

ORDEN PÚBLICO: UNIDAD AXIOLÓGICA, ESPACIO EUROPEO

MIGUEL ÁLVAREZ ORTEGA

Becario del MECD adscrito al Departamento de Filosofía
del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

El orden público es expresión contenida en diversas ramas del ordenamiento jurídico. Cargada de polisemia y de resonancias preconstitucionales, ha sido objeto de todo tipo de glosas y comentarios, la mayor parte de los cuales conducen a la asunción de que se trata de un término fragmentado y potencialmente peligroso como instrumento de limitación institucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El proceso de integración europea vuelve, sin embargo, a poner en el punto de mira doctrinal una categoría jurídica que muchos hubiesen preferido ver desterrada del ordenamiento.

En el presente estudio nos proponemos acercarnos a la noción de orden público movidos por la idea-guía de la posibilidad de apuntar un concepto unitario y axiológico que resulte pieza útil en términos de coherencia sistemática sin llegar a desvirtuar injustificadamente la configuración positiva existente. Para ello, dividiremos la exposición en cuatro bloques. En el primero de ellos mostraremos una panorámica de las distintas sedes en que se acude al orden público en el ordenamiento jurídico español. Seguidamente, realizaremos nuestra propuesta de conceptualización unitaria partiendo de la descripción previa y de la jurisprudencia del TC. En las dos últimas secciones trataremos de analizar hasta qué punto nuestra delimitación resulta útil para describir y comprender la dinámica del término, planteando una visión completa de la excepción a la aplicación del Derecho extranjero (art. 12.3 del Cc) y del orden público en el derecho comunitario. Consideramos que la elección de este «campo de pruebas» viene justificada por el coherente desarrollo de las ideas sostenidas. Así, tras inducir un concepto unitario en el ordenamiento español, reforzamos nuestro posicionamiento centrándonos en un ámbito normativo más restringido; para luego replantear la cuestión en otro ordenamiento tan sumamente peculiar como es el comunitario.

Las referencias al orden público como motivo de denegación de la nacionalidad suelen hacerse empleando la fórmula completa del artículo, es decir, «motivos de orden público o interés nacional». De esta forma, el término que interesa pierde autonomía en este ámbito: las denegaciones se fundamentan en la existencia de indicios de criminalidad, evitación de conflictos interestatales⁵...

En términos generales, se trata de alusiones metapositivas identificables con el orden constitucional y los valores y derechos que consagra.

b) *Derecho penal*

En el Título XXII (art. 549 y ss.) del Cp de 1995 se regulan los denominados «delitos contra el orden público», recogándose tipos diversos que van desde la sedición a la tenencia y tráfico de explosivos y armas, o los delitos de terrorismo. Concretamente, el cap. III se dedica a los desórdenes públicos, referido a las alteraciones de la paz pública llevadas a cabo «alterando el orden público» (art. 557; art. 558 si es en juicio o en actos públicos), al impedimento del libre ejercicio de los derechos «perturbando gravemente el orden público» (art. 559), a la destrucción de medios de comunicación, transporte o suministro energético (art.560), y a la falsa afirmación de existencia de aparatos explosivos o análogos (art. 561).

Se ha señalado que una concepción amplia del orden público acabaría por incluir todo el Código penal, por lo que parece preferible una noción «más restringida que lo refiere a la *tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*»⁶.

c) *Derecho laboral*

Referencia a las normas de orden público la hallamos en el art 1.4 del ET: «La legislación española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España, al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables al lugar del trabajo(...)». La interpretación doctrinal del artículo señala que debemos entender por normas de orden público las normas imperativas, indisponibles⁷. En nuestra opinión se trata de conceptos jurídicos diversos⁸.

modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas».

5. Cfr. Peña Bernaldo de Quirós, M. (1994): «Arts. 21 y 22» en *Comentarios al Código Civil* (Albaladejo coord.), t. I, Madrid, p. 380.

6. Muñoz Conde, F. (2001): *Derecho penal. Parte especial*, Tyrant lo blanch, Valencia, 13ª ed., p. 836.

7. Gorelli Hernández, J.(1998) «Art. 1.4 ET», en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (dir. Monereo Pérez), Comares, Granada, pp. 56 ss.

8. Para una distinción normas de orden público/normas imperativas, vid. *Infra* 4. D. a

el sentido expuesto de paz o normalidad social, por el de seguridad pública o seguridad ciudadana. De esta forma, lo que antes se denominaban Fuerzas de Orden Público, pasan a ser Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Izu Belloso sostiene que la noción de seguridad ciudadana es más amplia que la de orden público en tanto que contiene situaciones que siendo socialmente peligrosas (v.gr. una inundación) no suponen una alteración del orden material protegido¹⁶. Este mismo sentido de orden material sería el aplicable a la LO 4/81 de 1 de junio sobre estados de alarma, excepción y sitio, de acuerdo con el cual el estado de excepción se produce «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 fuere insuficiente para restablecerlo y mantenerlo»¹⁷.

