

Julio D. González Campos y José Carlos Fernández Rozas "Artículo 12, apartado 3 del Código Civil", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995. pp. 894-826. ISBN: 84-7130-826-6.

ORDEN PÚBLICO COMO CORRECTIVO FUNCIONAL: ARTÍCULO 12, APARTADO 3 DEL CÓDIGO CIVIL

Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

3.¹ En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

¹ BIBLIOGRAFÍA:

A) Española: M. Aguilar Benítez de Lugo, «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español», en R. E. D. I., vol. XX, 1967, págs. 217-246; M. Aguilar Navarro, «El orden público en el Derecho internacional privado español», en R. E. D. I., vol. VI, 1953, págs. 33-81; M. Ángulo Rodríguez, «Du moment auquel il faut se plier pour apprécier l'ordre public international», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, páginas 369-399; J. A. Carrillo Salcedo, «Artículo 12, 3.º», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 638-649, y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, págs. 437-440; F. de Castro, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad», en A. D. C, t. XXXV, 1992, págs. 987 y ss., especialmente págs. 1014-1050; J. A. Corriente Córdoba, «La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español», en A. D. /., vol. II, 1975, págs. 125-168; I. García Rodríguez, «Derecho aplicable y orden público comunitario», vol. 3, 1993, págs. 901-942; L. Gestoso Tudela, *El concepto de orden público internacional*, Madrid, 1913; id., «El principio de orden público desde 1850 a 1951», en *Actas Congreso I. H. L. A. D. I.*, t. II, 1952, págs. 509 y ss.; A. Míaja de la Muela, «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho internacional español», en *Multitudo Legum. Ius Unum. Festschrift für W. Wengler*, t. II, Berlín, Interrecht, 1973, págs. 573-616; J. A. Pastor Ridruejo, «Los efectos atenuados en el Derecho español de instituciones extranjeras contrarias al orden público», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XX, 1976, págs. 21-40; E. Pérez Vera, «El concepto de orden público en el Derecho internacional», en *Anuario I. H. L. A. D. I.*, vol. 7, 1984; E. Ruiloba Santana, «Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado», en R. G. L.], t. LXVIII, 1974, págs. 655-694.

B) Extranjera: G. Barile, *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padua, Cedam, 1968; E. Bartin, «Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude á la loi et l'idée de la communauté internationale», en *R. D. I. L. C.*, 1897, págs. 385–427 y 613–658; A. Bucher, «L'ordre public et le but social de lois en droit international privé», en *R. des C.*, t. 239 (1993–11), págs. 9–116; C. L. Colocassides, «The Exclusion of Foreign Laws», en *J. C. L. Q.*, 1954, págs. 479–484; H. Dolle, «Der ordre public im Internationalen Privatrecht; Deutsche Landesreferate zum dritten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung», en *Beitrage zum zurgerlichen Recht*, Tubinga, 1950, págs. 397–415; P. Francescakis, «Y a-t-il de nouveau en matière d'ordre public?», en *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1966–1969), Paris, Dalloz, 1970, págs. 149–159; id., «Ordre public», en *Encyclopedie Dalloz dr. int.*, II, págs. 498–506; L. Fumagalli, «Considerazioni sulla unità del concetto di ordine pubblico», en *Comunicazione e Studi*, 1985, págs. 593–648; L. Funck-Brentano, «Der Ordre Public International im französischen Recht – ein umstrittener Begriff», en *fahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989–3, págs. 248–254; F. Gamillscheg, «Ordine pubblico e diritti fondamentali», en *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. IV, Milán, Giuffrè, 1987, págs. 89–104; T. Gihl, «Lois politiques et droit international privé», en *R. des C.*, t. 83 (1953–11), págs. 163–254; B. Golman, «La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois», en *Liber Amicorum R. Cassin*, t. I, Paris, Pedone, 1969, págs. 449–466; H. F. Goodrich, «Public Policy in the Law of Conflicts», en *West Virginia L. Q.*, 1930, págs. 156 y ss.; W. J. Habschied, «Die Schiedsgerichtsbarkeit und der Ordre Public», en *Festschrift für Max Keller zum 65 Geburtstag*, Zurich, 1989, págs. 575–587; T. H. Hearly, «Theorie Générale de l'ordre public», en *R. des C.*, t. 9 (1925–555), págs. 408–557; A. Heini, «Der materiellrechtliche Ordre Public im neuen schweizerischen Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit», en *Fests für Walther J. Habschied*, 1989, págs. 153–159; I. Hohenveldern, «L'ordre public international et la fraude á la loi», en *Melanges offerts á J. Maury*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, págs. 473–483; J. Jackson, «No Place like Home: Public Policy and Prudent Practice in the Conflict of Law», en *West Virginia L. Rev.*, 1988, págs. 195–247; E. Jayme, *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988; id., «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 82, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, págs. 217–270; O. Kahn-Freund, «Re-flections on Public Policy in the English Conflict of Laws», en *Transactions Grotius Society*, 1954, págs. 39–83; P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L. G. D. J., 1959; id., «La théorie de l'ordre public international face á la polygamie et á la répudiation. L'expérience française», en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage á Francois Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 263–282; F. Lattanzi, «Valor assoluto o relativo dei principi di ordine pubblico», en *Riv. dir. int.*, 1914, págs. 281–307; K. Lipstein, «The Hague Conventions on Private International Law. Public Law and Public Policy», en *J. C. L. Q.*, 1959, págs. 506–522; E. G. Lorenzen, «Territoriality, Public Policy and the Conflict of Law», en *Yale L. J.*, 1924, págs. 736–751; P. Louis-Lucas, «Remarques sur l'ordre public», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1933, págs. 393–404; J. Maury, *L'eviction de la loi normalement competent: l'ordre public international et la fraude á la loi*, Valladolid, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, 1952; id., «L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1954, págs. 7–27; F. Mosconi, «Exceptions to Operation of Choice of Law Rules», en *R. des C.*, t. 217 (1989–V), págs. 9–214; K. H. Neumayer, «Zur Positiven Funktion der Kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel», en *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dolle*, t. II, Tubinga, 1963, págs. 179–208; W. Niederer, «Das Problem des Ordre Public in der neueren

SUMARIO: I. La noción de «orden público»: 1. Introducción: A) Aplicación y eventual exclusión de la ley extranjera. B) La referencia a la «ley extranjera». C) La referencia al «orden público». 2. El concepto de «orden público» en el ordenamiento español: A) Generalidad de la referencia al «orden público». B) El «orden público» en las normas constitucionales, administrativas y penales. C) Normas procesales, laborales y civiles. 3. Significado general y aspectos del orden público: A) Significado general del «orden público». B) Orden público en sentido material. C) Orden público en sentido normativo.– II. El «orden público» en el artículo 12, 3.º, del Código civil: 1. Caracterización general: A) El «orden público» como cláusula general. B) El «orden público» como cláusula de exclusión de la ley extranjera. C) Cláusula general del orden público y normas materiales imperativas del foro. D) Cláusula general de orden público y leyes penales, de policía y de seguridad pública. 2. El concepto de orden público del artículo 12, 3.º, del Código civil: A) Noción. B) Características. C) Orden público y «derechos adquiridos». 3. Orden público y otras figuras afines: A) Orden público y buenas costumbres. B) Orden público y fraude a la ley. 4. Orden público interno y orden público internacional. 5. Efectos de la cláusulas general de «orden público».

I. LA NOCIÓN DE «ORDEN PÚBLICO»

1. Introducción

A) *Aplicación y eventual exclusión de la ley extranjera*

1. En el ordenamiento español, al igual que en los demás sistemas jurídicos, la decisión del Juez sobre las pretensiones de las

Rechtprechun», en Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1943, págs. 1–24; A. Nussbaum, «Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws», en Yale L. J., 1940, págs. 1027–1058; M. Philonenko, «La notion d'ordre public international», en Journ. dr. int., 1952, págs. 780–818; R. Quadri, «Leggi politiche e diritto internazionale privato», en Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato, vol. I, Milán, Giuffrè, 1958, págs. 363–376; W. Reese, «Limitations on the Extraterritorial Application of Law», en Dalhousie L. J., 1978, págs. 589–608; H. Rolin, «Vers un ordre public réellement international», en Hommage d'une generation de juristes au President Basdevant, Paris, Pedone, 1960, págs. 443–462; P. Schlosser, «Ausländische Schiedssprüche und ordre public international», en IPRax, 1991–4, págs. 218–220; G. Sperduti, «L'ordine pubblico in diritto internazionale privato», en Riv. dir. int., vol., LIX, 1976, págs. 669–676; id., «Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno», en Riv. dir. int., 1954, págs. 82–91; id., «Sul limite dell'ordine pubblico», en Riv. dir. int., 1960, págs. 303–308; A. Spickhoff, Das ordre public im internationalen Privatrecht. Entwicklung, Struktur, Konkretisierung, Frankfurt, 1989; P. Vallindas, «Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées», en Rev. hellen. dr. int., 1950, págs. 55 y ss.; id., «La réserve de l'ordre public en droit international privé», en Rev. hellen. dr. int., 1950, págs. 270 y ss.; id., «Der Vorbehalt des "ordre public" im internationalen Privatrecht», en Rabels Z., 1953, págs. 1–11; N. Watte, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public en droit international privé», en Rev. crit. jurisprudence belge. 1989–1, págs. 66 y ss.

partes no siempre se fundamenta en lo prescrito por las normas sustantivas del propio ordenamiento. Así puede ocurrir, efectivamente, en los casos de tráfico externo, caracterizados por la presencia de uno o más factores de extranjería, al ser aplicable una de las normas de conflicto multilaterales de nuestro sistema. Entre otras, las contenidas en los artículos 9 al 11 y 107 del Código civil. Pues en tal caso puede producirse una consecuencia querida por el legislador al establecer este tipo de normas de Derecho internacional privado: la posible «remisión al Derecho extranjero», por utilizar la expresión del artículo 12, 2.º, del Código civil. Remisión que tendrá lugar cuando el punto de conexión elegido por el legislador en la norma de conflicto aplicable al caso esté constituido por una circunstancia, de hecho o de Derecho, conectada con un Estado extranjero.

