾ En cuanto al criterio de la dificultad existe desde el derecho romano;⁽⁵⁾ pero creemos que ella no ha de ser factor decisivo para renunciar al distingo. Sin ánimo de tomar partido, pero reconociendo su valor y su utilidad para disipar esta controversia, admitimos —al solo fin propuesto, de establecer unas bases previas a nuestra incursión— la opinión de Coviello, según quien el criterio correcto de distinción es este: si los sujetos de la relación jurídica, o uno de ellos, es persona que ejerce el *ius imperii*, la relación es de Derecho Público; si, en cambio, ninguna de las personas tiene ese *ius*, o si teniéndolo no lo usa en el caso, la relación es de derecho privado.⁽⁶⁾

Admitida la esfera del derecho privado, es necesario definirla. Por supuesto, toda definición trasunta una doctrina cuyos fundamentos se anticipan o siguen a tal definición. De este modo, justificar una definición nos llevaría demasiado lejos, y no es imprescindible a nuestro objeto; nos remitimos, pues, a la que da Hernández Gil al expresar que el derecho privado «es aquel que, participando de las nociones señaladas como comunes a un concepto unitario del derecho, tiene por contenido la esfera de actividad reconocida al individuo, como actuación de su personalidad y de su voluntad en sus relaciones con los demás, dentro de la comunidad».⁽⁷⁾ Como instituciones a las que primordialmente se refiere el derecho privado han de señalarse; la persona, la familia y el patrimonio.

⁽³⁾ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*; trad. de Luis Legaz y Lacambra (Barcelona, Labor, 1934). Duguit, León, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon* (París, 1912). *Ibid.*, *Las transformaciones del Derecho Público*; trad. de Adolfo Posada y Ramón Jaen, 2a ed. (Madrid, 1926). Legaz y Lacambra, Luis, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona, 1943), p. 307 y ss. Spota, Alberto, *Tratado de derecho civil*, T. 1, Vol. I (Buenos Aires, Depalma, 1947). Hernández Gil, Antonio, *El Concepto de Derecho recito Civil* (Madrid, Revista de derecho privado, 1943), p. 63 y ss. Coviello, Nicolás, *Doctrina General del derecho civil* (Méjico, UTEHA, 1938), pp. 12 y ss. Los dos autores citados en primer lugar niegan razón de ser al distingo; en los demás pueden verse distintos puntos de vista acerca del criterio de distinción.

⁽⁴⁾ Hernández Gil, *op. cit.*, p. 75.

⁽⁵⁾ *Ibid.*, pp. 63 y ss.

⁽⁶⁾ Coviello, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁽⁷⁾ Hernández Gil, *op. cit.*, p. 76.

b. Derecho positivo

Se pregunta si puede concebirse un derecho que no sea positivo, es decir, de vigencia inmediata y coactiva. Contestando afirmativamente se admite la existencia del derecho natural, acerca de cuya realidad y contenido se han suscitado tantas polémicas.⁽⁸⁾

Según Ulpiano, el derecho privado comprendía: el derecho de gentes, el derecho natural y el derecho civil.⁽⁹⁾

Cicerón (*De República*) advierte magistralmente sobre la realidad de una ley inderogable por los legisladores y superior a la dictada por estos.⁽¹⁰⁾

En Santo Tomás se define la ley natural como «participación de la ley eterna en la criatura racional».⁽¹¹⁾ El derecho civil, según esta doctrina, deriva de la ley natural como particular

⁽⁸⁾ Acerca de tan vasto tema tenemos presentes las obras de Renard, Desqueyrat, Le Fur, Gény, Cathrein, Dabin, Beaudant y muchos otros que, ya sea en tratados generales, ya en monografías especializadas, se han referido a la cuestión. Para Dabin (*La Philosophie de l'ordre juridique positif*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929) el derecho natural se resume formalmente en los primeros principios y reglas más generales de la moralidad (pp. 311 y ss.). Renard sostiene que el derecho natural «se halla en nosotros como los primeros principios del conocimiento, la identidad y la razón suficiente; el derecho natural es un dato específico de la razón humana» (*La valeur de la loi*, París, Sirey, 1928; p. 16). El derecho natural, según el mismo autor descansa en la indisoluble solidaridad del derecho individual y del derecho social (Ibíd., p. 24). En otra de sus obras, Renard asimila el derecho natural a la Justicia o la moral social (*El Derecho, la Justicia y la Voluntad*; trad. de Santiago Cunchillos Manterola; Buenos Aires, Desclée, 1947, p. 73), y afirma que el derecho positivo es una interpretación del derecho natural influida por las condiciones del medio social, por las posibilidades y conveniencias de la coacción, y por la preocupación de consolidar el orden establecido (Ibíd., p. 75). Debe ser puesta de relieve la preocupación de Renard por advertir que la perfección del derecho natural no se debe buscar, como quieren algunos, en los pueblos primitivos; por el contrario, el derecho natural avanza y se perfecciona a medida que la civilización progresa (*El Derecho, el Orden y la Razón*; trad. de Santiago Cunchillos Manterola; Buenos Aires, Desclée, 1947, p. 28). Beaudant, preocupado por hallar el contenido del derecho natural, exclama: «¡Una dirección! Es esto, en efecto, todo lo que da y puede dar el derecho natural, todo lo que se puede y debe esperar de la Filosofía del Derecho. Una cosa son las verdades permanentes y universales, o principios en el verdadero sentido de la palabra, y otra las consideraciones múltiples y variables de utilidad, conveniencia, finalidades, que debe tener en cuenta la legislación» (*Le droit individuel et l'Etat*; 3a ed. París, Rousseau, 1920, p. 36). Un autor francés contemporáneo —Alfred Coste-Floret— se ocupa del tema en su obra *Les problèmes fondamentaux du Droit* (París, Dalloz, 1946) y admite la existencia de la ley natural cuya fijeza resulta de la misma naturaleza humana; pero si el derecho natural es, en sí mismo, fijo, «la noción que nos hacemos de él a la luz de la razón es progresiva» porque tal noción sigue a la perfección humana (p. 60). Añade Coste-Floret que el derecho natural es, por definición, conforme a la Moral, pero no es de igual naturaleza que esta: la fuente del derecho natural es de orden natural, mientras que la de la Moral es de orden sobrenatural (p. 70). Cathrein (*El derecho natural y el positivo*; Madrid, Reus, 1916) entiende que los principios fundamentales del derecho natural son: dar a cada uno lo suyo y no causar daño a nadie; todo lo que de estos principios derive por conclusión necesaria, e independiente de toda revelación o de todo ordenamiento positivo, pertenece al derecho natural en su aspecto objetivo. En el aspecto subjetivo del derecho natural, corresponde a la esfera de este la totalidad de las facultades jurídicas que pertenecen a uno inmediatamente por razón del derecho natural objetivo y por razón de la naturaleza, misma (p. 199).

⁽⁹⁾ Asimismo entre la vasta bibliografía sobre el tema, resultan interesantes los trabajos de Luis Mendizábal y Martín (El indestructible derecho natural) y de Alfredo Mendizábal Villalba (La teoría jurídica de la ley según Domingo Soto) contenidos en los *Studi Filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio* (Modena, 1930, pp. 100 y 111).

⁽¹⁰⁾ *Digesto*, I, 1, 2.

⁽¹¹⁾ «Hay una ley verdadera, la recta razón, conforme con la naturaleza, difundida en todo, constante y sempiterna, que llama al deber, ordenando; que aparta del alma prohibiendo; la cual, sin embargo, si ni ordena ni prohíbe en vano a los buenos, no cambia ni por sus órdenes ni por sus prohibiciones a los malos. No es permitido abrogar esta ley, ni derogarla en parte, ni abrogarla en todo; no podemos dispensarnos de ella ni por el Senado ni por el pueblo; ni se debe buscar un Sexto como su comentador o intérprete; ni es una en Roma y otra en Atenas; ni una ahora y otra mañana; para todos los pueblos y para todos los tiempos es una ley única, sempiterna e inmutable, y de ella solo hay un legislador común, aquel que es el señor y emperador de todas las cosas, Dios; el cual es el autor de esta ley, el juez y el portador. Quien le desobedece se reprueba a sí mismo, y por esta rebelión contra su propia naturaleza de hombre sufrirá las más atroces penas aun cuando escape de otros suplicios».