f) *Derecho constitucional*

Nuestro texto constitucional recoge el término orden público en la regulación de dos derechos fundamentales de palpable dimensión social en su ejercicio como son la libertad ideológica y el derecho de reunión. De acuerdo con el art. 16.1 CE: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». Se trata de una redacción polémica, vivamente debatida en el proceso constituyente. La proposición originaria recogía como limitación el orden público protegido por las leyes, lo que según Beneyto Pérez es preferible por no dejar duda sobre la referencia a los principios inspiradores del ordenamiento¹⁸; otros autores apostaron por la expresión «respeto de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución», tildando al orden público de concepto excesivamente restringido e interpretable¹⁹. Con independencia de la bonanza técnica de la expresión, se entiende que las medidas restrictivas del derecho consagrado en el 16.2 CE deben hacerse por ley y ser «necesarias en una sociedad democrática para

entender, como sostiene la representación de la Comunidad, que el orden público a que se refiere el art. 421 de la L.R.L., cualquiera que fuere su sentido originario, tenga por objeto garantizar el normal funcionamiento de las Entidades locales, porque, si así fuera, la medida de control prevista en la Ley de Régimen Local resultaría incompatible con el principio de autonomía garantizado por la Constitución y, en consecuencia, tal precepto habría sido derogado por la misma»

16. Izu Belloso, M.J. (1988): «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA*, 58, pp. 233 ss. Como ejemplo de una correcta y clarificadora utilización del término orden público, menciona el art.18 del RD 629/78 sobre la actividad de los Vigilantes Jurados de Seguridad, que limita la intervención de los mismos en los conflictos laborales en las empresas donde trabajan «a la protección de las personas y de los bienes que, con carácter general, tienen encomendada, sin que por ningún concepto puedan intervenir en los aspectos de orden público que puedan presentar», p. 250.

17. *Ibidem*, pp. 248-249.

18. De acuerdo con este autor la redacción actual puede «teóricamente inducir a pensar (...) en un orden público de tipo clásico o policial»; Beneyto Pérez, J.M. (1997): «Artículo 16.- Libertad ideológica y religiosa» en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dirección Alzaga Villamil) Tomo. II., Edersa, Madrid, p. 323.

19. *Ibidem*, pp. 323-324.

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, recoge en su art. 34 el hecho de que la decisión sea manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido como motivo de denegación²⁴.

- Derecho convencional: España tiene firmados numerosos convenios multilaterales y bilaterales que recogen la excepción de orden público²⁵.
- LEC: entre los requisitos que incluye nuestra norma procesal, el art. 954.3 LEC dispone que las ejecutorias tendrán fuerza en España si «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en España». La jurisprudencia viene interpretando el precepto como exigencia de no contravención del orden público. Según Abarca Junco, se trataría de «los principios fundamentales del ordenamiento [que] chocan con los efectos que la resolución extranjera produce», pudiendo «tener un carácter procesal y/o material²⁶». La delimitación del orden público en este ámbito a la luz de nuestra CE y los derechos que consagra ha sido puesta manifiestamente de relieve por nuestro TC²⁷.

Puédese aludir aquí, de la misma forma, al art. 278.4 LOPJ: «aun acreditándose u ofreciéndose reciprocidad se denegará cooperación internacional de juzgados y tribunales españoles cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español».

En lo que atañe al art 12.3 Cc, que será objeto de estudio detallado, éste dispone que «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». En esta sección del estudio, y dada la sistemática propuesta, basta señalar que el término analizado viene a comprender, según jurisprudencia y doctrina, los principios y valores fundamentales del foro.

24. Asimismo en el art. 15 del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo de 29 de Mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes.

25. Convenios multilaterales: Convenio de la Haya de 1 de Febrero de 1971 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (art. 5.1); Convenio de la Haya de 2 de Octubre de 1973 relativo al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias (art.5); Convenio de Luxemburgo de 20 de Mayo de 1980 relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al establecimiento de dicha custodia (art. 10). Convenios bilaterales: Convenio con Suiza (art. 6.3); Convenio con Francia (art.4.2) Convenio con Italia (art. 14.2); Convenio con la RFA (art. 5.1.1⁸); Convenio con Austria (art. 5. 1.a.); Convenio con Checoslovaquia (art. 20.h); Convenio con México (art. 11. i); Convenio con Israel (art. 4.2); Convenio con Brasil (art. 21 a. y b.); Convenio con Bulgaria (art. 19.5); Convenio con la URSS (art.18.6); Convenio con Marruecos de cooperación en materia civil, mercantil y administrativa (art. 23.4); Convenio con Uruguay (art. 8.b); Convenio con Rumanía (art. 12.1.a).

26. Abarca Junco, P. (2001): «El reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en España» en *Derecho Internacional Privado*, vol. I. (Pérez Vera coord.), UNED-COLEX, Madrid, p. 444.

27. Así el FJ 4. de la STC 43/86 dispone: «Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución». Esto ha sido reiterado en STC 54/89 y en STC 132/91.

3. EL ORDEN PÚBLICO COMO NOCIÓN AXIOLÓGICA UNITARIA.

A. Conceptuación

De lo hasta ahora visto, podemos señalar que el orden público está presente de una manera u otra por todo el ordenamiento jurídico español. Tradicionalmente, se ha venido defendiendo que la expresión puede ser utilizada en dos sentidos:

- a) Como «tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana». Este sería el sentido hallado principalmente en las ramas públicas: delitos contra el orden público, medidas administrativas de protección del orden público, o, *prima facie*, limitación constitucional en el ejercicio de derechos y libertades. González Campos y Fernández Rozas lo denominan «orden público en sentido material», significando una «situación de paz social y de seguridad en una comunidad estatal»³³. Izu Belloso opta por aludir a un «orden público material o en sentido restringido», «que consiste en una situación de orden exterior o tranquilidad en la comunidad»³⁴.
- b) Como conjunto de valores y principios inderogables que inspiran y caracterizan un sistema jurídico determinado. Englobaríamos aquí el resto de alusiones vistas, principalmente en el ámbito privado, como las limitaciones a la autonomía de la voluntad o la cláusula de exclusión de la ley extranjera, sin obviar las referencias observadas en Derecho internacional público. González Campos y Fernández Rozas estiman que se trata de un «orden público en sentido normativo», constituyendo «el sistema de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad»³⁵; por su parte y en la misma línea, Izu Belloso considera que nos encontramos ante «el orden público formal, o en sentido amplio, que es un concepto elaborado doctrinal y jurisprudencialmente y hace referencia al orden general de la sociedad»³⁶.