Ello supone, en definitiva, que un ordenamiento jurídico extranjero deberá ser aplicado por el Juez o autoridad española como fundamento jurídico de su decisión. Así, en el caso de un divorcio instado en España, si ambos cónyuges son nacionales franceses al tiempo de la demanda, el Juez español –una vez establecida su competencia judicial internacional para conocer de este litigio conforme al artículo 22 de la L. O. P. J.– ha de aplicar la norma de conflicto multilateral del primer inciso del artículo 107, en relación con el 9, 1.º, del Código civil. Lo que determinará una remisión al ordenamiento francés y, consiguientemente, que el Juez español deberá decidir el caso de acuerdo a las normas de dicho ordenamiento sobre esta materia, en concreto las contenidas en los artículos 227 y 229 a 309 del Código civil de aquel país (2). En suma, la aplicación de las normas de un ordenamiento extranjero por el Juez o autoridad española tiene su fundamento jurídico en el mandato contenido en las normas de conflicto multilaterales que forman parte del sistema español de Derecho internacional privado.

2. No obstante, aun presuponiendo el anterior mandato, el artículo 12, 3.º, del Código civil viene a establecer un límite o excepción que el Juez o autoridad española deberá observar con carácter general, cualquiera que sea la norma de conflicto multilateral que

haya determinado la remisión al ordenamiento extranjero y el sistema jurídico de otro Estado que, consiguientemente, era aplicable al caso. Límite o excepción, de otra parte, que el legislador formula con un carácter absoluto –como evidencia la expresión inicial del precepto, «en ningún caso»– y que se concreta en un resultado negativo: la no aplicación de «ley extranjera» por el Juez o autoridad española «cuando resulte contraria al orden público».

Por consiguiente, el precepto comentado opera en la fase final del proceso de aplicación de la norma de conflicto, una vez que ésta se ha remitido a un ordenamiento extranjero. Y contiene la respuesta jurídica a una cuestión específica que puede suscitarse en ese momento ante el Juez o autoridad española: la eventual contradicción de lo dispuesto por dicho ordenamiento con el «orden público» del foro. Respuesta que consiste, en esencia, en la no aplicación la ley extranjera que, en otro caso, debía servir de fundamento para decidir sobre las pretensiones de las partes.

B) *La referencia a la «ley extranjera»*

3. El primer concepto en el que se apoya el artículo 12, 3.º, del Código civil, la «ley extranjera», también ha sido utilizado por el legislador en otros preceptos del capítulo IV del Título Preliminar y, en principio, no debe suscitar una especial dificultad al intérprete. En efecto, el carácter «extranjero» de una norma jurídica se define negativamente, por contraposición al ordenamiento propio, el español. De manera que la «ley extranjera», en cuanto noción jurídica general, comprende todas aquellas normas que no forman parte del ordenamiento español.

Sí interesa destacar, de un lado, que el precepto se refiere al ordenamiento de un Estado extranjero, ya se trate del sistema de un Estado extranjero jurídicamente unificado o de un Estado en el que «coexisten diferentes sistemas legislativos» (3). Lo que excluye, es obvio, tanto las normas del Derecho internacional público, creadas por el consenso de los Estados, como las de la llamada *lex mercatoria*, nacidas de usos y prácticas de los particulares en el comercio internacional. En segundo lugar, que es indiferente el rango de la ley extranjera –norma constitucional, ley ordinaria o

norma infralegal— así como su naturaleza civil, mercantil, etc. Por último, que si bien el artículo 12, 3.º, del Código civil se refiere a «la ley» extranjera y parece presuponer una norma escrita, su alcance real es más amplio. Pues no cabe desconocer que en ciertos sistemas jurídicos la regulación de muchas materias es obra del Derecho consuetudinario y, en otros, el Derecho legal coexiste con un Derecho de creación judicial (4).

4. No obstante, aun partiendo de esa noción general, la referencia a la «ley extranjera» en el artículo 12, 3.º, del Código civil posee un significado más concreto. Pues a los fines que aquí interesan, dentro de cualquier ordenamiento extranjero cabe distinguir dos grupos de normas: las normas de Derecho internacional privado, con su función propia para la regulación de los casos de tráfico externo, y, de otra parte, el grupo más extenso que comprende las restantes normas, de carácter material, civiles, mercantiles, etc., sin perjuicio de poder incluir también las normas procesales, pese a que se las califique de ordinario como adjetivas.

De estos dos grupos, es el segundo el contemplado en el artículo 12, 3.º, del Código civil y, por consiguiente, se refiere en particular, a la ley «material» (5) extranjera. Esto es, a aquellas normas que en el sistema extranjero regulan sustantivamente la materia incluida en el supuesto de la norma de conflicto española —sucesiones, divorcio, donaciones, etcétera— con exclusión de las normas de Derecho internacional privado de dicho sistema. Significado que el legislador sí ha precisado con igual alcance en el apartado precedente de este artículo 12 del Código civil al contraponer dentro del «Derecho extranjero» la «ley material» a las «normas de conflicto» de dicho ordenamiento jurídico.

5. Por último, debe tenerse en cuenta otro dato complementario sobre el significado de la «ley extranjera»: la consecuencia negativa prevista en el artículo 12, 3.º, sólo opera si el Juez o autoridad española ha constatado la existencia de una contradicción —cuyo alcance luego se precisará— entre la ley material extranjera y el orden público del foro. Lo que implica necesariamente no

sólo que con anterioridad se ha determinado que un concreto ordenamiento extranjero es aplicable para resolver el caso, sino también que se ha establecido suficientemente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 12, 6.º, del Código civil, la vigencia, el contenido sustantivo y la interpretación de la ley material extranjera aplicable (6). Pues sólo si el Tribunal o autoridad española conoce suficientemente la ley extranjera podrá apreciar ulteriormente una eventual contradicción con el «orden público» del foro.

Ciertamente, la acreditación del contenido y vigencia del derecho extranjero es una exigencia derivada del artículo 12, 6.º, del Código civil y, por tanto, puede pensarse que se trata de un presupuesto legal obvio a los fines del artículo 12, 3.º, del Código civil. Sin embargo, conviene recordarlo expresamente, pues, como nos muestran muchos supuestos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible que este presupuesto no exista en un determinado caso, ya que las partes pueden haber alegado pero no probado el contenido de la ley material extranjera aplicable o, aun habiendo tratado de probar su vigencia y su contenido e interpretación, dicha prueba se ha estimado insuficiente. Lo que supone, en definitiva, que el límite o excepción del artículo 12, 3.º, únicamente operará si la ley material extranjera es una *lex certa* por haber sido suficientemente acreditado su contenido y vigencia de conformidad con lo prescrito por el artículo 12, 6.º, a cuyo comentario cabe remitirse en este punto.

C) *La referencia al «orden público»*

6. El artículo 12, 3.º, se refiere a la eventual contradicción de la ley material extranjera con el «orden público», noción que constituye un «concepto jurídico indeterminado», como se admite generalmente por la doctrina (7). Por lo que las dificultades para el intérprete surgen al tratar de delimitar «en qué consista el orden público» (8). Tarea que, para algún autor, resulta imposible, pues nos encontramos ante un verdadero «enigma jurídico» (9). Y la misma actitud desesperanzada parece latir en el Auto del T. S. (Sala 1.a) de 24 octubre 1979 cuando afirma que el «or-

den público» es una noción «... en extremo sutil, imprecisa e indeterminada» y que «escapa a toda definición» (10).

A lo que se añade, en segundo término, que el precepto aquí comentado entraña una apreciación conjunta por parte del Juez o autoridad española de dos elementos normativos: uno, de carácter concreto, constituido por la ley material extranjera aplicable al caso plantado y cuyo contenido ya se ha determinado previamente; y otro, de carácter indeterminado, el «orden público». De manera que es preciso conocer cómo ha de apreciarse por el órgano judicial o autoridad española si el primero resulta o no contrario al segundo.

7. En efecto, una vez determinado el sentido de la «ley extranjera», la interpretación del artículo 12, 3.º, del Código civil entraña, al menos, dos operaciones. En primer lugar, requiere precisar cuál es el significado del «orden público» en el ordenamiento español. En segundo término, es menester conocer cómo se lleva a cabo la apreciación de los dos elementos normativos en presencia, para establecer si la ley extranjera resulta o no contraria al «orden público» y, por tanto, procede su aplicación o inaplicación al caso.

2. El concepto de «orden público» en el ordenamiento español

A) *Generalidad de la referencia al «orden público»*

8. En principio, cabe pensar que la labor de precisión del significado del «orden público» en el artículo 12, 3.º, del Código civil se ve facilitada por un dato: que dicho concepto no es privativo de este precepto, pues el legislador lo ha empleado también en muchas otras normas del ordenamiento español; normas que, como se verá de inmediato, pertenecen a sectores muy diferentes de nuestro ordenamiento jurídico. Y aun si nos limitamos a las normas de Derecho internacional privado la conclusión que se alcanza es la

misma, ya que en sus diferentes dimensiones existen normas que también se refieren al «orden público».

Sin embargo, esta inicial facilidad no sólo es aparente, sino engañosa. Basta observar, en efecto, que si la misma expresión, el «orden público», es empleada ampliamente por el legislador, su significado no es unívoco en cada uno de los sectores del ordenamiento español; ni tampoco es igual su función en las diferentes dimensiones del Derecho internacional privado. Y esta pluralidad de significados, es obvio, puede generar graves dificultades al interpretar la referencia al «orden público» en un concreto precepto. Por ello, conviene indicar en primer lugar, muy sumariamente, los sectores en los que existe una referencia al «orden público».

B) El «orden público» en las normas constitucionales, administrativas y penales

9. En las normas constitucionales, el artículo 16, 1.º, de la C. E. (11) alude al «orden público protegido por la ley» como límite del ejercicio de ciertas libertades constitucionalmente garantizadas, al igual que se hace en el artículo 21, 2, de la C. E. al referirse a una posible «alteración del orden público». Mientras que en el artículo 149, 1, 29.a, se emplea otra noción muy próxima, la de «seguridad pública» (12), que la sentencia del T. S. 33/1982, de 8 junio, ha considerado incluso «... que supone una noción más precisa que la de «orden público».

10. Sin embargo, es en el sector de las normas administrativas donde el concepto de «orden público» adquiere especial relevancia, no sólo por la existencia de la Ley 45/1959, de 30 junio, de Orden Público, sino por su inclusión en muchas otras leyes y disposiciones de inferior rango, que sería prolijo indicar. Baste indicar, simplemente, que si el artículo 13, 1.º, de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio (13) prolonga el ámbito de la anterior, también el peligro de trastorno grave del «orden público» figura en el de la jurisdicción contencioso-administrativa como causa de suspensión o inejecución de las

sentencias, según se dispone en el artículo 105, 2.º, causa 2.a, de la Ley de 27 diciembre 1956 (14).