⁽¹²⁾ Santo Tomás, *Tratado sobre La ley* (e. 91, a. 2).

y concreta, mientras que el derecho de gentes deriva como conclusión directa. De ahí la triada la Edad Media: derecho natural, derecho de gentes, derecho civil.

La doctrina del derecho natural se laicizó con Grocio; se racionalizó más tarde con Rousseau, Kant y demás filósofos del siglo XVIII; tomó perfiles distintos con Stammler que señala un paso de transición— para presentarse modernamente rejuvenecido con Géný, Saleilles, Renard, Leclerq, Desqueyrat, Le Fur.⁽¹²⁾

Una posición interesante es la adoptada, al respecto, por Dabin; según él, no se concibe otro derecho jurídico que no sea positivo; no hay derecho natural, sino derecho moral natural.⁽¹³⁾

En verdad, tal vez una de las causas de la confusión esté en la denominación. Sería preferible hablar de «ley natural», entendiendo la ley como «cierta regla y medida de los actos»⁽¹⁴⁾; se ha de dejar la palabra «Derecho» para designar un orden jurídico, o, en palabras de Coviello, un «orden de las acciones encaminadas a la satisfacción de los varios intereses humanos, establecido y garantizado por la autoridad social».⁽¹⁵⁾

Resultaría incompleta esta digresión si no se hiciera una breve referencia a la corriente que, bajo diversos puntos de vista, afirma la unicidad absoluta del Derecho. Recordemos a Duguit, renegando de la clásica noción de derecho, por teológica, metafísica, inmoral y anárquica, para afirmar la existencia exclusiva de la «regla de Derecho» nacida de la interdependencia social. Y en otro campo completamente distinto, el normativismo de Kelsen, tratando de pulverizar los dualismos Estado–derecho, derecho objetivo–derecho subjetivo, derecho público–derecho privado, como resabios del viejo derecho natural.⁽¹⁶⁾

Por nuestra parte rechazamos el absolutismo del derecho positivo, y compartimos la opinión de quienes admiten la existencia real de un derecho inmutable, anterior y superior a la ley positiva, orientador y límite de esta; Derecho que, para evitar equívocos, habría, de ser llamado «ley natural», con el contenido y fuerza que le asigna el magnífico párrafo ciceroniano. Esta ley no permanece inmóvil, porque no es muerta, sino que, marchando con la civilización, penetra en ella sin perder su propia naturaleza: al contrario, se desarrolla y perfecciona con el progreso.⁽¹⁷⁾

Al hablar, pues, de derecho positivo, no asignaremos a este adjetivo la idea de absoluto y exclusiva, sino que lo tomaremos como el aspecto contingente del derecho, limitado y orientado por la ley natural.

c. Derecho interno

La existencia del derecho internacional, aparte del derecho positivo interno de cada país, hace necesaria una aclaración respecto del alcance del sector «orden público» que nos proponemos deslindar.

⁽¹²⁾ Véase una exposición panorámica de esta corriente en *Filosofía del Derecho*, de Martín Ruiz Moreno (Buenos Aires, Kraft, 1944), pp. 479 y ss.

⁽¹³⁾ Dabin, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

⁽¹⁴⁾ Santo Tomás, *op. cit.* (e. 90, a. 1).

⁽¹⁵⁾ Coviello, *op. cit.*, p. 3.

⁽¹⁶⁾ «En el fondo, la expresión «Derecho objetivo» es un pleonismo. Un Derecho no objetivo no podría ser Derecho» (Kelsen, *op. cit.*, p. 71). «Los sujetos de Derecho no están frente al orden jurídico como esencias distintas de él, sino dentro del mismo, como partes de un todo» (*Ibid.*, p. 109).

⁽¹⁷⁾ Renard, *El Derecho, el Orden y la Razón* (p. 28). Coste–Floret, *op. cit.* (p. 60).

En nuestro propósito excluirémos la determinación del concepto de orden público en el Derecho Internacional, para circunscribirlo al derecho positivo Interno.

Aunque las palabras empleadas sean las mismas, hay una diferencia específica entre el orden público interno y el orden público internacional. Sin ahondar en este distingo, pero sí con el ánimo de dar un justificativo a nuestra posición, hacemos nuestra la idea de Renard: «Por sobre el Orden, Público nacional que es sobre todo un Orden político, hay un orden público de los pueblos civilizados: y este es, sobre todo, un Orden moral».⁽¹⁸⁾

3. Segunda parte. Lo que se tiene entendido por «orden público»

Como esta materia ha sido objeto de estudios generales y particulares, es correcto recordar las doctrinas más representativas antes de pasar a exponer nuestro punto de vista. No haremos un recuento exhaustivo, sino una breve reseña ilustrativa.⁽¹⁹⁾

Vareilles–Sommières. Este ilustre autor se refirió concretamente al tema del orden público en su trabajo «Las leyes de orden público y las derogaciones a las leyes», publicado en el año 1899. Analiza los términos «orden público» y estima que los mismos pueden tener estos significados: paz pública, orden racional de las cosas, o bien público; y como estos objetivos son buscados por todas las leyes, se deduce que toda ley es, en rigor, de orden público. Traslada el problema que consistía en distinguir las leyes «interpretativas» de las leyes de «orden público», a este otro: leyes que se refieren a derechos renunciables, y leyes que se refieren a derechos no renunciables. Y se detiene a estudiar los casos en que la renuncia a los derechos no es admisible.⁽²⁰⁾

Corresponde observar que esta tesis no resuelve el problema. En primer lugar porque queda por ver cuál es la razón del distingo entre «derechos renunciables» y «derechos no renunciables». En segundo lugar —y esto es lo más importante— el análisis de las «leyes de orden público» no ilustra acerca de la naturaleza de ese invocado orden público, sino que se concreta a estudiar un cierto tipo de leyes; indudablemente hay gran trecho entre el estudio de una noción fundamental en el Derecha Privado Positivo y el análisis de una categoría de leyes: casi hay la diferencia que existe entre substancia y accidente.

René Capitant. En su obra «Lo ilícito» se refiere a la imperatividad de las leyes, distinguiendo dos grados: imperatividad categórica e imperatividad condicional. La verdadera ley tiene imperatividad categórica; las leyes declarativas y supletivas llevan consigo menos fuerza. Atribuye a la Política la función de dar distinta gradación de fuerza a las leyes. Cuando nos reframamos a la ley de orden público habremos de sostener una opinión similar a la de este autor. Igualmente, al tratar la razón de ser de la noción orden público habremos de poner a descubierto su tonalidad política, aspecto que acertadamente destaca Capitant.

Sin embargo, no encontrarnos aquí una satisfactoria explicación de los términos que venimos analizando; no es esta sino una observación circunstancial, ya que nuestro autor no se proponía hablar particularmente de ellos sino de lo ilícito.

⁽¹⁸⁾ Renard, *La valeur de la loi*, p. 168.

⁽¹⁹⁾ Un análisis de las doctrinas sobre el orden público, y la ley de orden público, puede verse en Aráuz Castex, Manuel, *La ley de orden público* (Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1945).

⁽²⁰⁾ Vareilles–Sommières, *Las leyes de orden público y las derogaciones a las leyes* (Rev. de Lille, 1899).

Henri Capitant. Este tratadista hace de las leyes el siguiente distingo: 1) leyes dispositivas; 2) leyes imperativas o prohibitivas; 3) leyes supletorias. Las primeras, son normas que no chocan con la voluntad individual porque no se refieren a contratantes. Las segundas son objeto, a su vez, de otro distingo: leyes de orden público y leyes de protección a los débiles. La del tercer grupo son las llamadas interpretativas.⁽²¹⁾

En rigor, las divisiones que hace H. Capitant podían reducirse a dos: leyes de orden público y leyes supletorias.

Pero lo que se pretende y se busca no es, precisamente, obtener una clasificación de las leyes sino la naturaleza de esa realidad —orden público— que las califica. Tal noción no es privativa de las leyes sino que se adentra, como ya vimos, en todo el derecho privado positivo.