La dicotomía expuesta a través de estos autores refleja una profunda asunción doctrinal que apunta a la imposibilidad de establecer un concepto unívoco del orden público, lo que en parte estimula y explica la progresiva fragmentación terminológica incluso dentro de las dos acepciones principales. Los iusprivatistas llegan a distinguir un orden público interno y otro internacional³⁷ e incluso diversas vertientes de este último según se trate de aplicación de derecho extranjero o reconocimiento y ejecución de sentencias³⁸. Y los iuspublicistas hallan no pocas dificultades en delimitar qué ha de entenderse por orden público en un Estado constitucional, pretendiendo distinguirlo de la noción de seguridad ciudadana sin realizar ninguna referencia axiológica.

33. González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C. (1994): «Art. 12.3» en *Comentarios al Código Civil* (Albaladejo coord.), Madrid, p. 905.

34. Izu Belloso, M.J. (1988): «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA*, 58, p. 234.

35. Op. cit. p. 906.

36. Op. cit. p. 234.

37. Vid. *Infra* 4. D.c.

38. Siguiendo a Remiro Brotons, González Campos y Fernández Rozas, op. cit. nota 27.

1. La especificidad técnica de las sedes estudiadas en Derecho privado puede ubicarse en la posibilidad de realizar un razonamiento del tipo: si la normal aplicación del ordenamiento conlleva consecuencias intolerables para los valores fundamentales del foro, entra en juego un mecanismo que impide tal vulneración. De esta forma, podemos afirmar que la costumbre es fuente del derecho, que los particulares pueden establecer las cláusulas que estimen convenientes, que se aplicará el derecho extranjero cuando a él se remita la norma de conflicto, etc... siempre que no se atente contra el núcleo axiológico inderogable, es decir, el orden público.
2. En lo que atañe al Derecho público, la particularidad parece residir en que el ataque al orden de valores tiene una insoslayable dimensión social, en el sentido de que se halla vinculada a la protección de la convivencia, lo que justifica la intervención administrativa. En el caso de las limitaciones al ejercicio de derechos y libertades, ya hemos visto cómo la interpretación de la noción de orden público en los arts. 16⁴³ y 21 de la CE sobrepasa la mera paz social para cargarse de necesaria referencia a los derechos y valores constitucionales.

En lo que respecta a la llamada función administrativa de policía, no deja de resultar extraño que al tratarse de delimitar el orden público frente a la seguridad ciudadana no se haga referencia axiológica alguna. Sostener que una catástrofe natural no perturba el orden material o la paz social y una revuelta callejera sí⁴⁴ no deja de ser sorprendente. Si optamos en cambio por considerar la quiebra de los valores sociales en juego, la distinción puede resultar más diáfana⁴⁵.

Algo similar puede predicarse de los delitos contra el orden público, en los que el ataque a los valores de convivencia es de tal calibre que la respuesta jurídica conlleva sanción penal.

3. La defensa procesal del orden público enlaza con el derecho fundamental de defensa y tutela judicial efectiva, lo que justifica la indisponibilidad de las normas procesales tanto para las partes como para el juzgador. El propio sentido de pertenencia al orden público explica por qué no se ha de aplicar una nulidad radical y automática de los actos del proceso que no se acomodan a la legalidad, puesto que llevaría a situaciones intolerables desde el punto de vista axiológico o de la justicia material a la que sirven.
4. En el ámbito del Derecho internacional, la operatividad del orden público está supeditada a las propias limitaciones de coercibilidad de este sector jurídico. Ahora bien, la invocación de la existencia de valores superiores a la voluntad de los Estados no puede considerarse vacua y ha justificado, por ejemplo, la oponibilidad de normas (convencionales o consuetudinarias) vulneradas por Estados ajenos al Tratado o costumbre en cuestión.

43. Vid. *supra* pp. 19-20.

44. Vid. *supra* pp. 8-19.

45. Es revelador en este sentido que la alusión al orden público en los estados excepcionales tan solo se produzca en el estado de excepción, concibiendo el libre ejercicio de derechos y libertades fundamentales, el normal funcionamiento institucional y de los servicios públicos como aspectos del orden público. Vid. *supra*. P. 5.

nal⁵³. La cita frosiniana referida «a la eticidad específica y concreta del ordenamiento» que empleamos en nuestra definición del orden público, adquiere de esta forma aun más sentido.

- b. Aquella parte del derecho internacional o comunitario que participa de un núcleo axiológico inderogable y se halla incorporado en el derecho nacional; principalmente: las libertades comunitarias, los derechos de defensa, y las normas sobre Derechos Humanos.

4. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO: INAPLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO (ART. 12.3 DEL CC)

A. Caracteres

1. *Excepcionalidad*: el orden público interviene frente a la aplicación normal del derecho extranjero al que remite la norma de conflicto, por lo que su utilización debe ser residual, excepcional. Aguilar Benítez de Lugo señaló la inapropiada forma en que la figura fue utilizada por la jurisprudencia preconstitucional denunciando la «invasión del orden público en el terreno reservado a la ley personal», de forma que el Dipro español pasaba por ser «un sistema de estatuto personal mediatizado por el orden público»⁵⁴.

2. *Territorialidad*: debemos tener presente que esta técnica tiene por objetivo proteger los valores fundamentales del foro frente al derecho extranjero; es un instrumento de carácter defensivo-estatal, por lo que adquiere pleno sentido tan sólo en referencia a un ordenamiento jurídico concreto. Esto no es óbice para que la incorporación del derecho internacional o comunitario conlleve una alteración o ampliación de lo que se estima en un Estado como conformante de su orden público⁵⁵.

3. *Temporalidad*: dado que nos hallamos ante una noción axiológica, su contenido variará en consonancia con el posicionamiento valorativo de la sociedad y su consagración jurídica. Es lugar común aludir aquí a la transformación radical que sufrió el orden público español con la entrada en vigor de nuestra CE⁵⁶. Así, *exempli gratia*, se pasó de considerar la indisolubilidad y confesionalidad del vínculo matrimonial como normas de orden público, a estimar precisamente los conceptos opuestos como integrantes de ese orden⁵⁷. Es preciso advertir que en este mismo ámbito y antes de

53. Para un profundo análisis de las peculiaridades de la interpretación constitucional Vid. Pérez Luño, A.E. (2003): «La interpretación de la Constitución» y «La interpretación de los derechos fundamentales» en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.

54. Aguilar Benítez de Lugo, M.(1967): «Estatuto personal y orden público en el Derecho Internacional privado español», en *REDI*, vol.XX, p.227.RDGR 6-IV-79: «en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente».

55. Cfr. De Miguel Asensio, op.cit. En cuanto el derecho comunitario, véase ap. 5.

56. Cambio que recoge expresamente el TC en STC 59/90: «los conceptos de «paz pública» y de «orden público» no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho» (FJ 4º).

57. Vid. E.g., Zamora Cabot, F. (1995): «A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado», en *RDP*, dic., pp. 1129 ss.

ce del asunto. Se trata de reconocer cierta eficacia a situaciones o figuras que no podrían haber nacido en el seno del ordenamiento del foro. De acuerdo con Pastor Ridruejo, para una debida comprensión de este efecto debemos partir de la distinción, destacada por Niboyet, de «la aplicación por el foro de una ley extranjera para hacer nacer en él una relación jurídica, y de otra parte, el reconocimiento en el foro de los efectos de una relación jurídica nacida al amparo de una ley extranjera»⁶¹. El orden público actúa de manera más estricta en el primer caso que en el segundo, lo que a nuestro entender supone una apuesta por la justicia material del caso concreto, más que una cuestión de mayor o menor conexión con el foro⁶². Piénsese que en la etapa preconstitucional el divorcio vincular se consideraba contrario al orden público; la consecuencia principal e inevitable consistía en inadmitir posteriores nupcias. Ello no fue óbice para que se reconociera en nuestro país la accionabilidad de alimentos surgidos de un posterior matrimonio⁶³. El razonamiento subyacente parece ser el que sigue: el orden público español no toleraba la disolución del vínculo matrimonial, pero una vez que ésta se ha producido en otro ordenamiento jurídico privar al cónyuge de la posibilidad de solicitar alimentos nacidos del matrimonio ulterior supone una injusticia intolerable. Se trata de una argumentación axiológica, de una ponderación de los valores en juego: proveer a la subsistencia de una persona es más importante que el dejar sin ningún efecto un segundo matrimonio.

Actualmente, el efecto atenuado permite dar una adecuada respuesta a litigios con elemento extranjero de derecho islámico, lo que abordaremos en el apartado E.

2. *Inlandsbeziehung*. Se trata de un presupuesto de aplicación de la excepción de orden público en el derecho germánico. Para que la cláusula entre en juego debe existir cierta conexión entre el caso y el foro, conexión que debe ser probada. Es una teoría aplicada en Alemania y Suiza, pero sin predicamento en los sistemas latinos. Según Calvo Caravaca, no podría aplicarse en España por tres razones: no hay mención normativa expresa que aluda a la citada conexión; el hecho de que los tribunales españoles lleguen a conocer del asunto supone ya la existencia de «un contacto con nuestro país»; se produciría una discriminación entre los sujetos que gocen de especial vinculación y los que no, poniéndose en riesgo los derechos fundamentales

61. Pastor Ridruejo, J.A, op. cit. p. 25.

62. Postura esta última defendida en Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, C. (2002): «Problemas de aplicación de la norma de conflicto (II)» en *Derecho internacional privado* Vol. I., Comares, Granada, p. 299.