En este sector del ordenamiento, el concepto se vincula con la protección de una situación social concreta, imprescindible en cualquier comunidad estatal: el orden y la paz pública. Por lo que desde una dimensión negativa se alude a la prevención y sanción de aquellos actos o conductas susceptibles de alterar el «orden público». Dimensión ésta que lógicamente también encontramos en el sector de las normas penales, pues como nos muestran los artículos 246 a 249 del Código penal –relativos a los «desórdenes públicos»–, son objeto de sanción aquellas conductas que atenten contra la «paz pública» o perturben el «orden público».

C) Normas procesales, laborales y civiles

11. En el ámbito de las normas procesales, aparece un nuevo significado, pues como se afirma en la sentencia del T. C. 108/1985, de 8 noviembre, este sector del ordenamiento está «... imbuido en el orden público» y en él operan los principios de «... la buena fe, la diligente actitud y la lealtad intersubjetiva, que no pueden quebrantarse por conductas interesadas y sinuosas». De este modo, es habitual que las normas procesales se califiquen como «normas de orden público», inderogables por los particulares. Y de igual modo, en el ámbito del recurso contencioso administrativo la consideración de ciertas cuestiones como de «orden público» –las relativas a la regularidad del procedimiento y a la competencia del órgano administrativo– ha posibilitado que los Tribunales puedan pronunciarse con carácter preferente sobre las mismas (15).

Idéntica calificación, referida a las «normas de orden público», aparece también en el ordenamiento laboral, como testimonian tanto la jurisprudencia como la doctrina. Y ello se evidencia claramente situándonos únicamente en el sector del Derecho internacional privado del trabajo –en la reserva en favor del art. 8, 1.º del Código civil que se contiene en el art. 10, 6.º, del Código civil. Al igual que en la referencia a las «normas de orden público» aplica-

bles en el lugar de trabajo que se contiene en el artículo 1, 4.º, de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores (16).

12. En el ámbito de las normas civiles, por último, tres preceptos del Código civil –al margen del art. 12, 3.º–, incluyen una referencia al «orden público». En el artículo 1, 3.º, I, esta noción opera como límite o reserva legal frente a la costumbre; en el artículo 6, 2.º, también como límite o reserva legal frente a «la exclusión de la ley aplicable y la renuncia en los derechos en ella reconocidos», junto al «interés público». Y en el artículo 1.255, finalmente, es la misma función de límite o reserva legal la que opera en la contratación, en relación con la autonomía privada y la libertad contractual.

3. Significado general y aspectos del orden público

A) *Significado general del «orden público»*

13. Existe, pues, como se acaba de ver, una amplia acogida del concepto de «orden público» en el ordenamiento español. Y en atención a cada uno de los concretos sectores donde opera dicho concepto, podría hablarse de un orden público constitucional, de un orden público administrativo, de un orden público penal, de un orden público procesal, etc., e incluso, respecto a un sector jurídico menos tradicional, de un «orden público económico» (17). De manera que, desde esta perspectiva sectorial, el «orden público» en Derecho internacional privado sólo sería un aspecto particular más, entre otros, de una noción general en el ordenamiento español.

14. Ahora bien, aun partiendo de esta perspectiva, es obligado preguntarse, como ha hecho la doctrina italiana (18), si en el ordenamiento jurídico existe un significado general del concepto de «orden público» y, en el caso de una respuesta afirmativa, cuál sea dicho significado. En esta orientación doctrinal se ha puesto de relieve que la misma expresión, «orden público» ya nos indica que

se trata del «orden en la comunidad estatal». Lo que establece una directa vinculación del concepto con la función de «control social» que es propia del Derecho (19). Sin embargo, si se quiere atribuir al concepto de «orden público» un significado específico y no difuminarlo en la doble función de «integración» social y de «regulación» del ordenamiento jurídico, se ha sostenido que con esta expresión sólo pueden indicarse «las "condiciones mínimas" a las cuales está subordinada la existencia del ordenamiento jurídico y de la comunidad estatal que está regida por dicho ordenamiento». Condiciones que operan para la «tutela de la integridad del ordenamiento jurídico» (20).

Esta caracterización general debe ponerse en relación con la distinción entre un significado material y un significado normativo del «orden público» (21). Lo que permitirá una más concreta aproximación a este concepto, a los fines del artículo 12, 3.º, del Código civil.

B) Orden público en sentido material

15. Bajo este significado, el «orden público» expresa una particular «situación de paz social y de seguridad» en una comunidad estatal. Esta situación o estado de la sociedad es la que permite tanto el normal desarrollo de la convivencia y de las actividades humanas como el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos por los particulares (22). Mas si se tiene en cuenta que esta situación de paz social y de seguridad pública se considera un bien jurídico o un «valor jurídico» de especial importancia para el propio ordenamiento estatal, no debe sorprender que sea objeto de especial protección por medio de normas administrativas y penales que previenen o sancionan aquellas conductas que puedan alterar o perturbar esta situación.

16. Este aspecto material se expresa muy claramente, en los artículos 1 y 2 de la Ley de 30 junio 1959, de Orden Público. Idea que está igualmente presente en los artículos 16, 1.º, y 21, 2.º, de la C. E.t al limitar el ejercicio de ciertas libertades y derechos fun-

damentales cuando, en el primer caso, su «manifestación» en la comunidad afecten al «orden público» o, en el segundo, «existan razones fundadas de alteración de orden público, con peligro para personas y bienes» (23). Y de forma también muy expresiva, el artículo 13, 1.º, de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 julio, al establecer el presupuesto para que pueda declararse el estado de excepción, se refiere a una situación social que es caracterizada en los siguientes términos. «Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo...».

De otro lado, y paralelamente, la protección del «orden público» como bien o valor jurídico faculta a la Administración para el ejercicio de poderes de policía. De manera que el concepto constituye una verdadera «cláusula general de apoderamiento» en el ordenamiento administrativo (24). En segundo término, determinadas situaciones, como la de «calamidad, catástrofe o desgracia pública» facultan a la Administración para adoptar las medidas necesarias para la «protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares», como se expresa en el artículo 17 de la citada Ley de Orden Público de 30 julio 1959. Y, por último, en los estados de alarma, excepción o sitio, caracterizados por una grave alteración del «orden público» la Administración dispondrá, más allá de las potestades ordinarias, de poderes excepcionales para restablecerlo, una vez declaradas cualquiera de estas situaciones. A lo que se agrega, como antes se ha señalado, que en los supuestos de los artículos 246 a 249 bis del Código penal, la sanción de aquellas conductas constitutivas de «desórdenes públicos» queda confiada a los Tribunales del orden penal.

C) *Orden público en sentido normativo*

17. En su segundo significado, el puramente normativo, el «orden público» constituye, por el contrario, «el sistema ideal de va-

lores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad». Si se quiere, el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal (25).

Ahora bien, si estos valores jurídicos o concepciones fundamentales del Derecho constituyen los presupuestos que inspiran la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, la consecuencia obligada es su «carácter absolutamente obligatorio e inderogable» para el propio ordenamiento. Y esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior, no menos importante: en su significado normativo, el «orden público» no sólo posee una función positiva, como elemento inspirador de la totalidad del sistema. También, necesariamente, debe llevar a cabo una «función excluyente» o de signo negativo: la de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios a dichos valores jurídicos fundamentales. Y paralelamente, la de impedir que puedan integrarse en el ordenamiento estatal y, por tanto, que puedan tener eficacia jurídica, las normas, decisiones o sentencias extranjeras – esto es, creadas fuera del propio ordenamiento– que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse.

18. Desde este significado normativo puede explicarse, de un lado, que en el ámbito del Derecho civil el «orden público» opere como un límite a la costumbre o a los usos en el artículo 1, 3.º, del Código civil, pues esta normatividad no es el resultado directo de la voluntad del constituyente o del legislador, como ocurre en el caso de la ley, sino del cuerpo social, aunque éste la reconozca y aun la eleve a «fuente» del Derecho (26).

Asimismo, puede explicar que en el artículo 6, 4.º, del Código civil el «orden público» constituya un límite a los actos privados de renuncia de derechos o de exclusión voluntaria de la ley; y que la autonomía privada y la libertad contractual se halle limitada por la ley, la moral y el «orden público» como determina el artículo

1.255 del Código civil. Por último, que en el ámbito del Derecho internacional privado –y, en concreto, del artículo 12, 3.º, del Código civil– que el «orden público» constituya un límite, por vía de exclusión, a las normas, actos y decisiones judiciales extranjeras.

II. EL «ORDEN PÚBLICO» EN EL ARTÍCULO 12, 3.º, DEL CÓDIGO CIVIL

1. Caracterización general

A) *El «orden público» como cláusula general*

19. Como se acaba de indicar, en su sentido normativo el «orden público» constituye una cláusula general de protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico; cláusula que puede operar frente a otros procedimientos autónomos de producción jurídica admitidos por el propio ordenamiento. Lo que implica, de un lado, que la protección que lleva a cabo el «orden público» sólo se refiere al que puede denominarse «contenido propio» del ordenamiento jurídico, determinado por la ley. Esto es, en relación con los valores fundamentales que informan tanto la Constitución como las leyes ordinarias. De otro, que la protección opera frente a cualquier procedimiento autónomo de producción jurídica, ya se trate de la costumbre, de la autonomía privada o, en el caso de las normas de Derecho internacional privado, de normas, actos o decisiones extranjeras.

20. En el Derecho internacional privado español, el artículo 12, 3.º, del Código civil constituye, en particular, una cláusula general relativa a «la ley extranjera» declarada aplicable por una norma de conflicto multilateral. Lo que se evidencia por la genérica referencia que se contiene en precepto a la «ley extranjera» y también a la inaplicación por el Juez o autoridad española, si aquélla resulta contraria al «orden público». Ahora bien, una vez establecido que el artículo 12, 3.º, opera exclusivamente en el ámbito del conflicto de leyes o de la determinación del Derecho aplicable a los supues-

tos de tráfico externo, cabe preguntarse si la cláusula general del precepto aquí comentado se diferencia, en atención a su objeto, de otras cláusulas generales de «orden público» también existentes en el sistema español de Derecho internacional privado. La diferenciación es clara respecto a la cláusula general de «orden público» del artículo 954, 3, de la L. E. C, al operar ésta exclusivamente y con independencia de su incorrecta formulación, frente a las «sentencias dictadas por Tribunales extranjeros» o, más genéricamente, frente a cualquier resolución judicial extranjera a la que se pretende dar eficacia en España (27). Y también se diferencia respecto a la contenida en el artículo 278, 4, de la L. O. P. J., por referirse a las solicitudes de cooperación judicial de un Tribunal extranjero. No obstante, en el caso de la cláusula general del artículo 600, 1, de la L. E. C, sobre la fuerza probatoria de los «documentos otorgados en otras naciones», cabe estimar que el «orden público» no opera frente al «documento» como tal ni ante su eventual fuerza probatoria en el proceso que se sigue en España, sino frente al «acto o contrato» que contiene, eventualmente regido por una ley extranjera; de manera que esta cláusula no se diferenciaría, en última instancia, de la incluida en el artículo 12, 3.º, del Código civil por operar frente a la ley rectora del acto o contrato (28). Y es de señalar, por último, que en atención a su objeto los preceptos que se acaban de indicar no agotan el alcance del «orden público» como cláusula general en el sistema de Derecho internacional privado; éste opera también, claro está, frente a cualquier decisión o acto público extranjero, ya se trate de un acto legislativo de nacionalización o de una decisión dictada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria (29).