Pascanu. En el interesante estudio que sobre el tema hace este autor se lee: «La realización del plan político moviliza toda la voluntad social. Los derechos subjetivos que resultan de este plan, de este orden objetivo, no son derechos sino por el hecho de que la opinión de las masas tiene a bien considerarlos como tales. Los derechos subjetivos son el reflejo, sobre el plano individual, del orden objetivo y de la voluntad social». ⁽²²⁾ Y poco más adelante: «Esto nos aproxima considerablemente a la noción de orden público: todos los autores, no obstante la diversidad de sus opiniones, están de acuerdo en decir que la noción de orden público es la expresión más completa de la voluntad colectiva». ⁽²³⁾ Sostiene que el orden jurídico y el orden público coinciden, si bien cabe destacar —según él mismo— que el orden público no coincide con la ley... pero sí con el derecho positivo. ⁽²⁴⁾

Estimamos acertada la tesis de Pascanu en estos puntos: a) En cuanto no se limita a conjugar la noción de orden público con la ley solamente; b) En cuanto destaca la participación preponderante del «plan político» en la concreción del orden público; c) En cuanto afirma que la noción de orden público «no puede tomarse sino en tanto que es función». ⁽²⁵⁾

Pero son objetables algunas conclusiones, y frente a ellas observamos: 1) Que los derechos subjetivos no son tales porque las masas tengan a bien reconocerlos, sino que existen en función de la naturaleza humana y para servir a los fines de esta; 2) Que el orden jurídico y el orden público no coinciden, según demostraremos luego. ⁽²⁶⁾

Salvat. El recordado maestro, al aludir ligeramente a este concepto manifiesta que «La noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida...». ⁽²⁷⁾

La definición tiene la virtud y el defecto de ser genérica. Aparte de ello hace suyo el mérito de no concretarse exclusivamente a la ley, sino que configura una noción aplicable a todo el derecho positivo.

⁽²¹⁾ Capitant, Henri, *Introduction a l'étude du droit civil*, 4a ed. (París), pp. 60 y ss.

⁽²²⁾ Pascanu, *op. cit.*, p. 217.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 217.

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, p. 218.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, 17.

⁽²⁶⁾ *Infra*, p. 261.

⁽²⁷⁾ Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil Argentino*, Parte General, 8a edición, T. I (Buenos Aires, La Ley, 1947), p. 140.

Sin embargo, creemos que la noción estudiada no es un «conjunto de principios» sino una cubierta protectora del orden jurídico, como más adelante expondremos con mayor detenimiento.⁽²⁸⁾

Aráuz Castex. En su estudio sobre «La ley de orden público» analiza y critica las doctrinas de varios autores, concretándose en su tesis —como el mismo título indica— al estudio de la ley llamada de orden público, abreviando así su pensamiento: «No es necesario definir el orden público, para discriminar el alcance imperativo de las leyes; debe definirse y precisarse el alcance de la libertad de contratar, las facultades que comporta la propiedad y la medida en que deben ser respetadas las reglas del derecho internacional privado, determinando así un campo que se substraerá al imperio de las leyes».⁽²⁹⁾

Pero es precisamente la noción —orden público— que este autor elude definir, la que pretendemos nosotros alcanzar. Está en lo cierto Aráuz Castex al decir que no es necesario definir el orden público para saber cuál es la imperatividad de las leyes: sobre el particular es consecuente con su punto de vista. Sin embargo —lo repetimos— nuestro propósito no se ve satisfecho con este enfoque: aspiramos a alcanzar la noción, indefinida pero admitida, de orden público.

Martínez Paz. Afirma este autor la vinculación entre nuestro estudio y la Filosofía, punto de vista que ampliamente compartimos.⁽³⁰⁾ Asimismo creemos exacto el parecer de Martínez Paz que entiende que el orden público se caracteriza conforme a criterios nacionales.⁽³¹⁾ Advierte sobre la dificultad para dar una definición de orden público, y provisoriamente lo determina como «la parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad».⁽³²⁾ «El orden público para el legislador está contenido en los fines esenciales del orden jurídico, y para el juez en el espíritu de la legislación».⁽³³⁾ Es de opinión que el legislador no puede por su solo arbitrio dar a una norma el carácter de orden público, sino que este debe surgir de la naturaleza de la norma. Citando a Levi expresa que el orden público es el fin del orden jurídico.⁽³⁴⁾

Por nuestra parte discrepamos con la tesis precedente por cuanto entendemos: 1) que el orden público no es tanto «contenida» cuanto «función»; 2) esa función opera no solamente en defensa de los fines «esenciales» de la colectividad sino también protegiendo normas de valor subalterno.

Levi. El título del trabajo en que este autor encara nuestro tema —«El orden público como objeto esencial de todo orden jurídico»— revela, ya el desenlace de la tesis. En efecto: afirma Levi que el orden público no es un concepto jurídico sino un concepto esencialmente político porque «representa el objeto de todo orden jurídico».⁽³⁵⁾ Agrega que el orden público no es un sistema de relaciones, sino un «bien» —«bien público»,

⁽²⁸⁾ *Infra*, pp. 279 y ss.

⁽²⁹⁾ Aráuz Castex, *op. cit.*, p. 45.

⁽³⁰⁾ Martínez Paz, Enrique, *El concepto del orden público en el derecho privado Positivo*, en Revista del Colegio de Abogados de Buenos, 1942, p. 655.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 672.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 674.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 678.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 678.

⁽³⁵⁾ Levi, Alejandro, *L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique*, en el *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique*, T. III, (1937–1938) sobre Le but du Droit: Bien Commun, Justice, Sécurité (París, Librairie du Recueil Sirey, 1938), p. 71.

mejor dicho— que representa el bien público por excelencia.⁽³⁶⁾ Cree, asimismo, que el orden público es la condición necesaria, y suficiente para que un orden jurídico pueda existir y subsistir.⁽³⁷⁾

Participarnos de la opinión de Levi cuando manifiesta que el orden público es un concepto político. Pero creemos que hay otras conclusiones inaceptables. No puede decirse que el orden público sea el bien por excelencia, a menos que se confunda el orden público con el bien común, posibilidad que suele producirse y que más adelante habrá, de ser objeto de alguna dilucidación.⁽³⁸⁾

4. Tercera parte. Lo que no debe ser conceptualizado como «orden público»

a. Orden jurídico y orden público

El parecido de los términos nos lleva a analizar y comparar los dos conceptos a que responden. Y cabe preguntar: ¿Es lo mismo orden jurídico y orden público? ¿El orden público es un sector del orden jurídico? ¿O el orden jurídico es una parte del orden público? ¿O, en definitiva, son dos conceptos de naturaleza distinta?

Entendemos que orden jurídico —ordenamiento jurídico— y derecho positivo son términos equivalentes: «...derecho, como conjunto de los mandatos concretos o abstractos que posee una sociedad, y ordenamiento jurídico son la misma cosa».⁽³⁹⁾

Más adelante veremos qué entendemos nosotros por orden público. Desde ya observamos —anticipando la conclusión— que como creemos que el orden público es una función estatal de protección hacia un ordenamiento jurídico, lógicamente resulta que a las preguntas con que iniciamos este apartado debe responderse así: ordenamiento jurídico y orden público son términos que indican «contenido» y «función» respectivamente; son distintos aunque actúen juntos muchas veces.

Una de las causas de la confusión reside en el hecho de que en ambos casos se incluye la palabra «Orden»; esta se utiliza correctamente cuando se refiere a ordenamiento jurídico, porque, efectivamente, este se concreta en un «orden» determinado, más o menos justo. Pero el llamado «orden público» no es un «orden» en el verdadero sentido de la palabra, sino que es una garantía estatal de estabilidad de un cierto orden jurídico: no debe confundirse lo protegido, con la función protectora.⁽⁴⁰⁾

Pero, por otra parte, debe advertirse que lo que se llama «orden público» no es una realidad que exista independientemente de un ordenamiento jurídico: como es «protección», «seguridad», existe *por y para* un cierto ordenamiento jurídico. De otro modo no tendría sentido, porque al carecer de finalidad perdería su forma: dejaría de existir.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 71.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 72.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, pp. 279 y ss.

⁽³⁹⁾ Carnelutti, Francisco, *Teoría General del Derecho*; trad. de Carlos Posada, (Madrid, Revista de derecho privado, 1941), p. 77.