63. Pastor Ridruejo, op. cit. p. 35. En su trabajo, Pastor identifica los siguientes casos de admisión de efecto atenuado en el derecho preconstitucional: «recuperación de la nacionalidad española de la mujer casada con súbdito extranjero y posteriormente divorciada»; «admisión de divorcio extranjero a efectos de concesión de alimentos derivados del posterior matrimonio»; «admisión de divorcio extranjero a efectos de concesión de litia expensas derivadas de posterior matrimonio»; «admisión de un divorcio extranjero a efectos de la privación de derechos sucesorios del cónyuge viudo»; «admisión de un divorcio extranjero a efectos de calificación de la prole»; pp. 34ss.

noción que por su centralidad no lo permite. ¿Acaso puede afirmarse que los valores que limitan la libertad contractual en el 1255Cc son aislados y diversos de los protegidos en el 12.3Cc? Cuestión distinta es que la excepción estudiada presente peculiaridades debido a su componente extranjero y a su construcción casuística; las particularidades de las técnicas de defensa del orden público no atentan contra la unidad de la propia noción. Una redacción como las propuestas daría la sensación de existencia de un diverso rasero para con los asuntos con componente extranjero.

C. Efectos

El efecto principal de la excepción de orden público es la inaplicación de la norma extranjera, aunque el precepto no indica qué norma debiera aplicarse en su lugar. Existen propuestas doctrinales que abogan por tratar de aplicar la normas apropiadas de la legislación extranjera y dejar la norma del foro en plano subsidiario⁷¹. El sistema germánico afronta el problema como si se tratase de una laguna legal en el derecho extranjero, laguna ocasionada por ser determinadas disposiciones contrarias al orden público: se intentaría crear una suerte de norma especial, basada en el derecho extranjero pero depurada de los elementos inaceptables⁷². La práctica jurisprudencial ha optado hasta el momento por acudir a la *lex fori*.

D. Distinción de nociones y figuras afines

La figura objeto de nuestro estudio presenta concomitancias y contornos reputados difusos con otros instrumentos y nociones jurídicos, lo que hace conveniente incluir un apartado dedicado al deslinde frente a otros términos. Tengamos presente que no existe univocidad ni en la caracterización de estos conceptos ni en la diferencia propuesta con la excepción de orden público.

a) *Normas imperativas, de orden público o de aplicación inmediata*

Angulo precisa que bajo el rótulo de normas de aplicación inmediata se engloban tanto las normas de seguridad y policía como las normas de orden público. Las primeras son de ineludible aplicación en el territorio del foro. A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se refieran a ellas como normas de orden público, se trataría más bien «d'ignorer l'incidence de tout élément étranger existant dans le cas». Su consideración como manifestación del orden público podría, no obstante, cifrarse en su finalidad protectora de los elementos esenciales del foro⁷³.

71. Sería una opción análoga a la del art. 22.2 del Cc portugués; González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C., op. cit. p. 925.

72. Calvo Caravaca y Carrascosa González, op. cit. p. 305.

73. Angulo Rodríguez, M. op. cit. pp. 391 ss.

b) *Fraude de ley*

El art. 12. 4 Cc dispone que «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española». Para González Campos y Fernández Rozas la función del fraude de ley sería «defender el ámbito de normal aplicabilidad de la norma del foro defraudada»⁷⁷. En efecto, cuando se pretende evitar la norma del foro mediante un uso torticero de la norma de conflicto es lógica consecuencia que se aplique la disposición que se ha intentado eludir. Por contra, lo que prevé el 12.3 Cc es una excepción a la norma teóricamente aplicable por las razones conocidas.

Es de señalar, que para los autores citados esta distinción posee escasa relevancia práctica, toda vez que no parece existir jurisprudencia postconstitucional que acuda al fraude de ley de manera autónoma respecto a la excepción de orden público⁷⁸.

c) *Orden público interno / orden público internacional*

Escriben González Campos y Fernández Rozas: «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 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»⁷⁹.

Esta distinción parece confundir el derecho imperativo con el orden público; nociones diversas que no tienen por qué excluirse, tal y cómo se ha visto *supra*. Si lo que se pretende es delimitar la excepción de orden público, que entra en juego en las relaciones con elemento internacional, frente a las normas que son tan sólo imperativas en el tráfico interno, la cuestión está mal planteada. El fundamento de la indisponibilidad / inderogabilidad será la clave: si se afecta al núcleo axiológico del ordenamiento, será cuestión de orden público. Tal vez resulte clarificador un planteamiento desde el punto de vista constitucional: Las legítimas son un elemento del derecho sucesorio que podría ser abolido por el legislador, aunque indisponible para el particular(derecho imperativo); la disolubilidad del vínculo matrimonial no es un principio derogable y, siendo clave en el ordenamiento, forma parte del contenido del orden público.

77. González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C., op. cit. p. 924.

78. *Ibid.*, p. 924. De forma muy gráfica se sostiene que el orden público ha devorado sistemáticamente al fraude de ley.

79. González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C., op. cit. p. 924; en el mismo sentido, Ruibola Santana, I.E. (1974), pp. 672 ss.

- a. La obligación judicial de no autorizar el matrimonio polígamo en caso de fundado temor de trato injusto⁸².
- b. Los pactos particulares de monogamia que facultan, en caso de incumplimiento, a la solicitud de divorcio por parte de la primera esposa⁸³.