B) El «orden público» como cláusula de exclusión de la ley extranjera

21. El artículo 12, 3.º, del Código civil, como se ha dicho, presupone una remisión a la ley extranjera, declarada aplicable por una norma de conflicto multilateral española. Si ahora se consideran la finalidad de esta cláusula general, la conclusión no ofrece duda alguna: excluir la aplicación de la ley extranjera que resulte contraria al «orden público». Lo que implica, lógicamente, que la cláusula

la general de «orden público» del artículo 12, 3.º, del Código civil lleva a cabo función de signo negativo o excluyente. No obstante, conviene precisar que esta función negativa no se proyecta frente a la remisión a otro ordenamiento establecida por la norma de conflicto española –pues ésta ya ha tenido lugar y se ha determinado el ordenamiento extranjero aplicable al supuesto–, sino frente al resultado concreto de esa remisión. Esto es, las concretas normas materiales del ordenamiento extranjero que, en otro caso –es decir, cuando no opere el «orden público»–, debían servir al Juez español como fundamento jurídico de su decisión en el caso planteado.

22. Esta función excluyente se justifica por la protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento español. De manera que la cláusula general de «orden público», por su significado negativo o excluyente, puede considerarse que constituye el cauce jurídico de «depuración» de cualquier normatividad extranjera que atente contra dichos valores fundamentales. Lo que explica que la doctrina haya aludido al orden público como un «filtro» o una «válvula de seguridad» frente al Derecho extranjero. Pero debe subrayarse, de otra parte, que si la cláusula general del artículo 12, 3.º, produce un efecto principal –la «depuración» del Derecho extranjero, a la luz de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento español, asegurando así su integridad y su coherencia interna– no nos indica, en contrapartida, cuál es el efecto ulterior de esta exclusión. En efecto, sólo establece la exclusión del ordenamiento designado por la norma de conflicto española, pero guarda silencio a los fines de determinar el ordenamiento que debe ser aplicado por el Juez o autoridad española, en defecto del que se ha excluido. A este aspecto se aludirá posteriormente, al examinar los efectos de la cláusula general de «orden público».

C) Cláusula general de orden público y normas materiales imperativas del foro

23. De otra parte, aun operando exclusivamente en el ámbito del «conflicto de leyes» o de la determinación del Derecho aplicable a

las situaciones de tráfico externo, cabe preguntarse cuáles son las relaciones de la cláusula general de «orden público» del artículo 12, 3.º, con otras normas del sistema español de Derecho internacional privado que, por estar destinadas también a la protección de valores fundamentales del propio ordenamiento, son imperativamente aplicables a dichas situaciones por el Juez español, cualquiera que sea la ley rectora del acto o contrato de los particulares. Esto es, las llamadas «normas de aplicación necesaria», «normas de aplicación inmediata» o «normas materiales imperativas».

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, baste señalar aquí dos extremos. En primer lugar, como se ha indicado reiteradamente, la cláusula general del artículo 12, 3.º, sólo opera una vez que se ha efectuado la remisión al Derecho extranjero de conformidad con lo dispuesto por una norma de conflicto multilateral española. De manera que la norma que incluye esta cláusula general se vincula, exclusivamente, con dichas normas de conflicto multilaterales; estimándose por la doctrina que la intervención del «orden público» es un posible correctivo del «funcionamiento» de aquéllas dentro del proceso de aplicación por el Juez o autoridad española. En cambio, las normas materiales imperativas para las situaciones de tráfico externo del sistema español de Derecho internacional privado deberán ser directamente aplicadas por el Juez español, cualquiera que sea el ordenamiento que rijan la situación; y, por tanto, con independencia de la ley designada por una norma de conflicto multilateral.

24. En efecto, a partir de las corrientes centradas en el denominado «pluralismo metodológico», en los últimos años se ha insistido en la revitalización del papel del foro y en las insuficiencias de método propugnado por F. K. von Savigny (aunque no puede olvidarse que el autor alemán había aludido ya a una clase de normas que tenían la virtud de excluir expresamente de la «localización» de las relaciones jurídicas aquellos supuestos

regidos en un Estado por «leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatorias» dentro de las cuales señalaba la prohibición de la poligamia). No obstante, en la hora actual, la protección del «orden interno» es uno de los deberes que los Estados deben cumplir con carácter prioritario, incluso en propio bien del «orden internacional» (30) y, en este orden de ideas, no puede desconocerse que en todos los sistemas estatales y, muy concretamente, en el sector relacionado con el Derecho de la familia o en el de la contratación existen cierto tipo de normas que se imponen con independencia de una eventual ley nacional o de la ley designada por las partes.

Este tipo de normas son calificadas por la doctrina española (31) con la expresión «normas materiales imperativas» o, más extensamente, «normas materiales imperativamente aplicables al tráfico externo». Se trata de una serie de disposiciones de la ley del foro, tanto de Derecho público como de Derecho privado, cuyo interés para la sociedad estatal es demasiado relevante para que puedan entrar en concurrencia con las leyes extranjeras. Su ámbito de aplicación se determina, en consecuencia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, el fin que persiguen, y su aplicación se suele calificar de «inmediata» o de «necesaria», porque opera, en principio, al margen del procedimiento de atribución. Lo que importa en estas normas no es el grado de permisividad o de prohibición que contienen, sino el elemento de organización estatal que reflejan; dicha organización debe quedar seriamente afectada en virtud del intrusismo de la ley extranjera y ello justifica que su aplicación sea «normal», es decir, que no presenta como una excepción a la aplicación de las normas extranjeras (32).

Este planteamiento, que muchas veces obedece a un «conflicto de civilizaciones» (33), es común en la doctrina legal de los Tribunales europeos (34) y, a título de ejemplo, inspira en el Derecho internacional privado español, el mandato de aplicación de la ley española contenido en el artículo 9, 6.º, III, del Código civil, según el cual, «Será aplicable la ley española para

tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.» Se trata, como puede observarse, de una norma cuyo supuesto de hecho está conectado con la esfera territorial del ordenamiento español y que atribuye el carácter de normas materiales imperativas al Derecho material español en esta materia. Constituye, indudablemente, una plasma-ción en el sistema español de la práctica internacional de claro componente publicista, cuyo ejemplo típico fue el caso de «Boll» (35).

25. Dentro de las distintas dimensiones que el orden público ofrece en el Derecho internacional privado, debe hacerse referencia ahora a dos muy concretas: de un lado, su empleo, junto con otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.), como fundamento de la aplicación de normas sustantivas nacionales a una relación del tráfico externo; de otro, y más comúnmente, la noción de orden público se utiliza como correctivo funcional del método de atribución. Esta distinción que parece tan clara, no lo es en la jurisprudencia española, que en el período pre-constitucional ha recurrido al confortable cauce del «orden público» en sentido muy diverso y con efectos muy distintos (36). Puede afirmarse que en esta etapa el orden público ha experimentado un importante proceso evolutivo (de norma material imperativa a correctivo de la norma de conflicto), que encuentra en la institución del divorcio su máxima expresión. Del período en que la indisolubilidad del matrimonio era considerado como principio fundamental del sistema y, por tanto, se extendía como norma material imperativa a todas las relaciones jurídicas tanto del tráfico interno como del externo en virtud del principio de la confesionalidad del Estado, se dio entrada, a comienzos de los años setenta, al denominado «efecto atenuado del público» (37). El tránsito de un método de reglamentación a otro ofreció una importancia extraordinaria, pues aunque siguieron sin reconocerse los efectos directos de la disolución del vínculo matrimonial, los Tribunales y autoridades españolas

españolas comenzaron a admitir los efectos del divorcio extranjero en materia de filiación, sucesiones, recuperación de la nacionalidad de la mujer casada, etc.

Por último, tras el proceso de reforma política y la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el efecto principal del divorcio desaparecería del orden público español, lo cual se confirmará plenamente con la nueva redacción del artículo 107 del Código civil. Ello demuestra que si bien el orden público puede llegar a mediatizar las normas de conflicto e, incluso, determinar su inaplicación a través de normas materiales imperativas, la desaparición de éste hace que adquiera plena eficacia el método con-flictual.

D) *Cláusula general de orden público y leyes penales, de policía y de seguridad pública*

26. La distinción entre normas materiales imperativas y leyes de policía no es otra cosa que un reflejo, en un sentido positivo, de la propia diferenciación entre orden público y leyes de policía. En tanto que las normas materiales imperativas obedecen al carácter imperativo que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, las *lois de police* suelen estar referidas al carácter propiamente imperativo y territorial de las normas del Derecho público. La jurisprudencia española hace uso complementario de ambas técnicas normativas, lo que evidencia la interpenetración entre Derecho público y Derecho privado y la escasa funcionalidad de su distinción.

De esta suerte, en el Derecho internacional privado español la noción de orden público se ha involucrado frecuentemente con las normas penales, de policía y seguridad pública que figuran en el artículo 8, 1.º, del Código civil (similar al art. 3, 1.º, del Código civil francés y al art. 28 del Código civil italiano), según el cual, «Las Leyes penales, las de policía y de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español»

(38). Dichas normas han sido utilizadas en ciertas etapas por la jurisprudencia para reforzar el juego de la excepción de orden público. Así, en el período en que el divorcio estaba prohibido en España, era frecuente el juego combinado de este precepto y del antiguo art. 11, 3.º, del Código civil para fundamentar en los supuestos del tráfico externo la aplicación imperativa del sistema matrimonial español. A partir de aquí, orden público como correctivo funcional, normas imperativas y leyes de policía eran nociones que se involucraban en la jurisprudencia y en la doctrina española. Cuando a partir de los años setenta se introducen en España las doctrinas favorables al «pluralismo metodológico», cada uno de estos instrumentos contará con un juego específico.