⁽⁴⁰⁾ *Infra*, pp. 279 y ss.

b. El orden público y la ley de orden público

Tuvimos ya ocasión de observar que cuando se estudia la llamada «Ley de orden público» lo que se hace es analizar una cierta clase de leyes, pero no se llega a conocer qué es el orden público.

Ley de orden público es la ley que lleva una protección estatal inviolable; que la lleva porque el poder que gobierna la organización social estima conveniente —Política Jurídica— que tal norma sea particularmente protegida para que actúe inflexiblemente.

Por su naturaleza, la ley es imperativa; diríase, pues, que toda ley debiera ser de orden público. Pero tal carácter (imperatividad) no es de la esencia de la ley, y puede faltar en algunos casos. ¿Cuándo? Pues cuando el poder público juzga que no es imprescindible proteger en forma particular una regla determinada, ya que aunque la conducta no se ajuste a ella no sufrirán notoria mengua el bien común, la Seguridad ni la Justicia.

Toda ley, en rigor, debe tender al ordenamiento del bien común e inspirarse en la Justicia; pero estos últimos valores pueden realizarse en algunos casos al margen de una ley concreta, ya que el arbitrio privado puede obtener mejores resultados que los que con la ley se alcanza; y muchas veces tales bienes se logran más acabadamente cuantas menos sean las leyes que pretendan ayudar a alcanzarlos.⁽⁴¹⁾

Pero si el poder público, por razones de Política Jurídica, inviste a una ley con una protección de inviolabilidad y fuerza imperativa, la ley debe ser obedecida plenamente. ¿Siempre? En la medida que obligan todas las leyes, sin excluir algunas injustas, como luego veremos.

Qué objeto tienen, puede preguntarse, ¿las leyes que al no ser de orden público pueden ser dejadas de lado? Contribuir al ordenamiento del bien común, porque indican la manera de lograr el Orden a través de una idea de Justicia: a falta de un arbitrio privado que resuelva proceder de determinado modo, la ley supletoria resuelve el caso jurídico de antemano impidiendo el desorden y la injusticia.

En última instancia, siempre la conducta se ajusta a una ley —la de la libertad jurídica— en cuya virtud lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. Por otra parte cabe tener presente que ni el arbitrio particular ni el legal pueden prescindir de la ley fundamental existente en todo ordenamiento jurídico; ley fundamental que tiene carácter de orden público. Es decir, pues, que en todo momento actúa, más o menos directamente, la ley de orden público.

⁽⁴¹⁾ Para muchos autores, la proliferación de leyes es contraria a la finalidad del Derecho. Así, expresa Toulemon «Parece un hecho que este intervencionismo absorbente del Estado se produce en los pueblos en su nacimiento y también en su decadencia» (*El menosprecio de los contratos y la crisis*; trad. de José María Cantilo, Buenos Aires, Sudamericana, 1945, p. 102). En igual sentido Risolia (*Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1946). Hace cuatro siglos, Domingo De Soto (*De Iustitia et Jure*) escribía: «lo que principalmente debieran procurar los legisladores es no abrumar a los súbditos con multitud de leyes, sino contentarse con las puramente necesarias, porque la misma multitud las hace de suyo imposibles; y luego vienen a ser como telas de araña, con las cuales se cazan las moscas pero no los leones».

^{En} sentido contrario, Renard (*El Derecho, la Justicia y la Voluntad*, p. 46) que no cree incompatible la abundancia de normas con la libertad; Kelsen (op. cit., p. 58) para quien el Estado no solo trata de realizar la libertad «sino que él es la libertad, puesto que él es la ley jurídica».

c. El orden público y la ley injusta

Si la ley de orden público no puede ser marginada, porque el poder que la dicta y aplica la inviste de una Fuerza incontrastable, cabe preguntar: ¿debe ser obedecida, igualmente, una ley de orden público que sea injusta?

El problema es de por sí bastante grave y trascendental como para pretender dar su solución en unos párrafos. Pero su estrecha vinculación al tema hace que, al pasar, resulte conveniente prestarle por lo menos una cierta atención incidental.

¿Cuándo una ley es injusta? Según Santo Tomás, las leyes pueden ser injustas por dos conceptos: 1º) por ser contrarias al bien humano —por su fin, por su autor, o por su forma—; 2º) por ser contrarias al bien divino. En cuanto al primer caso, tales leyes no obligan en el fuero de la conciencia, pero han de ser obedecidas si con ello se evita el escándalo mayor o la perturbación; en cuanto al segundo caso, no es lícito observarlas en manera alguna.^[42]

Dabin entiende que es injusta la ley que no tiende al bien común y que, además, contraría la norma moral^[43]; admite que este criterio es un tanto indeterminado, pero cree poder analizar así dos tipos de leyes injustas: a) leyes contrarias a los preceptos de la moral; b) leyes que desconocen las normas de la moral política (leyes opresivas, leyes parciales).

¿Puede ser resistida una ley injusta? En general se admite la posibilidad moral y jurídica de la resistencia, que ha de cubrir prudentemente estas etapas: pasiva, defensiva, activa.^[44] Cuando la resistencia no es suficiente, la ley injusta termina por justificarse por sí misma —como un hecho— si es que no desaparece por otra causa.^[45]

¿Hasta qué punto puede un juez aplicar una ley injusta? La situación puede presentarse muchas veces cuando de leyes de orden público se trata, pues estas han de aplicarse hasta de oficio. Para responder a la pregunta hacemos nuestra la respuesta de Cathrein: los jueces, «que solo son funcionarios supeditados y han de juzgar conforme a su contrato según las leyes positivas, no pueden, ciertamente, hacerlo contra la ley positiva vigente. Conforme a eso también para ellos tiene fuerza el derecho natural, en tanto que constituye el fundamento permanente e indiscutible de todo derecho positivo. Rechácese todos los principios de derecho natural, como por ejemplo debe obedecer a la autoridad legítima; se debe dar cada uno lo suyo, etc., e inmediatamente pierden toda su fuerza obligatoria las leyes positivas. Fuera de eso tienen que observar los jueces que las leyes conforme a las cuales deben juzgar no sean notoriamente injustas. Si solo es dudosa la injusticia de la ley, el juez debe y tiene además que decidir, en general, conforme a la ley; pero si la injusticia

^[42] Santo Tomás, *op. cit.* (c. 96, a. 4).

^[43] Dabin, *op. cit.*, pp. 669 y ss.

^[44] *Ibid.*, p. 729.

^[45] *Ibid.*, p. 768–769. Renard (*La valeur de la loi*, p. 238) citando a Santo Tomás afirma que cuando la ley, escrita contra-dice al derecho natural, no obliga; está permitido resistirla, pero siempre que la resistencia no cause un escándalo o mal mayor que la misma ley injusta. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*) niega todo valor a la ley injusta, y reconoce en toda y cualquier persona el derecho a resistirla sin más trámite. Gény es de opinión que la ley injusta puede ser resistida en caso de atentado a los derechos individuales del hombre, como así también en el supuesto de injusticia evidente, grave, irreparable. En cambio, Berthelémy es contrario a la resistencia a la ley: «No admito que la ley deje de ser respetable... por el solo hecho de que se la pretenda contraria a la regla de derecho». San Isidoro de Sevilla (*Étimologías*, Libro V) declara que la ley debe ser: honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza, conforme a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil, manifiesta, para que no caiga alguien en engaño por su oscuridad, no acomodada a ningún interés privado, sino limitada a la común utilidad de la ciudad (Ismael Quiles, San Isidoro de Sevilla, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1915, p. 124).

de la ley es clara y evidente, no debe cooperar a su ejecución. El orden jurídico natural constituye el límite infranqueable del positivo. Puede todavía suceder hoy y ha sucedido hasta nuestros días, que se den determinadas leyes, notoriamente injustas, solo para opresión de minorías mal vistas y a cuya ejecución nadie puede cooperar sin hacerse cómplice. En semejantes casos, el juez con conciencia tiene que renunciar el cargo judicial».⁽⁴⁶⁾

d. orden público y Buenas Costumbres

Algunas veces se ha dicho que las buenas costumbres integran el concepto de orden público. Creemos totalmente equivocado este parecer. Las buenas costumbres suponen un modo corriente de actuar, acorde con las ideas morales y jurídicas de una colectividad; son un tipo de conducta. En cambio el orden público nada tiene de esto; es función jurídica que garantiza la integridad de un ordenamiento. Dentro de este ordenamiento pueden estar las buenas costumbres.