De acuerdo con el art. 9.1Cc es la ley personal, determinada por la nacionalidad, la que «regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». Así pues, si un ciudadano marroquí ya casado pretende contraer nuevas nupcias en nuestro país sin disolver el primer vínculo, habría de aplicársele su ley personal a no ser que ésta fuera contraria al orden público español (12.3Cc). De acuerdo con la DGRN la poligamia atenta «contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio», lo que no implica que un segundo matrimonio no pueda producir ningún efecto en nuestro país⁸⁴. La segunda esposa podría litigar para la obtención de alimentos o pensión de viudedad⁸⁵. Ello resulta de la aplicación del efecto atenuado del orden público, en virtud del cual, y tal y como se ha visto *supra*, se realiza una ponderación de los valores en juego y del resultado que la utilización de la excepción tendría para el caso concreto: la poligamia es institución atentatoria contra la dignidad de la mujer, lo que impide la celebración de ulteriores nupcias en nuestro país; pero dejar a la segunda cónyuge sin amparo jurídico-económico constituye una grave injusticia material añadida.

b) *Impedimento de matrimonio mixto*

El derecho islámico impide a la mujer el matrimonio con varón no musulmán, mientras que el hombre puede casarse con mujeres no musulmanas si pertenecen a las religiones del Libro. El fundamento de esta regulación se halla en el hecho de que los hijos heredan la religión del padre⁸⁶. A luz de estas disposiciones cabría preguntarse si en aplicación de la ley personal podría celebrarse en España un matrimonio entre una extranjera musulmana y un varón no musulmán.

82. Así, el art 30.5 introducido por una reforma de 1993 en el derecho matrimonial marroquí establece: «en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato entre las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamo». Combalía Z., op. cit.

83. Art. 31 del Mudawana marroquí: «La mujer tiene el derecho de exigir al marido que se comprometa en el acto del matrimonio a no unirse a otra mujer y a reconocerle el derecho de exigir la disolución del matrimonio en el caso de que tal compromiso sea violado».

84. RDGRN (1ª) de 18 de Mayo de 1998: «aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestra norma de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público (art.12.3 Cc), que no puede permitir la inscripción de matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio»; seguidamente se afirma: «no es cuestión dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español». En el mismo sentido y cronológicamente: RRDGRN de 14 de septiembre de 1994, de 5 de noviembre de 1996, de 20 de Febrero de 1997 (3ª).

85. Cano Bazaga, E. «Nacionalidad y régimen jurídico del extranjero en relación con el derecho de familia», ponencia presentada en el *Curso de formación en migraciones, relaciones interétnicas y multiculturalismo*, Sevilla, en curso de publicación. Calvo Caravaca y Carrascosa González, op. cit. p. 299.

86. Este régimen se deriva del Corán 2, 221; 5,5 y 60,10. Combalía, Z. op. cit. Nota 1.

- No se trata de una noción determinable unilateralmente por los Estados miembros, ajena a cualquier tipo de fiscalización comunitaria (asunto Van Duyn⁸⁹).
- Las medidas generales o colectivas frente a nacionales de otros Estados miembros no se consideran legítimas. Es necesario una justificación individualizada según cada caso concreto (asunto Bonsignore⁹⁰).
- La motivación de la medida, en la que deben tenerse en cuenta las disposiciones de Derecho comunitario sobre libre circulación y defensa de los derechos de las personas, constituye un elemento imprescindible (asunto Rutili⁹¹).
- El marco de apreciación de los Estados no puede extralimitarse de los parámetros del Derecho comunitario. La mera omisión de formalidades administrativas no se considera vulneración del orden público, de forma que habilite al Estado para limitar un derecho fundamental como el circulatorio (asunto Royer⁹²).
- La sola existencia de una condena penal no se estima como amenaza al orden público. Es preciso que existan circunstancias que permitan deducir la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» y no una mera «alteración del orden social que constituye toda infracción de la ley» (asunto Bouchereau⁹³).

Si tenemos presente este último pronunciamiento, que en cierta forma acaba por enfrentarse con el problema de conceptualización del orden público, aunque sea a través de las circunstancias que puedan implicar su vulneración y consideramos el resto de la jurisprudencia –señaladamente la alusión al Derecho comunitario como marco referencial en el que juegan parte esencial los derechos fundamentales– podemos observar que: una quiebra potencial del orden público supone la probabilidad inminente de un atentado grave contra un interés fundamental de la sociedad; las medidas arbitradas para su protección deben ser proporcionadas, justificadas en cada caso y confrontadas con eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales. Con ello se están configurando los parámetros para adoptar una opción valorativa legítima determinada que en un caso concreto permita imponer restricciones al derecho de libre circulación y residencia.

2. Mayor atención doctrinal se ha prestado a esta temática debido a la jurisprudencia del TJCE en torno a la aplicación de la excepción de orden público contenida en el art. 27 del Convenio de Bruselas de 27 de Septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que dispone: «las resoluciones no se reconocerán: 1. Si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido»⁹⁴. Tres son las sentencias deci-

89. STJCE de 4.12.1974, asunto 41/74.

90. Sentencia de 26.2.1975, asunto 67/74.

91. Sentencia de 28.10.1975, asunto 36/75.

92. Sentencia de 8.4.1976, asunto 48/75.

93. Sentencia de 27.10.1977, asunto 30/77, f.j. 35.

94. Actualmente, la cláusula se contiene en el art. 34 del Reglamento CE 44/2001 del Consejo de 22 de Diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante»¹⁰². En este sentido declara que la excepción sólo ha de entrar en juego en caso de manifiesta vulneración de una norma considerada como esencial o de un derecho fundamental¹⁰³.