Del mismo modo que en un sentido positivo se habla de las leyes de policía como una subespecie de las normas imperativas, en un sentido negativo cabe afirmar que las primeras obedecen a una determinada vertiente del orden público, sin perjuicio de la identidad metodológica de tales instrumentos. Las leyes de policía responden a la necesidad de un tratamiento uniforme tanto de las situaciones internas como internacionales conectadas con el territorio del foro. La imperatividad de estas normas se sustenta, en un plano funcional, en la satisfacción de intereses colectivos que explican el carácter de Derecho público de las disposiciones calificadas como tales: Derecho penal, Derecho procesal, régimen de control de cambios, regulación anti-trust, etc..

27. El intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de los intereses individuales ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de aplicación de las leyes de policía, circunstancia que ha contribuido a difuminar los perfiles de la distinción entre leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico (39).

En este contexto es menester referirse al denominado a orden público económico», concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas. Este principio presenta una gran importancia cuantitativa y cualitativa que, en el marco internacional, se traduce con carácter general en un mecanismo de defensa de las condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto. El tenor del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de contratación, del consumo o de las situaciones concúrsales en el Derecho interno, puede rellenar el contenido de esta noción, permitiendo la elusión del Derecho extranjero que admita determinadas prácticas, derechos o cláusulas contractuales que afecten a las condiciones del mercado del Estado del foro.

Por definición, el orden público económico requiere, para actuar, una determinada conexión espacial del supuesto con el ordenamiento del foro, pues no tendría sentido utilizarlo si la aplicación de la ley extranjera no produce efectos nocivos en el mercado interior. En la actualidad, el contenido del orden público económico para los países miembros de la Comunidad Europea viene dado por el propio Derecho comunitario, en las más variadas materias objeto de su regulación, y su función es proteger el mercado comunitario tanto en su cohesión interna (situaciones intracomunitarias), como frente al exterior.

2. El concepto de orden público del artículo 12, 3.º, del Código civil

A) *Noción*

28. En el sistema español de Derecho internacional privado subsiste la noción tradicional del «orden público» caracterizada, como se ha señalado, por dos elementos relevantes: estar centrado en la dimensión propia del Derecho aplicable y vincularse con un determinado procedimiento de reglamentación la norma de conflicto. Este es el espíritu que impregna la redacción del artículo 12, 3.º, del Código civil. En la actualidad, y a partir de los postulados de la Constitución de 1978, el punto de referencia obligado para establecer el contenido del orden público son aquellas disposiciones de rango constitucional que recogen los principios a los que deben ajustarse las normas extranjeras reclamadas por la norma de conflicto.

El carácter informador de la Constitución sobre el orden público, se demuestra, tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial, en la incidencia de la normativa sobre derechos y libertades fundamentales en sectores tales como la disolución del matrimonio (40), la filiación (41) o la protección del consumidor, o la protección de la propiedad (42).

29. A partir de estos datos, el orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de la sociedad en un momento concreto (43). Entendido así, debe distinguirse una doble vertiente, positiva y negativa, del orden público. En su aspecto positivo, se confunde con las normas imperativas y fundamenta el empleo de la *lex fori* a ciertas relaciones del tráfico externo que afectan a determinados valores como la seguridad nacional o la economía nacional. La dimensión negativa del orden público es propia del método de

atribución, es decir, presupone la puesta en marcha del mandato contenido en una norma de conflicto del foro cuya consecuencia jurídica (el Derecho extranjero reclamado) no puede aplicarse por ir en contra de una serie de valores que se consideran dignos de protección. Esta última dimensión es la que refleja el artículo 12, 3.º, del Código civil (44).

B) *Características*

30. Desde esta especial perspectiva, que presupone la puesta en marcha del método de atribución, el orden público ofrece en el Derecho internacional privado español las siguientes características:

En primer lugar, la excepcionalidad: la ley o la decisión extranjera ha de implicar una contradicción «manifiesta» con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera referencia de contenido. Es cierto que el artículo 12, 3.º, del Código civil no incluye la expresión «manifiestamente incompatible», pero la participación de España en un importante número de Convenios de Derecho internacional privado (principalmente de la Conferencia de La Haya y de la C. I. E. C), que incorporan esta cláusula (45), atenúan el rigor originario de la norma.

Ello muestra una evidente descoordinación entre el legislador interno a la hora de construir el sistema de Derecho internacional privado autónomo y de adherirse a los textos de carácter internacional.

Cuando en numerosos Convenios de Derecho internacional privado la noción de orden público se había restringido, el legislador se mantuvo, incomprensiblemente, en una acepción radical y rígida que debe ser revisada si el sistema español quiere adaptarse a las modernas exigencias del tráfico externo. Afortunadamente, esta tendencia reductora del alcance del orden público es manifiesta en la doctrina registral, con afirma-

ciones tales como la de que: «... en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra de la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente» (46). En definitiva, la ley extranjera ha de implicar una contradicción «manifiesta» con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente, como se ha indicado, una mera diferencia de contenido (47).

31. Al lado de este carácter excepcional, el orden público se caracteriza por la territorialidad; es decir, el rechazo del Derecho extranjero opera únicamente respecto al orden público del foro. Este es un punto de diferencia notable respecto de la dimensión positiva del orden público, en el sentido de permitir la aplicación de normas imperativas de la *lex causae* o incluso de las pertenecientes a un tercer ordenamiento (48).

32. Por último, el orden público está impregnado de una nota de relatividad, que se manifiesta tanto en el tiempo, como en el espacio. Este último supuesto implica que la intervención del orden público depende en gran medida de la proximidad de la relación jurídica debatida con el foro; a mayor conexión, mayores posibilidades de actuación del orden público. Por lo que respecta a la incidencia del factor tiempo en la configuración del orden público, la solución unánime es la de su apreciación en el momento presente; esto es, debe estarse a la «actualidad» del orden público (49). Dicha «actualidad» fue manifiesta con la vertiginosa evolución del sistema español de Derecho internacional privado tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Esta trajo consigo un aumento sin precedentes de supuestos en los cuales entre el momento del nacimiento de la situación y el del fallo del Tribunal, se había producido una variación en el contenido del orden público del foro. En todos estos casos, la tesis de la actualidad del orden público desplegó toda su eficacia, tanto en la práctica de los Tribunales de Justicia,

con decisiones muy notables en la materia que nos ocupa, como en la doctrina registral (50).

C) *Orden público y «derechos adquiridos»*

33. El elemento espacial que caracteriza la excepción de orden público se combina con el elemento temporal en el tratamiento de los derechos adquiridos. Teóricamente, las situaciones ya consolidadas al amparo de un sistema extranjero, fruto del efecto inmediato de dicho ordenamiento, no muestran la misma vulnerabilidad frente a la excepción de orden público de aquellas situaciones que, aún originadas bajo el imperio de la ley extranjera, continúan desplegando sus efectos al entrar en contacto con el foro. Las relaciones jurídicas que no presentan un carácter durable, es decir, que se consolidan en un lapso de tiempo determinado (transmisión de la propiedad, validez del acto de adopción, etcétera...) suelen eludir la excepción de orden público en base a razones de índole tanto técnica como funcional. Desde una perspectiva formal, dado que al momento de consolidarse faltaba la conexión espacial con el foro; desde un plano funcional, porque una solución distinta iría en contra de la mínima seguridad jurídica deseable en el orden internacional.

No debe olvidarse, sin embargo, que el presunto carácter retroactivo del orden público frente a los derechos adquiridos ha servido para articular por parte de la doctrina una solución al «conflicto móvil» favorable a la aplicación de la última ley (51). A este respecto el ordenamiento español ha ofrecido ejemplos históricos particularmente ilustrativos de una aplicación retroactiva del orden público en detrimento de los derechos adquiridos (52). Aún así resulta aconsejable evitar una aplicación del correctivo frente a aquellos derechos adquiridos al amparo de un ordenamiento extranjero que, en el momento de consolidarse, no presentaban una conexión suficiente con el ordenamiento del foro. Ello no es óbice para anteponer la excepción de orden público ante aquellos efectos derivados de dicha rela-

ción jurídica que continúan desplegando sus efectos en el tiempo y son susceptibles de entrar en contacto con el sistema del foro, vulnerando los principios que informan el orden público internacional.

3. Orden público y otras figuras afines

A) *Orden público y buenas costumbres*

34. En el Derecho material, la referencia al orden público puede venir reforzada por una invocación a las «buenas costumbres». Frente a la interpretación restrictiva y analítica que entiende la referencia al orden público como comprensiva de los principios jurídicos, y la mención a las buenas costumbres vinculada a la observancia de los principios morales, la normativa española de Derecho internacional privado mantiene una tesis contraria basada en la identidad sustancial de ambos conceptos. En concreto, la referencia del artículo 12, 3.º, del Código civil al orden público incluye, igualmente, las denominadas buenas costumbres nacionales. La prueba de su identidad sustancial se observa en la sustitución del término «orden público» por el de «buenas costumbres» en algunos textos del Derecho comparado (art. 138, 1.º, del B. G. B. alemán, cuyos redactores consideraron ambos términos intercambiables).

35. Sin embargo, un sector de la doctrina española ha defendido la necesidad funcional de que ambas opciones figuren conjuntamente en los textos positivos, de suerte que puedan servir

de medio» de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia» (53). La razón de ser de esta referencia común lleva aparejada una autorización al intérprete y al Juez para desentenderse de la letra de la ley. En este sentido, aparece como un instrumento poco aconsejable en el Derecho internacional privado, pues se corre el peligro de extenderse injustificadamente al ámbito de acción del orden público, cuya aplicación ha de ser, por definición, eminentemente restrictiva y ha de estar fundada en los principios jurídicos que informan el ordenamiento positivo, en especial el denominado «bloque de la constitucionalidad».

B) *Orden público y fraude a la ley*

36. El carácter expansivo de la excepción de orden público en el sistema español de Derecho internacional privado ha tenido como virtud la escasa relevancia práctica de otro de los correctivos funcionales a la aplicación de la ley extranjera: el fraude a la ley. Es cierto que el Código civil dedica un precepto autónomo a esta figura inmediatamente después de regular el orden público, en concreto, el artículo 12, 4.º («Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española»); sin embargo puede afirmarse que el orden público la ha devorado sistemáticamente (54). No existe, en efecto, ningún precedente claro en que el fraude a la ley haya operado aisladamente del orden público, aunque la jurisprudencia del T. S. y la doctrina registral aludan reiteradamente al fraude en las relaciones del tráfico privado externo (55).