La función protectora (orden público) no debe confundirse con los valores protegidos.

5. Cuarta parte. El objeto del derecho

a. La Justicia

En la tercera sesión celebrada por el Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, los juristas más representativos de la época consideraron este inagotable tema: «El objeto del Derecho: bien común, Justicia, Seguridad».⁽⁴⁷⁾

La mayoría de los juristas se inclinó a tomar como objeto último del Derecho —en el sentido de «fin»— a la Justicia.⁽⁴⁸⁾

El término Justicia puede entenderse en dos acepciones: 1) como ánimo de ceñirse uno a los mandatos de la ley; 2) como ideal jurídico. En el primer caso se configura la «virtud» de la Justicia; en el segundo, lo «justo» objetivo.

En el sentido de «virtud», la Justicia reside en la voluntad; esta se inclina hacia el objeto luego de conocerlo. El objeto es la ley —ordenamiento de la razón— que cuando reúne todas sus exigencias esenciales resulta justa y verdadera: la Justicia vendría a ser la «forma» de la ley.

En el sentido de «ideal jurídico», la Justicia consiste en dar a cada uno lo suyo: lo suyo de cada uno, eso es lo justo. Tal es la Justicia conmutativa, única en la que «lo suyo» es absoluto, porque en las otras especies —distributiva, social— «lo suyo» es de contenido relativo.⁽⁴⁹⁾

Los clásicos preceptos del Derecho colocan al «dar a cada uno lo suyo» en el primer lugar. Pero ello no quiere decir que la Justicia conmutativa sea la única nota del Derecho.

⁽⁴⁶⁾ Cathrein, *op. cit.*, p. 245, 246. Contra: Stammler, Stahl.

⁽⁴⁷⁾ Véase el *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, T. III (1937-1938), *op. cit.* Un resumen de lo tratado puede verse en Claude Du Pasquier, *Introducción a la teoría general del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, trad. de Juan B. de Lavalle y Julio Ayasta González (Lima, 1944), p. 391 y ss.

⁽⁴⁸⁾ Casares (La Justicia y el Derecho; Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1945) opina que el derecho positivo no tiene por objeto la Justicia, sino dar a cada uno lo que le corresponde de acuerdo a su naturaleza, su situación en la sociedad y los imperativos del bien común. El Derecho es el Objeto de la Justicia, y no la Justicia el objeto del Derecho.

⁽⁴⁹⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 391.

Debe admitirse, necesariamente, la existencia de un derecho positivo injusto, en el cual la Justicia se vea pospuesta por exigencias de otra naturaleza y, además, de valor intrínseco inferior. Es que el Derecho debe tener presente, a más de la idea de Justicia, realidades como estas: posibilidades técnicas para dictar y aplicar una norma, eficacia práctica de la misma, oportunidad de su sanción en determinado tiempo, lugar, etc.⁽⁵⁰⁾

Pero la preeminencia orientadora de la Justicia no debe ser olvidada. Ya Cicerón lo advertía en este párrafo: «En primer lugar ha de cuidar el que gobierna un Estado de que cada ciudadano posea lo suyo, y que no padezcan detrimento los bienes de los particulares bajo el pretexto de utilidad pública».⁽⁵¹⁾

Tal es, por otra parte, el contenido primario del derecho natural. Este, que al decir de Renard es al mismo tiempo una barrera y un manantial de orientación⁽⁵²⁾, procura realizar el ideal de lo justo; acertadamente afirma Loukitch: «Si el derecho natural es objetivo, y, como tal, obliga al hombre, es porque realiza un valor objetivo, la Justicia, dice la escuela del derecho natural. La Justicia no existe como una pura forma, sino como un contenido: dar a cada uno lo suyo. Este es, pues, el contenido que representa el valor. El derecho natural se remite esencialmente a la justicia... El valor objetivo es la fuente de la fuerza obligatoria. Pero este valor se subjetiviza cuando pasa a ser el fundamento de esta fuerza».⁽⁵³⁾

Pero los conceptos se oscurecen un tanto cuando de las otras especies de Justicia se trata, particularmente cuando acude al tema la Justicia llamada «social», cuyas relaciones con el bien común son tan próximas. ¿Puede hablarse, en tal caso, de armonía entre la Justicia y el bien común? ¿O es que, en cambio, se mueven ambas fuerzas en viviente antinomia?

Renard rechaza de plano la pretensión de encontrar contradicciones entre la Justicia conmutativa —individual— y la Justicia social: «No hay —dice— sacrificio posible de la Justicia individual a la Justicia social, porque para ello sería necesario que una de esas dos justicias no fuese justa; no puede haber conflicto sino entre las codicias individuales y las pretensiones emitidas en nombre del cuerpo social, y es la Justicia, en resumidas cuentas, quien las resuelve; he aquí el orden».⁽⁵⁴⁾ La cuestión se reduce, en última instancia, a la ley universal del orden, en la que no puede haber contradicciones sino apariencias de contradicciones; la insuficiencia de los hombres y de los medios técnicos hacen que esas apariencias de contradicción pretendan categoría de oposición natural e insalvable. No es así: el afinamiento del sentido integral de la Justicia descubrirá progresivamente la realidad y validez universal de la norma primaria de Justicia —dar a cada uno lo suyo— coordinando el bien particular con el bien común, «lo suyo» individual con «lo suyo» social.

Estas consideraciones llevan insensiblemente a analizar el vínculo que existe entre un orden jurídico y la justicia. Hauriou se ha ocupado particularmente del tema⁽⁵⁵⁾, y a este autor seguiremos en lo que resta del capítulo; advertimos, desde ya, que el ilustre maestro no trata del «orden jurídico» sino del «orden social», pero los razonamientos y las consecuencias resultan lo mismo perfectamente aplicables al caso. «Aunque íntimamente ligados,

⁽⁵⁰⁾ *Ibíd.*, p. 153. Renard, *El Derecho, la Justicia y la Voluntad*, p. 75.

⁽⁵¹⁾ Cicerón, *Los Oficios* (Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1943), p. 119.

⁽⁵²⁾ Renard, *El Derecho, la Justicia y la Voluntad*, p. 77.

⁽⁵³⁾ Loukitch, Radomir D., *La force obligatoire de la norme juridique, et le problème d'un droit objectif* (París, Recueil Sirey, 1939), p. 51.

⁽⁵⁴⁾ Renard, *El Derecho, el Orden y la Razón*, p. 260.

⁽⁵⁵⁾ Hauriou, Maurice, *L'Ordre, la Justice et le Droit*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, T. 26 (año 1927), pp. 795 y ss.

el orden social y la Justicia no son una sola y misma cosa. A menudo un orden social determinado, o bien alguna institución de este orden social, son considerados injustos; a la inversa, hay ordenamientos sociales penetrados de justicia que no pueden subsistir porque no se adaptan a las exigencias elementales del orden social». ⁽⁵⁶⁾ Y más adelante: «La justicia tiene por objeto lo equitativo y lo bueno del jurisconsulto Pablo; pretende establecer entre los hombres, en las relaciones sociales como en las prestaciones, la mayor igualdad posible en vista del bien. El orden social, en tanto que es la realización de una idea (porque depende, además, de muchas necesidades) tiene por objeto la estabilidad del estado social. Así, de una parte, la Justicia tiene fines más bien individualistas y el orden más bien fines sociales; por lo demás, estos fines no tienen el mismo objeto». ⁽⁵⁷⁾ Hauriou estima que siempre ese «orden» lleva cierta dosis de Justicia, pero en la práctica hay otra dosis de Justicia «no incorporada» que pretende penetrar a dicho orden hasta revolucionariamente. ⁽⁵⁸⁾

Es que el derecho, como ya dijimos, no es pura Justicia. Derecho positivo es lo mismo que ordenamiento jurídico, y este realiza no solo el valor de la Justicia sino otros de diversa naturaleza e inferior jerarquía. La lucha natural —lucha de posiciones y no de eliminación— planteada desde siempre, se desarrolla entre la Justicia y los otros valores, como Seguridad y bien común, de modo tal que aquella pugna por establecer la primacía que su misma naturaleza le asigna. El ordenamiento jurídico será tanto más perfecto cuanto en mayor grado logre realizar la justicia.