La sentencia del caso Renault recoge la posición de cierto sector doctrinal¹⁰⁴ al considerar que el error en la aplicación de una norma comunitaria no basta para impedir la eficacia de una resolución a través de la excepción de orden público. Ello no implica la absoluta inoperatividad de la cláusula: si el error conlleva una vulneración palpable del núcleo axiológico del foro, en el que se integran valores y derechos de origen comunitario, entrará en juego el orden público. No obstante, la recepción de este pronunciamiento ha sido fría, pues el Tribunal se inhibe en lo que atañe a la identificación y delimitación del orden público comunitario¹⁰⁵.

De la lectura de esta jurisprudencia se puede concluir:

- a) El TJCE estima que el orden público nacional está integrado por normas esenciales y derechos fundamentales.
- b) Determinadas zonas del Derecho comunitario pueden considerarse pertenecientes al orden público de los Estados, como es el caso de las normas de libre competencia o el derecho a la tutela judicial efectiva.
- c) Es competencia de los Estados interpretar la cláusula, aunque de manera restrictiva y en los límites establecidos por las decisiones del TJCE.

B. Aproximación doctrinal

Han surgido, por otro lado, intentos doctrinales de identificar ese orden público comunitario y de delimitar su contenido. Rodríguez Pineau parte de la presunción de

102. F.23.

103. F.37: «Sólo cabe aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1, del Convenio, en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento».

104. Rodríguez Vázquez, M.A. (2000) «La interpretación del derecho comunitario y del Convenio de Bruselas (nota a la sentencia del TJCE en el asunto C-38/98 Renault/Maxicar)» en *Comunidad Europea Aranzadi*, nº 11, nov. p. 40.

105. No obstante, no todas las críticas son ecuanímes. Guzmán Zapater escribe que la sentencia «defrauda aquellas expectativas suscitadas en torno a la posibilidad de que tal instancia [el TJCE] afirmara la vigencia de una noción de «orden público comunitario» precisando su contenido y afirmando cuando menos, que ese hipotético núcleo irreductible forma parte del Derecho de los Estados miembros y, en ese sentido, se integra en el «orden público nacional»; op. cit., p. 1961. Es crítica excesiva, ya que el tribunal afirma: «Procede señalar que el hecho de que este posible error se refiera a normas de Derecho comunitario no modifica los requisitos para invocar la cláusula de orden público. En efecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar con la misma eficacia la protección de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico nacional y los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario», F.32.

de presentación de una visión unitaria de la noción —en el sentido que venimos aquí defendiendo—, puede desembocar en una ampliación excesiva que distorsione su naturaleza jurídica. De acuerdo con nuestro planteamiento, cualquier alteración de la paz social o la seguridad ciudadana no implica de por sí una vulneración del orden público; es preciso una quiebra grave y manifiesta de los valores sociales. Sea como fuere, el planteamiento del profesor ateniense no deja de ser novedoso en tanto que considera las medidas restrictivas a la libre circulación de personas por motivos de orden público como un uso del término análogo al habitual en Dopr. Dado que este tipo de medidas se han encuadrado tradicionalmente en el ámbito jurídico-administrativo, justificando la pretendida concepción diversa del orden público como paz social vista *supra*, este intento conciliador debe ser bien recibido.

Finalmente, siguiendo a García Rodríguez¹¹⁰, podría señalarse que los principios y objetivos comunitarios constituyen un auténtico orden público que se manifiesta tanto en las relaciones de los Estados miembros entre sí como en las relaciones de estos últimos con terceros Estados¹¹¹. La pertenencia del derecho comunitario, y con él de sus valores superiores, a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros posibilita que la excepción de orden público pueda entrar en juego cuando este nuevo núcleo axiológico se vea dañado¹¹². Ahora bien, en las materias que sean de competencia exclusiva de los Estados, no podría aplicarse este orden público, que actúa dentro de los parámetros lógicos del ordenamiento jurídico comunitario¹¹³⁻¹¹⁴.

C. El orden público comunitario: unidad axiológica, espacio europeo

El derecho comunitario supone la existencia de un ordenamiento jurídico supranacional, de naturaleza ecléctica, gozando de supremacía y efecto directo en su propio ámbito competencial. En el plano de los derechos y valores fundamentales, ha asumido por vías diversas los considerados esenciales por los Estados de derecho europeos¹¹⁵, al tiempo que ha aportado algunos nuevos como las libertades comunita-

110. García Rodríguez, I. «Derecho aplicable y orden público comunitario» en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. III, 1993, pp. 101 ss.

111. Plantear la operatividad en las relaciones entre los Estados y la Unión carece de sentido. Estamos hablando de una relación intrasistémica en la que juega claramente el principio de jerarquía. De acuerdo con Rodríguez Pineau, es una relación que «debería ser entendida más en términos constitucionales que de Dopr», p. 67.

112. Como escribe Rodríguez Vázquez, «el orden público protege los principios esenciales e irrenunciables de un ordenamiento jurídico, entre los cuales se integran sin lugar a dudas, principios de Derecho comunitario, y sólo cuando los mismos sean infringidos, debe intervenir». Tal posición viene fundamentada en la propia jurisprudencia de Luxemburgo, que vendría configurando progresivamente con sus decisiones la efectividad de este orden. Cfr. Rodríguez Vázquez, M.A. (2000) «La interpretación del derecho comunitario y del Convenio de Bruselas (nota a la sentencia del TJCE en el asunto C-38/98 Renault/Maxicar)» en *Comunidad Europea Aranzadi*, nº 11, nov. pp. 36 ss.