Idéntica involucración de planos se observa en los supuestos de «fraude a la ley extranjera». Si trasladamos al foro español un caso similar al suscitado por el Tribunal de Apelación de París en su sentencia de 18 junio 1964 (56), sería probable que fuese resuelto por la vía del orden público soslayándose el recurso al fraude. Un ejemplo sería el caso del español que con-

trae matrimonio en el Estado de Nueva York con una norteamericana y más tarde se divorcia en México para sustraerse a las rígidas normas del primer Estado. De pretender el reconocimiento de este divorcio en España, es muy posible que la norma del artículo 12, 4.º, del Código civil fuese utilizada por el Tribunal como cláusula de estilo, pero sería el orden público el correctivo que en definitiva operase, caso de demostrarse la intención fraudulenta.

Si esto es así desde una perspectiva funcional, no cabe duda de que desde el plano técnico-jurídico es factible deslindar ambas nociones y el tema ha dado lugar a una importante polémica doctrinal en España (57) de la que cabe extraer que ambos correctivos actúan en momentos distintos y con dos funciones igualmente diversas. El orden público suspende la consecuencia jurídica de la norma de conflicto; el fraude a la ley pretende defender el ámbito normal de aplicabilidad de la norma del foro defraudada. Así, el orden público altera el sistema normal de distribución de competencias, en tanto que el fraude a la ley lo protege.

4. Orden público interno y orden público internacional

37. Esta distinción que se encuentra a partir de la obra de Brocher ha sido tradicional en el desarrollo doctrinal de la noción de orden público. Orden público interno y orden público internacional se suelen representar en la doctrina española con la clásica figura de los círculos concéntricos, correspondiendo el círculo interior al segundo, de suerte que la norma de orden público internacional se inscribe en el orden público interno pero no a la inversa. El espacio que se sitúa en la corona circular ofrece en el tráfico externo una nota de carácter dispositivo, en tanto que la autonomía de la voluntad en las situaciones de tráfico interno queda en el exterior de la circunferencia mayor.

Un ejemplo ilustrativo lo proporciona la reglamentación española en materia sucesoria: las legítimas, que en el Derecho material (arts. 806 a 822 del Código civil) limitan la autonomía de la voluntad del testador, mantienen este carácter imperativo únicamente para los supuestos de tráfico interno, pues para las situaciones supranacionales la determinación, en su caso, de las legítimas corresponde siempre a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9, 8.º, del Código civil). En suma, las reglas contenidas en los artículos 806 a 822 se situarían en la corona del gráfico propuesto (58).

38. Frente a esta interpretación clásica ha encontrado cierto eco en la doctrina española la doble crítica de G. Sperduti (59) en el sentido de que una división que tome como punto de referencia la inscripción del orden público internacional en un círculo que contenga una parte de Derecho material interno implica, en definitiva, su solapamiento con la noción de normas imperativas; y, además, incurre en una imprecisión, por cuanto la expresión «orden público internacional» parece indicar una realidad enraizada en exigencias de la comunidad internacional y no el marco del «orden público interno». Puede afirmarse, a modo de síntesis, que el ejemplo gráfico de los círculos concéntricos es operativo desde un doble punto de vista. En primer término, porque nada impide que en el círculo referido al orden público internacional se contengan principios de imperatividad absoluta extraídos bien de las disposiciones materiales internas o bien de los textos convencionales internacionales de aplicación en el foro. En segundo término, porque los principios que se sitúan en la corona circular pueden distinguirse, a su vez, tanto de las normas imperativas propias del Derecho internacional privado como de la excepción de orden público internacional que se inscribe en el primer círculo.

5. Efectos de la cláusula general de «orden público»

39. Al margen del denominado «efecto atenuado del orden público», al que ya se ha hecho referencia, debe dejarse constancia de que la redacción efectuada en 1974 del artículo 12, 3.º, del Código civil ha sido severamente criticada por los tajantes términos en que está redactado, y por su inadecuación de las necesidades reales del tráfico privado externo. En concreto se echa de menos en la norma una solución que de algún modo permita aplicar otras normas del Derecho extranjero reclamado que no fuesen contrarias al orden público y, si esto no fuera posible, estar a la competencia residual de la *lex fori*. Este silencio es llenado por la doctrina, de *lege ferenda*, a través de una solución similar a la del artículo 22, 2.º, del Código civil portugués, es decir, aplicar en primer lugar las normas más apropiadas de la legislación extranjera competente y, con carácter subsidiario, el Derecho material del foro (60). Sin embargo, la situación que parece más adecuada a la práctica de los Tribunales españoles es la de estar a la aplicación de la *lex fori*.

El tema se vincula, indudablemente, con el de la eventual competencia residual del Derecho del foro en los supuestos de impracticabilidad de la remisión al Derecho extranjero. A lo largo de los debates que precedieron a la reforma del Título Preliminar del Código civil se propuso una norma que estableciera estar en estos supuestos a la «aplicación de las disposiciones del Derecho español», mas tal iniciativa no prosperó. El silencio de la ley nos obliga a indagar en los precedentes de la práctica para observar si en algún caso los Tribunales españoles aplicaron otras disposiciones del ordenamiento extranjero reclamado que no atentaran contra el orden público del foro; es decir, si en algún caso han seguido una solución similar a la adoptada por los Tribunales suizos o alemanes (61). La respuesta es negativa, aunque acaso puede tener cierto valor como pre-

cedente favorable hacia la adopción de posturas más flexibles el asunto «Seslavine c. Locatelli» (62) que juzgó un supuesto de imposibilidad material, pues la norma de conflicto española remitía al Derecho zarista. Ante esta situación el T. S. si bien tomó como punto de partida la *lex fori*, aplicó por analogía una institución del Derecho material español similar a la que sería aplicable de existir el Derecho extranjero. Se trata, indudablemente, de un precedente muy forzado para trasladarlo al problema que examinamos, pero resulta ilustrativo de las posibilidades que tienen los Tribunales españoles para no aplicar una solución rígida.

En todo caso, ello no implica que la sustitución del Derecho extranjero, contrario al orden público, por la *lex fori* no esté sujeta a ciertos límites; como afirman H. Batiffol y P. Lagarde, el orden público debe limitarse a rechazar la concreta disposición del Derecho extranjero contraria a él, pero no el Derecho extranjero considerado en su conjunto. Dicha afirmación podría ser asimismo válida para el Derecho internacional privado español (63).

NOTAS

- (2) Redactados conforme a la Ley 75-617, de 11 junio 1975.
- (3) Vid. infra, el comentario al artículo 12, 5.º, del Código civil.
- (4) Vid. infra, el comentario al artículo 12, 6.º, del Código civil.
- (5) Vid. supra, el comentario al artículo 12, 1.º, del Código civil.
- (6) Vid. infra, el comentario al artículo 12, 6.º, del Código civil.
- (7) Así, desde el Derecho administrativo, E. García de Enterría y T. R. Fernández. Curso de Derecho administrativo, I, 5.a ed., Madrid, Civitas, 1989, pág. 450.
- (8) L. Martín-Retortillo, Las sanciones de orden público en Derecho español, Madrid, 1973, pág. 35.
- (9) Fontaine, en Travaux de l'Association Henri Capitant, t. VII, págs. 675 y ss.

(10) B. I. M. J., núm. 1185, 1979, págs. 20–22; B. J. C, 1981–2, pág. 149 y nota de J. D. González Campos, en R. E. D. I., vol. XXXII, 1980, págs. 209–210, y de J. A. Tomás Ortiz de la Torre, en R. G. L. J., 1979, págs. 539–566.

(11) Vid. L. Martín–Retortillo, «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», en *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, 1983, págs. 287 y ss.

(12) Artículo 149, 1, 29.a, de la C. E., en relación con las competencias exclusivas del Estado.

(13) Vid. P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984; F. Fernández Segado, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en R. D. PoL, núm. 11, 1981.

(14) Vid. T. Font I Llovet, *La ejecución de las sentencias contencioso–administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985.

(15) Vid. T. R. Fernández Rodríguez, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970.

(16) Vid. supra, los comentarios a los artículos 8, 1.º, y 10, 6.º, de Código civil. Asimismo, A. Ortiz–Arce, «Artículo 10, 6.º», en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, págs. 529 y ss.; M. Moya Escudero, «Reflexiones en torno al párrafo 4.º del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores», en A. E. S. J., vol. VIII–IX, 1979–80, págs. 349–362.

(17) Sobre el origen de esa noción, vid. G. Ripert, «L'ordre économique et la liberté contractuelle», en el *Recueil d'étude en hommage á J. Gény*, t. II, Paris, 1934, págs. 347 y ss., y su divulgación a partir de la obra de Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, donde se distingue entre un orden público de «dirección» y de «protección» para referirse a distintas finalidades de la intervención del Estado en materia económica.

(18) Entre otros, Paladín, «Orddine pubblico», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Turín, 1965, pág. 140 y ss., y N. Palaia, *L'ordine pubblico internazionale*, Padua, 1974, con amplias referencias a la doctrina de Derecho civil y de Derecho administrativo.

(19) M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, págs. 61–62. Con referencia a la tesis de Maihofer, este autor señala que el «control» persigue una «integración» social, a través de la supervisión de las conductas y del funcionamiento de las instituciones restaurando el equilibrio social una vez alterado. Por tanto, en sentido propio, el «control social» es separable de la «regulación» social o función de dirección o guía de las conductas que lleva a cabo el Derecho. En páginas 67–68, M. Atienza considera que en cuanto sistema de «control social», el Derecho opera, bien a priori, bien a posteriori, de cuatro maneras o modos de ejercer el control: previniendo, reprimiendo, promocionando o premiando la conducta. Si ésta es indeseada o ilícita operará a priori previendo y a posteriori, reprimiendo; si la conducta es deseada o lícita, promocionando en el primer caso y premiando en el segundo.

(20) N. Palaia, *op. cit.*, págs. 42–43 y pág. 87.

(21) Paladín, *loc. cit.*, pág. 130, y los demás autores citados por N. Palaia, *op. cit.*, pág. 34, nota 5.

(22) Partiendo de la distinción entre «fin social» y «medios» para su realización, Gianformaggio ha señalado que en las sociedades desarrolladas de hoy el Derecho cumple los fines (o funciones) de ordenar la sociedad y asegurar la paz, garantizar el ejercicio de derechos y libertades y promocionar la autorrealización del individuo; y para ello utiliza ditintos «medios», como la prevención y la represión de las conductas ilícitas o la promoción y el premio de las conductas lícitas o deseadas. Vid. M. Atienza, *op. cit.*, pág. 67.

(23) El «orden público» constituye, pues, en dichos preceptos un límite a las libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Vid., respecto a la Constitución italiana, que no emplea esta expresión, sino la de «seguridad pública», Esposito, «La liberta di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, pág. 191 y ss., y los demás autores citados por N. Palaia. *op. cit.*, pág. 35, nota 6.

(24) E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., pág. 450.

(25) N. Palaia, op. cit., pág. 36.