Inicialmente, lo que se pretende realizar es un orden primario; ⁽⁵⁹⁾ eso es lo primero en el tiempo, pero en el camino de la perfección lo deseable es la Justicia sobre los otros valores. Esta perfección no implica lucha de aniquilamiento, sino lucha de posiciones: los valores secundarios no deberán perecer, estar subordinados al valor superior. En tal sentido pueden conciliarse los conocidos puntos de vista de distinguidos juristas que, por una parte, creen en la natural armonía de estos valores, ⁽⁶⁰⁾ y de otros que, por lo contrario, afirman la existencia de una viviente antinomia; ⁽⁶¹⁾ no habría ni una cosa ni la otra, y sí ambas al mismo tiempo pero desde diversos puntos de vista: por su naturaleza y jerarquía pueden coexistir sin eliminarse, en gradación que hace primar a la Justicia sobre los demás valores; pero en su realización práctica resulta indiscutible y evidente la puja entre esos mismos valores por ocupar la primacía, con suerte diversa según los tiempos y lugares.

b. El bien común

«¿Qué es el bien común? Una cosa muy simple, que es evidentemente parecida al buen sentido y que, por otro lado, comparte con él el privilegio de ser muy clara para los humildes y muy obscura para los soberbios». ⁽⁶²⁾ Así califica Renard a esta noción—clave, utilizada innumerables veces criticada no pocas.

⁽⁵⁶⁾ *Ibíd.*, p. 796.

⁽⁵⁷⁾ *Ibíd.*, p. 800.

⁽⁵⁸⁾ *Ibíd.*, p. 800.

⁽⁵⁹⁾ *Ibíd.*, p. 801.

⁽⁶⁰⁾ Delos, *Le Fur*, en la Tercera Sesión del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica (V. *Annuaire... op cit.*).

⁽⁶¹⁾ Radbruch, Gustavo, en la misma ocasión citada precedentemente, al tratar el tema: «Le but du Droit».

⁽⁶²⁾ Renard, *El Derecho, el Orden y la Razón*, pp. 63–64.

Una definición correcta nos parece lo que trae Dabin y expresa: «El bien común —que se opone al bien propio— es el bien de los individuos humanos en su conjunto, como se realiza normalmente en el cuadro y por intermedio de la sociedad política».⁽⁶³⁾

¿Y en qué consiste ese bien? Consiste, sobre todo, en «el conjunto de los medios de perfeccionamiento que la sociedad políticamente organizada tiene por tarea procurar a los hombres...».⁽⁶⁴⁾ O, como lo define Delos, es «el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede realizar su destino natural y espiritual».⁽⁶⁵⁾ Según un tercer punto de vista, es «la plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana perfecta».⁽⁶⁶⁾

Con lo que antecede hemos tomado una posición definida, por cuanto aceptamos la noción de bien común como «medio» al servicio del hombre íntegro, ya que este se encuentra al principio y al fin —y mejor aún: en el centro— del concepto de bien común.⁽⁶⁷⁾

Frente a esta posición «personalista» se hallan dos criterios equivocados: el individualista y el transpersonalista. El primero, que sacrifica el bien común al bien propio; el segundo, que hace del bien común —dígase, en sus variantes, progreso, cultura, o términos afines— la finalidad del hombre y de la sociedad. Contra este último error, que en el tiempo ha venido a ocupar el lugar del anterior, hacemos nuestra la crítica de Recasens Siches: «Hay que repudiar por antihumana toda concepción del bien común como algo diverso de la suma de los beneficios que corresponden a los sujetos individuales, como algo no referido a ellos, sino propio de una supuesta entidad superior a ellos. El bien común no puede ser justificadamente otra cosa que la mayor suma posible de los bienes que se atribuyan a todas las personas o al mayor número posible de ellas. Es, pues, de suma importancia proyectar la concepción humanista a la idea del bien común»;⁽⁶⁸⁾ pero en algunas salvedades, pues entendemos que el bien común es un bien en sí, y que no resulta de la simple suma de bienes particulares sino de su ordenación.⁽⁶⁹⁾

La noción de bien común, si bien formalmente es invariable, lleva en sí un contenido contingente: «Cada pueblo tiene su bien común particular al cual debe tender y que corresponde a su estructura, a sus aptitudes, a sus necesidades».⁽⁷⁰⁾

Ahora bien: ¿es el Estado quien realiza el bien común? Si entendernos por bien común la suma de los bienes particulares, indudablemente no corresponde al Estado la realización del bien común; pero si, en cambio, por bien común entendemos la ordenación de los bienes particulares, entonces, es indudable que el Estado realiza el bien común: más aún, tal objetivo en su forma.⁽⁷¹⁾

Tal «ordenación» se lleva a cabo, en buena parte, a través del derecho positivo.

⁽⁶³⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 156.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 160.

⁽⁶⁵⁾ Delos, J. T., *Les buts du Droit: Bien Commun, Sécurité, Justice*, en *Annuaire de l'Institut International de Philosophie...*, *op. cit.*, p. 40.

⁽⁶⁶⁾ Pinto, Mario Agustín, *La noción de bien común según la filosofía tomista*, en *Rev. Ortodoxia*, N° 14, año 1946, p. 235.

⁽⁶⁷⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 156. En *La valeur de la loi*, dice Renard, que «El dato fundamental del derecho natural no es en modo alguno un principio subjetivo —la autonomía de la voluntad humana— sino un principio objetivo, que los escolásticos llaman el bien común de la comunidad y que yo prefiero llamar el orden jurídico» (p. 16).

⁽⁶⁸⁾ Recasens Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho* (Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1945), p. 530.

⁽⁶⁹⁾ Pinto, *op. cit.*, pp. 228 y ss.

⁽⁷⁰⁾ Dabin, *op. cit.*, pp. 162–163.

⁽⁷¹⁾ Pinto, *op. cit.*, p. 235.

En razón del mismo objetivo —ordenación de bienes particulares— el Estado ha de abstenerse de intervenir cuando «los individuos mismos, aislados o asociados, serían capaces de llegar, por sus propias fuerzas, al establecimiento de relaciones regulares y estables».⁽⁷²⁾ Sin embargo, no debe entenderse que el Estado sirve suficientemente al bien común con la simple tutela de los bienes particulares; la actitud del poder público debe ser activa y no pasiva y, llegado el caso, substituir a los particulares cuando la inoperancia de estos ponga en peligro el bien común.

El bien común, en última instancia, se conjuga en razón de la persona humana, como que esta debe llenar una finalidad particular pero dentro de un medio social; el Derecho, cuando invoca el servicio del bien común, no debe entender otra cosa: «El objeto del Derecho es, en efecto, establecer una mejor organización de la sociedad para el mayor bien del individuo mismo. El hombre es, en verdad, una criatura social pero mantiene su actividad propia; así, pues, no obstante que el Derecho no se manifiesta sino en la vida social, su objeto último es el hombre, sin el cual no habría cuestión sobre el Derecho».⁽⁷³⁾

Entendido de este modo, el bien común no puede chocar con la Justicia, ya que dicho Bien se propone brindar a cada persona los medios o instrumentos necesarios para llenar su finalidad: le da lo suyo. Tal ocurriría, con perfección, en la plenitud del bien común.

Pero el Derecho, al realizar en su parte la ordenación del bien común, no atiende solo a la Justicia sino que tiene en cuenta también valores secundarios y circunstanciales. De ahí que un cierto Derecho, aunque contribuya plenamente a la ordenación del bien común, pueda no ser el más justo. El orden jurídico debe adecuarse a las posibilidades técnicas del momento, como así también a la probable eficacia y a la posible reacción de los destinatarios de la norma jurídica.⁽⁷⁴⁾

c. La seguridad

«Ciertamente que en el derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el derecho no surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad». Con estas palabras Recasens Siches pone de relieve el elemento seguridad dentro del derecho como valor indispensable aunque no el más excelso.⁽⁷⁵⁾

¿En qué consiste tal seguridad? Delos nos lo dice acertadamente: «En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que, si estos se produjeran, la sociedad le asegurará protección y reparación».⁽⁷⁶⁾ Se trata de una relación de individuo a sociedad.⁽⁷⁷⁾

Para algunos autores, realizar la Seguridad jurídica es la finalidad del derecho. Así, puede verse en Recasens Siches esta afirmación: «La pregunta de por qué y para qué hacen

⁽⁷²⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 173.