113. Sobre todo ello vid. García Rodríguez, I., op. cit.

114. Así escribe Rodríguez Pineau: «La razón básica que justifica la existencia de dos nociones de orden público es la diferente esfera competencial que mantienen los Estados miembros y la Unión», op. cit. p. 81.

115. El TJCE reconoció que los derechos fundamentales se encuentran entre los principios generales de Derecho comunitario, según se desprende de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los Tratados internacionales de los que son parte (caso Stauder, 1969). En el art. F ap. 2 del TUE se establece que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio

retorsión en el normal funcionamiento de las normas que arroja un resultado intolerable que trata de evitarse mediante una ponderación de los bienes jurídicos y derechos en juego en cada caso concreto.

2. El contenido del orden público español se compone de: los derechos fundamentales y valores constitucionales; aquella parte del derecho internacional o comunitario que participa de un núcleo axiológico inderogable y se halla incorporado en el derecho nacional, principalmente: las libertades comunitarias, los derechos de defensa, y las normas sobre Derechos Humanos.

3. La excepción de orden público del art.12.3 Cc es una técnica de Dipr que evita la aplicación de normas extranjeras cuyos efectos son palpablemente contrarios a los derechos y valores fundamentales del foro. Se caracteriza por su perfilamiento jurisprudencial atendiendo a la naturaleza territorial y axiológica de la noción, así como a la necesidad de ajustarse al caso concreto. A este respecto, es de vital importancia la técnica del efecto atenuado, que permite reconocer efectos derivados de instituciones que no podrían haber nacido al amparo del derecho del foro por cuestión de ponderación de valores o justicia material. En un contexto pluricultural, la excepción de orden público es un instrumento valioso para asegurar la universalidad de los derechos humanos. Los peligros derivados de un uso indiscriminado de esta técnica pueden sofocarse mediante la genérica aplicación de los métodos de control de la actividad judicial, así como por un adecuado recurso al efecto atenuado.

4. Se ha identificado en el ordenamiento comunitario la presencia del orden público como límite a libertad circulatoria y como excepción al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Pensamos que se trata de dos técnicas de protección de un determinado orden axiológico del que forman parte derechos y valores de los Estados, a la par que otros de la Unión. Hasta ahora, estos mecanismos han actuado como instrumentos nacionales ejercitables inter-Estados bajo supervisión europea en el ámbito comunitario. El horizonte cada vez más próximo de una verdadera Constitución europea con catálogo propio de derechos fundamentales, pone en tela de juicio esta suerte de dualidad descrita; consecuencia lógica, inminente o dilatada, será la asunción plena de un orden público europeo, tanto en su definición axiológica como en su articulación técnico-jurídica.

7. Bibliografía.

ABARCA JUNCO, P. (2001): «El reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en España» en *Derecho Internacional Privado*, vol I. (Pérez Vera coord.), UNED, Madrid.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. (1991): «Art. 12.3» en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 142-143.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. (1967): «Estatuto personal y orden público en el Derecho Internacional privado español», en *REDI*, vol. XX, pp. 217-246.

ALONSO GARCÍA, E. (1984): *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid

ANGULO RODRÍGUEZ, M. (1972): «Du moment auquel il faut se plaire pour apprécier l'ordre public international», en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, pp. 369-399.

- HAMMIE, P. (1997): «Droit fondamentaux et ordre public» en *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 86(1), janvier-mars, pp. 1-31.
- IZU BELLOSO, M.J. (1988): «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA*, 58, pp. 233 ss.
- KARYDIS, G. (2002): «L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable» en *Revue Trimestrelle de droit européen*, nº 1, janvier-mars, pp. 2 ss.
- MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, L. (1975): *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente– del ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1976): «Los efectos atenuados en el Derecho español de las instituciones extranjeras contrarias al orden público», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XX, pp. 21-40.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1994): «Arts. 21 y 22» en *Comentarios al Código Civil* (Albaladejo (coor.), t. I, Madrid, pp. 378 ss.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (1994): *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2002): «La Carta de los derechos fundamentales de la unión europea: una aproximación desde la filosofía del derecho», en *ADE*, pp. 317 ss.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2003): «La interpretación de la Constitución» y «La interpretación de los derechos fundamentales» en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- PÉREZ VERA, E. (1984): «El concepto de orden público en el Derecho Internacional», en *Anuario Hispano-Luso en D.I.*, n. 7, pp. 273-284.
- REVERTE NAVARRO, A. (1994): «Art. 1255» en *Comentarios al Código Civil* (Albaladejo (coor.), t. XVII, Madrid, pp. 263 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1998): «European Union International *ordre public*», en *Spanish Yearbook of International Law*, V. III, 1993-1994, pp. 43-85.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A. (2000): «La interpretación del derecho comunitario y del Convenio de Bruselas (nota a la sentencia del TJCE en el asunto C-38/98 Renault/Maxicar)» en *Comunidad Europea Aranzadi*, nº 11, nov.
- RUIBOLA SANTANA, I.E. (1974): «Sobre el concepto y delimitación del orden público en Derecho internacional privado», en *RGLJ*, pp. 655- 694.
- SEBRELI, J.J. (1992): *El Asedio a la modernidad. Crítica al relativismo ético-cultural*, Ariel, Barcelona.
- www. europa.Int
- ZAMORA CABOT, F. (1995): «A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado», en *RDP*, dic., pp. 1123-1135.