(26) *Ibid.*, pág. 52, y los autores citados en la nota 30, destacando que el «orden público» en sentido normativo, operará «... in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento statale prende in considerazione e riconosce come efficaci nel proprio ámbito autonomi centri di produzione giuridica, di qualche specie essi siano: così, ad esempio, nei risguardo della consuetudine».

(27) No es éste, sin embargo, el sentir de la evolución legislativa anterior a la reforma del Código civil de 1974 ni, mucho menos, el de la jurisprudencia española. En concreto, la redacción originaria del Código civil contenía una norma de mayor alcance que extendía la noción no sólo al Derecho extranjero reclamado, sino a la sentencia extranjera que pretendía surtir efectos en España. Dicha norma era el artículo 11, 3.º: «... las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero». Es decir, que dentro de las materias que conforman el contenido del Derecho internacional privado el «orden público» se caracteriza por una doble dimensión sustantiva y procesal, cuyo ámbito, si bien centrado en el exequátur, poseía un mayor alcance. Así, el artículo 11, 3.º, del Código civil estaba en relación directa con el artículo 954.3 de la L. E. C, que establece como requisito del reconocimiento de la sentencia extranjera, que sea «lícita» en España. Debe retenerse aquí que la huella del contenido originario del Código civil persiste en la jurisprudencia española, pese a lo dispuesto en el artículo 12, 3.º, del Código civil («orden público conflictual»), que suele otorgar una extraordinaria fuerza expansiva a este precepto, extendiéndolo a la dimensión procesal. Ilustrativa de esta tendencia es el auto del T. S. (Sala 1.ª) de 19 enero 1981 (B. J. C, 1981, págs. 576-677, y nota de J. C. Fernández Rozas en R. E. D. I., 1982, págs. 501-503). En dicha decisión se trataba del eventual cumplimiento en España de una sentencia de divorcio pronunciada en la República Federal de Alemania (anterior a la introducción de esta institución en España) de un previo matrimonio entre una alemana y un español. Pues bien, todo el razonamiento de la referida decisión se realiza en un plano puramente «conflictual», sin tener para nada en cuenta el referido artículo 954, 3, de la L. E. C, que era la norma pertinente al caso. Se asiste, por lo general, a una manifiesta confusión, pues pese al paralelismo de la noción de orden público en el plano del Derecho aplicable y en el del reconocimiento y ejecución de sentencias, su contenido no es el mismo y su identificación resulta perturbadora. Ciertamente que, como se ha indicado, la antigua redacción del artículo 11, 3.º, del Código civil tendía a una equiparación entre ambos planos, pero, incluso partiendo de este precepto, algún autor ya había apuntado en su día el diferente contenido de ambos, indicando la mayor extensión del segundo (vid. A. Remiro Brotóns, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1974, pág. 225).

(28) Resulta significativo, a este respecto, que la definición de orden público que ha tenido un mayor empleo descansa en un obiter dictum contenido en la sentencia del T. S. (Sala 1.ª) de 5 abril 1966, mas ese «orden público» curiosamente no operaba en el caso debatido ni en el plano del reconocimiento y ejecución de sentencias ni en el de la ley aplicable, sino en el simple ámbito de la prueba de una sentencia extranjera de divorcio, es decir, en el marco del artículo 600 de la L. E. C. (C. L. J. C, 1966, núm. 261 y nota de J. D. González Campos en R. E. D. I., 1967, págs. 307 y ss.). Por lo demás, la referida decisión tuvo el mérito de explicitar la noción, en una importante etapa de la jurisprudencia española entendiéndose que el orden público estaba: «... integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada».

(29) Cfr. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 620.

(30) Vid. P. Francescakis, «Quelques précisions sur des lois d'application immédiate et ses relations avec les règles des conflits des lois», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, páginas 1–18; id., «Lois d'application immédiate et règles de conflit», en *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1967, págs. 691–698.

(31) Vid. J. D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado. Introducción*. Madrid, U. A. M., 1984, págs. 45–90.

(32) El régimen de la protección de los menores en el Derecho internacional privado es sumamente expresivo de la aplicación directa de la *lex fori*; baste citar un pasaje de la jurisprudencia holandesa: «En principio, las relaciones paternofiliales se rigen por la ley nacional del padre. No obstante, las disposiciones legales holandesas sobre pérdida de las facultades derivadas de la patria potestad no admiten aplicación en contrario de una ley extranjera. De hecho, estas disposiciones legales afectan no sólo a los intereses de los hijos, sino también a los intereses de la comunidad holandesa en general, que se hallan fuertemente implicados. El orden público exige que estas disposiciones se apliquen a los hijos que residen en los Países Bajos, con independencia del contenido de sus derechos nacionales» (sentencia del Tribunal de Distrito de Amsterdam de 17 octubre 1967, en *N.I.L.R.*, 1971, págs. 99–100 y nota de J. P. Verneul).

(33) Sentencia del Tribunal de Apelación de París de 28 abril 1967, en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, págs. 446 y ss. y nota de J. Foyer.

(34) Vid. J. C. Fernández Rozas, «Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo», en *Anuario H. L. A.D.I.*, 1987, págs. 69–74.

(35) C.I.J. *Recueil*, 1958, págs. 55 y ss., y los numerosos comentarios recogidos en J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Materiales de prácticas*, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 275.

(36) Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, «Estatuto personal y orden público en el Derecho internacional privado español», en *R. E. D. /.*, 1967, págs. 217–246; J. A. Corriente Córdoba, «La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español», en *A. D. I.*, vol. II, 1975, págs. 125–168.

(37) Esta cuestión ha perdido en el sistema español gran parte de su relevancia tradicional (vid. A. Miaja de la Muela, «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho privado español», en *Festschrift für Wilhelm Wengler*, vol. II, Berlín, 1973, páginas 573–616). Al disminuir notablemente el ámbito de acción del orden público y operar mucho más libremente la aplicación del Derecho extranjero, la intervención del denominado «efecto atenuado del orden público», esto es, el reconocimiento de los efectos de una relación jurídica constituida al amparo de una norma extranjera contraria, en principio, al orden público del foro, es cada vez menor. No obstante, resulta obligado referirse a ejemplos muy claros que ofreció la jurisprudencia española a finales de la década de los años sesenta, cuando la rígida concepción del orden público comenzó a flexibilizarse. Un español divorciado de una española en La Habana (Cuba), adoptó a un niño al que instituyó heredero universal en su testamento. Abierto el testamento, la mujer solicitó la declaración de nulidad de la sentencia de divorcio y, por lo tanto, del testamento, y que se le declarara esposa legítima e indisoluble la sociedad conyugal hasta la fecha de la muerte del marido. El T. S., si bien reconoció la inadmisibilidad del divorcio, atenuó la acción del orden público en lo relativo al régimen económico matrimonial, dando plenos efectos a la separación de bienes contenida en la sentencia cubana de divorcio. En concreto, precisó que: «... la litis sólo afecta, pues, al terreno patrimonial y en contemplación al mismo han de resolverse, si bien teniendo presente que así como la cuestión de la validez del divorcio vincular ofrece ante la diversidad de legislaciones un matiz delicado que puede dificultar su reconocimiento en el aspecto internacional, por razones de índole moral y religiosa afectantes al orden público, éstas no rezan con la simple separación personal que no presente obstáculo legal alguno para ser reconocida, como efecto admisible de la sentencia de divorcio vincular proferida en el extranjero» (sentencia del T. S. [Sala 1.a] de 13 marzo 1969, en *C. L. J. C.*, 1969, núm. 167, comentarios

de J. A. Carrillo, en *Derecho internacional privado*, 3.a ed. Madrid, Tecnos, 1983, págs. 287 y ss.). Esta tendencia se observa igualmente en la doctrina registral de la época. Así, un español casado en la República Federal de Alemania con una alemana divorciada de anterior matrimonio canónico solicitó ante el Registro español, durante la vigencia del sistema matrimonial anterior a 1981, la inscripción como natural de la hija de ambos. Pese a no reconocerse en aquella época tal matrimonio en España, por ser contrario al orden público, la D. G. R. N. entendió que una cosa era la relación principal (matrimonio con una divorciada), que no podía admitirse, y otra la extensión del orden público a cada uno de los efectos derivados de tal relación principal y, en concreto, de la filiación. Por tanto, se admitió la inscripción solicitada (Res. de la D. G. R. N. de 23 abril 1970, B. O. E. de 3 julio 1970). Vid. sobre esta cuestión el comentario de M. Medina Ortega, en R. E. D. I., 1970, págs. 779–786, y J. A. Pastor Ridruejo, «Los efectos atenuados...», *loc. cit.* páginas 21–40.

(38) Vid. J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, págs. 90 y ss.; M. de Ángulo, «Artículo 8, 1.º», en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, páginas 415–422.

(39) La sentencia del T. S. (Sala 6.a) de 30 diciembre 1966 ofrece un buen ejemplo de la extraordinaria fuerza expansiva del concepto de leyes de policía, al referirse al carácter laboral de la cuestión «... regulada por una legislación tuitiva y protectora de los trabajadores, con acentuados matices de Derecho público, y, por ello, obligatoria para nacionales y extranjeros que contraten en España, según se infiere también de la norma general contenida en el artículo 8 del Código civil, al tratarse de un ordenamiento jurídico-social, que en cierta forma puede ser asimilado a una ordenación de policía y seguridad en cuanto consagra inalienables derechos de los trabajadores...» (R. A. I., 1966, núm. 5511. Vid., asimismo, sentencia del T. S. (Sala 6.a) de 2 marzo 1966, *ibíd.*, núm. 1619; de 22 mayo 1972, *ibíd.* 1972, núm. 2893 y de 28 abril 1975, con nota de R. Recondo Porrúa, en R. E. D. I., 1977, págs. 450–457, etc....).

(40) Concretamente el T. S. ha puesto de relieve con claridad que: «... no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16, atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado, y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él ... la disolución del vínculo conyugal ...» [auto del T. S. (Sala 1.a) de 24 octubre 1979, en B. I. M. J., núm. 1185, 1979, págs. 20–22 y notas de J. D. González Campos, en R. E. D. J., 1980, págs. 209–210, y de J. A. Tomás Ortiz de la Torre, en R. G. L. J., 1979, páginas 209–210].

(41) Si se interpretan los artículos 14 y 39, 2, de la C. E. como relativos a la igualdad de los hijos en relación con la filiación natural, evidentemente los hijos adoptivos quedan fuera de su ámbito de acción. Por el contrario, si hacemos una interpretación extensiva de los mismos a todo tipo de filiación, incluyendo la adoptiva –solución a la que conduce la normativa material española vigente y el Convenio europeo sobre adopción de 1967–, se amplía el ámbito de acción del orden público español en esta materia.