⁽⁷³⁾ Golab, Estanislao, *Le Droit civil antiliberal*, en Introduction a l'étude du Droit Comparé (Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert), quinta parte (París, Recueil Sirey, 1938), p. 112.

⁽⁷⁴⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 153.

⁽⁷⁵⁾ Recasens Siches, *op. cit.*, p. 209.

⁽⁷⁶⁾ Delos, *op. cit.*, p. 41.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*, p. 42.

Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de Justicia, ni en el séquito de egregios valores que le acompañan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado —la seguridad— correspondiente a una necesidad humana⁽⁷⁸⁾, y hace suya la idea de Spinoza en su Tratado Teológico–Político: «la verdadera aspiración del Estado no es otra que la paz y la seguridad de la vida. Por lo cual, el mejor Estado es aquel en que los hombres viven armónicamente y cuyas leyes son respetadas».⁽⁷⁹⁾

Pero esta seguridad no solo es un valor subordinado sino también el contenido variable. Cada sociedad garantiza la seguridad de los derechos que estima oportuno, necesario o conveniente garantizar. Por eso es acertado afirmar que el grado de Seguridad que una sociedad brinda al individuo depende de la concepción política adoptada.⁽⁸⁰⁾ La Seguridad es función, más que valor; por eso está en lo cierto Recasens Siches al afirmar: «Lo que varía, en la historia y en los diversos sistemas filosóficos y políticos, son los fines asegurados, pero, en cambio, es magnitud constante de todo Derecho el que su función consiste en asegurar aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización».⁽⁸¹⁾

Sin embargo, no se crea que admitimos totalmente el criterio que ve en la Seguridad el fin u objeto del derecho; la seguridad es «uno» de estos fines, pero subordinado a la Justicia y armonizado con esta.

El mismo autor que venimos citando —Recasens Siches— no obstante su ponderación del elemento seguridad, expresa: «lo que primordialmente importa, es asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual, para que pueda cumplir con su auténtico destino propio».⁽⁸²⁾ Estamos ya, así, en el terreno de la justicia, que en este caso reclamaría el imperio de su primer mandato: dar a cada uno lo suyo; darle al hombre —y «asegurarle»— las posibilidades para llenar su destino, es darle «lo suyo».

Frente a esta posición, que juzgamos acertada, cabe señalar la de Kelsen, trasuntada en estas sus palabras: «Es vano esfuerzo pretender demostrar, hoy como en todo tiempo, que es preciso señalar en algún punto un límite absoluto a la expansión del Estado respecto del individuo. Es del todo indiferente encontrar este límite en la libertad innata e inviolable del individuo (como lo hacían los antiguos representantes del derecho natural), o considerar que con la esencia del individuo como personalidad libre y autónoma es incompatible cierta intervención del Estado, cierta competencia del orden jurídico».⁽⁸³⁾ Y más adelante

⁽⁷⁸⁾ Recasens Siches, *op. cit.*, p. 209.

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*, p. 210.

⁽⁸⁰⁾ Delos, *op. cit.*, p. 43. Por reflejar un punto de vista interesante, reproducimos algunos párrafos de la monografía de Wilhelm Sauer, *Securité juridique et Justice*, contenida en la colección de estudios de honor de Lambert, ya citada: «En épocas calmas, en que ni el orden social o económico están expuestos a inconvenientes, es la seguridad jurídica la que ocupa primer plano. Cuando las relaciones, y especialmente el Derecho, sufren modificaciones a ritmo acelerado, es, por el contrario, la Justicia la que tiende a ocupar el primer plano. En fin, cuando se trata de cambios bruscos, provocados por la violencia, la seguridad jurídica desaparece completamente, y la Justicia —siguiendo el grado de imperiosidad de los acontecimientos— cede el lugar a la oportunidad pura y simple» (pp. 36–37). «Lo que importa en primer término es la seguridad jurídica = conformidad a las normas; cuando hay lugar para ellas, entran en juego la Justicia, y, si es necesario, las consideraciones de oportunidad» (p. 38). «En todo caso, seguridad jurídica = seguridad del Estado y salvaguardia del orden; en la medida de lo posible, desenvolvimiento del bienestar del pueblo, progreso en el dominio de la civilización, y aumento de los valores tendientes a realizar la Justicia que es la oportunidad social en un sentido más elevado. El orden jurídico y la seguridad del Estado en tanto que los mismos encuentran en último análisis su legitimación en la Justicia y en el aumento de la civilización» (p. 38).

⁽⁸¹⁾ Recasens Siches, *op. cit.*, p. 216.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, p. 534.

⁽⁸³⁾ Kelsen, *op. cit.*, p. 53.

perfila con mayor fuerza su criterio el maestro vienés: «Bajo el supuesto de que orden jurídico estatal es variable, el límite contra la libertad puede ser desplazado libremente. A priori no existen límites jurídicos absolutos contra la intervención del Derecho en la conducta humana, o a favor de la libertad del individuo contra los ataques del Estado. En principio, el orden coactivo estatal puede intervenir la totalidad de la conducta humana, puede vincular a los hombres en todas las direcciones posibles. El hombre es libre en tanto que, de hecho, no ocurra así, con lo cual resulta —insistimos en ello— que la libertad frente al orden jurídico, este «estar libre» frente al Estado es, jurídicamente, una cualidad en absoluto negativa, es decir, la cualificación de esa situación es la de no estar jurídicamente determinada».⁽⁸⁴⁾

Como entendemos que la Seguridad debe proteger, en un derecho con ambiciones de justo, los derechos fundamentales de la persona humana, resulta que tal Seguridad no ha de reducirse a un quietismo fatalista. Puede haber una seguridad revolucionaria —inspirada en la justicia— cuando cierto orden jurídico no satisface las exigencias de los hombres, y resulta necesario —para asegurar los elementales derechos de estos— trastornar ese ordenamiento.⁽⁸⁵⁾

La Justicia puede verse pospuesta, en ciertas circunstancias, por la necesidad de la Seguridad; un mínimo de tranquilidad es imprescindible, mientras que «la justicia social es un lujo del cual, en cierta medida, se puede prescindir».⁽⁸⁶⁾ Pero si bien es cierto que a veces es preferible una injusticia al desorden, también lo es que un orden injusto no es apetecible ni duradero.

Por lo que se ve que Justicia y Seguridad son valores íntimamente vinculados. Al decir de Le Fur, «...la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente contradictorias, son más bien los dos elementos, las dos facetas del bien común o del orden público que, bien comprendidos, tienen el mismo sentido...». Con mayor acierto distingue Delos: «Entre la seguridad y la justicia hay una diferencia de objeto. El de la justicia es el derecho. El de la seguridad es la posesión de un bien».⁽⁸⁷⁾

Queda latente la disputa acerca de si la Justicia, el bien común y la Seguridad, son valores que armonizan entre sí, o si, por el contrario actúan en viviente antinomia.⁽⁸⁸⁾ Hemos dado opinión al respecto⁽⁸⁹⁾ y como corolario de estas consideraciones la repetimos aquí: «por su naturaleza y jerarquía pueden coexistir sin eliminarse, en gradación que hace primar a la Justicia sobre los demás valores, pero en su realización práctica resulta indiscutible y evidente la puja entre esos mismos valores para ocupar la primacía, con suerte diversa según los tiempos y lugares».

Con esto dejamos esbozadas las grandes líneas acerca del objeto y finalidad del derecho positivo. Queda bien entendido que en el derecho coexisten valores permanentes y valores contingentes y hay funciones y contenidos. Con el criterio orientado según estas

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 198.

⁽⁸⁵⁾ Bodenheimer, Edgard, *Teoría del Derecho*; trad. de Vicente Herrero (Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1942), p. 241.

⁽⁸⁶⁾ Hauriou, *op. cit.*, p. 801.

⁽⁸⁷⁾ Delos, *op. cit.*, p. 43. Sobre este punto véase Legaz y Lacambra, *op. cit.*, pp. 413 y ss.

⁽⁸⁸⁾ Véase la discusión habida en la tercera sesión del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, en el T. III del Anuario citado.

⁽⁸⁹⁾ *Supra*, 4ta. Parte, a) La justicia, al final.

consideraciones, estamos ya en el camino que nos lleva a una conclusión acerca de la noción de orden público.

6. Quinta parte. Nuestro concepto de orden público

Hemos dicho ya que los términos «orden público» no responden a lo que en verdad se quiere decir cuando se los emplea. El «Orden» de que en nuestro caso se trata no es propiamente un «orden», sino «protección», «seguridad» de un orden jurídico, lo cual es muy distinto.

Un ordenamiento jurídico ha de tender, naturalmente, a disponer el bien común de determinada manera. Este bien común es, en cierto modo, un «orden totalitario» —en el buen sentido de las palabras— porque engloba los bienes parciales en un todo ordenado. El orden jurídico, en cambio, es solo una faceta de ese orden que se llama bien común; no hay motivo, pues, para confundir el todo con un aspecto del mismo.

También hemos parangonado ya los conceptos «orden público» y «orden jurídico», para llegar a la conclusión —que se ratificará al definir el orden público— de que no pueden ser confundidos.^[90]

Hay una tercera posibilidad de confusión: «bien común» con «orden público», cosa que ocurre hasta en autores de la talla de Le Fur^[91] que parece considerar sinónimas ambas expresiones. Evidentemente, hay algún motivo para pensar que «bien común», «Bien Público», «orden público» son distintos modos de ver la misma cosa: el «Bien», o, mejor dicho, el bien público por excelencia; en tal sentido se inclina también, como vimos, Levi.^[92]

Para nosotros se impone una distinción neta: el bien común, por un lado; el «ordenamiento» jurídico como un aspecto de ese Bien, por otro; y la protección o seguridad que se brinda a tal ordenamiento, en tercer lugar. Esto último es lo que se llama, incorrectamente, «orden público»; mejor sería designarle con términos que no indicaran un orden o un valor, sino una «función protectora».

Así como la seguridad es una garantía que la sociedad dispensa al individuo en resguardo de sus derechos^[93], así también el llamado orden público es una seguridad o protección que el Estado brinda a un determinado ordenamiento jurídico; la seguridad individual, tiene por objeto permitir la realización de los fines particulares, en tanto que esa protección de que aquí hablamos tiene por finalidad hacer posible la realización del bien común, por intermedio de un ordenamiento jurídico cuya vigencia integral se protege.

Con estos antecedentes podemos ya ensayar una definición de orden público, que es esta: «orden público es la protección inviolable que el Estado dispensa a un ordenamiento jurídico para asegurar su integral vigencia en vista de una particular apreciación del bien común, la seguridad y la justicia».

Si bien ha quedado explicada esta definición a través de las consideraciones que la precedieron, no está de más que insistamos en sus aspectos fundamentales.

^[90] *Supra*, p. 261.

^[91] Le Fur, *op. cit.*, p. 3.

^[92] Levi, *op. cit.*, p. 71.

^[93] *Supra*, p. 275.

a. El orden público como protección inviolable

Es el concepto medular que, a nuestro entender señala la real naturaleza del orden público. Este no es un bien perfecto y completo en sí mismo, sino protección de un bien; a lo más es un bien subordinado e imperfecto, que indirectamente y por reflejo participa de la tonalidad valorativa del bien protegido.

En cambio, en derecho penal, por ejemplo, el «orden público» tiene significación distinta; es un bien protegido, que se traduce como «tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil».^[94]

Esta protección puede actuar sin requerimiento de parte, o puede hacerse presente solo cuando la invoca parte interesada como ocurre en el llamado orden público económico.^[95] Esta diferencia no afecta a su carácter.

b. Que el Estado dispensa a un orden jurídico

Esta protección solo el Estado puede brindarla. El aparato coactivo es propio y exclusivo del Estado, y solo este puede ponerlo a disposición de una norma y al servicio de esta.

La protección se extiende a un orden jurídico determinado, o a un aspecto de este. Para nuestro punto de vista es indiferente la extensión cubierta por esta seguridad; las bondades o los defectos del régimen que amplíe o estreche el ámbito de la seguridad brindada por él a un orden jurídico no dependen del grado de seguridad sino del valor intrínseco de las normas que lleven consigo esta protección. Pueda, entonces, ocurrir que unas pocas disposiciones de orden público sean, por lo malas, más detestables que un ordenamiento jurídico íntegramente de orden público pero compuesto de normas de por sí buenas; el hecho de que generalmente las leyes de orden público se tornen, por su proliferación, restrictivas de los derechos personales, es solo un aspecto accidental de la cuestión.

El orden público es una cobertura del orden jurídico, o de una parte de este; y simultáneamente esta función —orden público— forma parte del ordenamiento jurídico: es función jurídica. Recurriendo a un símil biológico podemos decir que se parece a la coraza protectora de un quelonio, coraza que ampara al organismo, le asegura integridad, y a la vez vive de él y se adapta a su evolución.

c. Para asegurar su integral vigencia

El orden público es al orden jurídico lo que la seguridad es a los derechos individuales: protección.

La finalidad de esta protección es permitir que el ordenamiento jurídico se realice en la forma dispuesta, y que no sea alterado en lo más mínimo: por eso hablarnos de una vigencia «integral».

Interesa poco, en este aspecto, que la norma protegida sea de escaso valor intrínseco: tanto se viola el orden público al ir contra las leyes fundamentales de un Estado, como se lo viola al cobrar un peso más sobre el precio del alquiler legalmente dispuesto en una ley de orden público. Las sanciones serán distintas, pero la violación es tan real en uno como en otro caso.

^[94] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Buenos Aires, La Ley, 1946, pp. 629 y ss.

^[95] Busso, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, T. I, Buenos Aires, 1944, p. 197.

d. En vista de una particular apreciación del bien común, la seguridad y la justicia

Estamos en el terreno de la política jurídica, a cuyo arbitrio queda librado el asignar a un ordenamiento determinado una particular protección.

Muy bien recuerda Dabin que el derecho —el positivo, no el natural— se subordina a la Política y a sus contingencias.⁽⁹⁶⁾ Esta verdad ya la habían expresado los filósofos antiguos, según los cuales el derecho venía a resultar una forma de actuación de cierta Política.

Por eso afirmamos que la noción de orden público es de carácter preponderantemente Político, y consideramos acertado el parecer de Pascanu, Levi y otros que hacen resaltar esta cualidad propia del concepto que estudiamos. Esta política jurídica es la resultante de una «particular apreciación» que el Estado hace del bien común, la justicia y la seguridad; estas nociones ya las hemos estudiado y no hay necesidad de volver sobre ellas. Por donde se desprende que si bien la función «orden público» es una permanente realidad, más o menos amplia en el derecho de todos los tiempos, también lo es que su «contenido» es variable.

No hace al concepto de orden público lo relativo al problema consistente en saber quién lo determina, si el legislador o el juez.⁽⁹⁷⁾ Al respecto nos limitamos a señalar que, en todo caso, es función estatal; como dice Pascanu, el juez tiene intervención en la delimitación del orden público, pues «en tanto que es árbitro de la lucha por el derecho, el juez fija constantemente el contenido de esta noción; tal como lo hemos dicho muchas veces, la lucha por el derecho se libra tanto en Palacio como en el Parlamento».⁽⁹⁸⁾

⁽⁹⁶⁾ Dabin, *op. cit.*, p. 184.

⁽⁹⁷⁾ La mayor parte de los autores admite que el juez puede analizar la norma calificada por el legislador como de orden público, y hallar que según su naturaleza o finalidad en verdad no lo es (Busso, *op. cit.*, p. 193; Ennecerus, *Tratado de derecho civil*, T. I, 1°, parte general, p. 192). Contra: Vareilles Sommieres (*op. cit.*) para quien el carácter de orden público de una norma depende del legislador.

⁽⁹⁸⁾ Pascanu, *op. cit.*, p. 199.