(42) También aquí se observa la acción de los principios constitucionales como integradores del concepto de orden público internacional. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 enero 1990 ha estimado, concretamente, la posibilidad de anteponer frente a la legislación cubana, y con base en el artículo 12, 3.º, del Código civil, el derecho a la propiedad privada y el principio de libre economía de mercado, recogidos, respectivamente, en los artículos 33 y 38 de la C. E., procediendo a negar, en la litis, legitimación activa a una empresa de Estado cubana.

(43) Vid. M. Aguil lar Navarro, «El orden público en el Derecho internacional privado», en R. E. D. I., 1953, págs. 33–81; E. Pérez Vera, «El concepto de orden público en el Derecho internacional», en *Anuario I.H.L.A.D.L.*, 1984, págs. 273–287.

(44) J. A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, op. cit., págs. 242 y ss. y 282 y ss.; id., «Artículo 12, 3.º», en *Comentarios a las reformas...*, op. cit., págs. 638–649.

(45) Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (B. O. E. de 19 diciembre 1989), artículo 4: «La ley indicada en el presente Convenio solamente podrá dejar de aplicarse si fuera manifiestamente incompatible con el orden público»; Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (B. O. E. de 20 agosto 1987), artículo 16: «Las disposiciones del presente Convenio sólo podrán no tenerse en cuenta en los Estados contratantes cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público»; Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (B. O. E. de 16 septiembre 1986), artículo 11, 1.º: «La aplicación de la ley designada por el Convenio podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público»; Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961 (B. O. E. de 17 agosto 1988), art. 7: «No podrá eludirse la aplicación de cualquiera de las leyes declaradas competentes por el presente Convenio más que si es manifiestamente incompatible con el orden público»; Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 mayo 1971 (B. O. E. de 4 noviembre y 24 diciembre 1987), artículo 10: «La aplicación de alguna de las leyes cuya competencia declara el presente Convenio no podrá ser rechazada salvo que sea manifiestamente contraria al orden público»; Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (B. O. E. de 25 enero 1989), artículo 10: «Sólo podrá dejarse de aplicar alguna de las legislaciones declaradas competentes cuando fuere manifiestamente incompatible con el orden público»; Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 (B. O. E. de 19 julio 1993, corrección de errores, en B. O. E. de 9 agosto 1993), artículo 16: «No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio, salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.»

(46) Resolución D. G. R. N. de 6 abril 1979, en B. I. M. J., núm. 1167, 1979, págs. 49–51 y nota de P. Abarca Junco, en R. E. D. J., 1980, págs. 229–232; Aguilar Benítez de Lugo, *ibíd.*, págs. 223–225. *vid.*, asimismo, R. F. D. U. C. M., núm. 57, 1979, págs. 195 y ss.; E. Ruiz Vadillo, «La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica a través de la Constitución», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, abril–junio, 1979, págs. 23 y ss.; I. C. Iban, «Matrimonio canónico, divorcio y Constitución», en R. D. P., 1979, págs. 768 y ss.

(47) En este sentido, resulta claramente desproporcionado el fundamento contenido en la sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 23 octubre 1992, que consideró las legítimas en el Derecho sucesorio como una cuestión de orden público.

(48) *Vid.* artículo 7, 1, del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980.

(49) *Vid.* M. de Ángulo Rodríguez, «Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public», en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, págs. 369–399. Ante una demanda de separación conyugal interpuesta por la esposa, el marido reconvino solicitando la nulidad del matrimonio civil contraído en otro matrimonio, también civil, en Hungría en 1928, que, posteriormente, se había disuelto por divorcio. Para ello alegaba que tal disolución del vínculo matrimonial chocaba con el orden público dominante en España en la fecha de su segundo matrimonio. El T. S. rechazó esta pretensión, demostrando el cambio de concepción por él experimentado acerca de la indisolubilidad del vínculo matrimonial (un año antes de que el divorcio se recogiese en la Constitución), con la siguiente afirmación: «... la indisolubilidad del matrimonio es esencialmente básica en la organización de la familia e integrante del orden público español, "pero no es una regla absolutamente rígida", pues admite inflexiones, y con mayor razón ha de admitirlas cuando se trata de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de

nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por las leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular» [sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 22 noviembre 1977, en C. L. / C, noviembre-diciembre, 1977, núm. 386]. La situación, ya modificada por el T. S. en 1977, variará radicalmente tras promulgarse la Constitución Española y reconocerse legalmente el divorcio en España, hasta el punto de que en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mieres de 28 diciembre de 1981 («V. Fernández Coma c. F. Mallo Beltrán») el Juez llega a considerar contraria al orden público español la ley chilena, por el hecho de no admitir el divorcio. En concreto, señala dicha decisión que «si bien es cierto que en materia de matrimonio, a lo largo de nuestra Historia del Derecho fue principio de orden público la indisolubilidad del mismo, salvo en el período en que estuvo vigente la Ley del Divorcio de 1932, en la actualidad, el principio de orden público en esta concreta cuestión es precisamente el de la disolubilidad del matrimonio, según se recoge en el artículo 32 de la C. E...», si bien es preciso señalar que esta interpretación extrema fue corregida en segunda instancia por la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo (Sala de lo civil) de 20 octubre 1982.

(50) Un nacional francés divorciado de anterior matrimonio canónico promovió un expediente previo para la celebración de matrimonio civil en España con una española viuda antes de promulgada la Constitución de 1978. El Juez consultó a la D. G. R. N., que se pronunció poco después de la entrada en vigor de esta norma fundamental, en el siguiente sentido: «... no hay que olvidar que la excepción de orden público es, por su propia naturaleza, de carácter variable, elástico y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social de un pueblo y en época determinada, es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico...». En consecuencia, accedió a autorizar el matrimonio solicitado, pues entendió que los nuevos postulados constitucionales no eran contrarios al reconocimiento del divorcio (Resolución de la D. G. R. N. de 6 abril 1979, en B.I.M.J., núm. 1167, 1979, págs. 49-51).

(51) Vid. H. Batiffol, «Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps», en *Etudes offerts a Georges Ripert*, París, L. D. G. J., 1950, págs. 296 y ss.

(52) Cuando el Gobierno de Burgos abolió retroactivamente en 1937 el matrimonio civil extendido por la Segunda República a los católicos, dicha retroactividad afectó a las normas de conflicto en el tiempo en la misma medida que el orden público a las normas de conflicto en el espacio. Posteriormente, el orden público se utilizaría frente a matrimonios y divorcios consolidados en la época republicana (vid. F. Bonet Ramón, «El divorcio y la nulidad del matrimonio en la legislación transitoria del nuevo Estado», en R. G. L. /, 1941, págs. 210-215; J. Maury, «Des mariages civils d'espagnols celebres en Espagne ("one non national") après la loy franquiste du 12 mars 1938 et leur valeur en France», en *Festschrift für Leo Raape*, Hamburgo, 1948, págs. 53-63).

(53) Cfr. F. de Castro y Bravo, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en A. D. C, 1982, págs. 1034-1037.

(54) Cfr. J. C. Fernández Rozas, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, 2.a, Oviedo, Ojanguren, 1985, págs. 236-238.

(55) Existen ejemplos ilustrativos en la situación anterior a la C. E. de 1978. En concreto, con anterioridad a la introducción del divorcio en España, un norteamericano y una española contrajeron matrimonio civil en Gibraltar ante un funcionario británico, y años más tarde el marido solicitó ante los Tribunales españoles la nulidad de tal matrimonio en razón a que siendo su esposa española y católica no podía contraer matrimonio en forma distinta a la canónica. Dicha pretensión fue aceptada por la Sala 1.a del T. S. en sentencia de 5 julio 1965, afirmando que la prohibición de celebrar matrimonio no canónico no podía «obviarse mediante el fraude legal de celebrar dicho matrimonio en otro país», pues «la naturaleza de orden público afectante a la norma infringida» excluía la posibilidad de aplicar el Derecho

extranjero [sentencia del T. S. (Sala 1.a) de 5 julio 1965, en C. L. J. C., julio–septiembre 1965, núm. 574 y nota de J. A. Pastor Ridruejo, en R. E. D. I., 1966, págs. 572–577]. Como puede observarse, en el supuesto no se recogen los elementos constitutivos de la noción de fraude a la ley, pues *in casu* no hubo ninguna alteración maliciosa del punto de conexión, ya que para el Derecho internacional privado español el matrimonio civil en el extranjero para una española católica, cuestión de fondo, no tenía validez alguna en España. La excepción de orden público hizo innecesario el recurso técnico al correctivo del fraude a la ley, al que el T. S. aludió simplemente a mayor abundamiento.

(56) Rev. crit. dr. int. pr., 1967, págs. 341–355 y nota de J. Deprez.

(57) Vid. M. Aguilar Navarro, Derecho internacional privado, vol. 1, t. 11, 2.a ed., Madrid, 1975, págs. 134–136; A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, vol. I, 9.a ed., Madrid, Atlas, 1985, págs. 437–443; E. Ruiloba Santana, «Sobre el concepto y delimitación del orden público en el Derecho internacional privado», en R. G. L. J., 1974, págs. 676–677.

(58) Así se desprende de la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 12 febrero 1975. Tratándose de un causante extranjero (apatrida) y de llamados a la herencia también extranjeros, el Tribunal se negó a aplicar el Derecho material español, como pretendía una de las partes y aplicó, en base al artículo 9, 10, en relación con el artículo 9, 8.º, del Código civil, un Derecho extranjero (irlandés) que no admite las legítimas (R. G. D., núms. 382–383, 1976, págs. 699–701 y nota de J. C. Fernández Rozas, «Sobre la ley rectora del estatuto personal del apatrida», en A. E. S. J., 1979–80, págs. 27–76).

(59) G. Sperduti, «Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno», en Riv. dir. Int., 1954, págs. 82–91; id., «L'ordine pubblico in diritto internazionale privato», en ibíd., 1976, págs. 669–676.

(60) Cfr. J. A. Carrillo Salcedo, «Art. 12, 3.º», en Comentarios a las reformas... op. cit., pág. 645.

(61) Sentencia del Reichsgericht de 19 diciembre 1921, en Rev. crit. dr. int. pr., 1926, pág. 271.

(62) Sentencia de T. S. de 16 octubre 1940, en R. D. P., 1941, págs. 31 y ss., y nota de F. Bonet Ramón, en R. C. D. I., 1941, págs. 20–24.

(63) Cfr. H. Batiffol y P. Lagarde, Droit international privé, t. I, 8.a ed., París, L. G. D. J., 1993, págs. 591–594.