

# LA EXCEPCION DE ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

José A. CORRIENTE CÓRDOBA

## I. ANTECEDENTES DOCTRINALES Y LEGISLATIVOS.

1. El propósito de indagar el rastro de la excepción de orden público en nuestro Derecho nos lleva a buscar sus huellas en los viejos textos legislativos y doctrinales españoles.

En el Derecho histórico patrio más venerable se plantea, ciertamente, la delimitación de los ámbitos de aplicación territorial y personal de las leyes e, incluso, la posibilidad de aplicación de leyes distintas de las de foro. Tal sucede ya en los *Fori Regni Valentiae*, otorgados o confirmados por Jaime I<sup>1</sup>, y en el *Fuero Real*<sup>2</sup>.

1. «En totes les causes se deu jutgar segon furs i privilegis de Valencia, a la lletra; en falta de aquells, se deu jutgar per natural rahó et consell de bons homes», pero «si alcú en la Cort de Valencia será demandat sobre alguna cosa que sie fora del regne de Valencia, la donchs lo jutge deu coneixer et jutgar segons les costumes que son en aquella terra en la qual la possessió es. Car aço es dret general quel jutge tota hora deu coneixer et jutgar segon les costumes que son en aquell loch en lo qual aquella possessió de que es pleyt será». Tomo el texto de V. L. SIMÓ SANTONJA, *Aportación al estudio de los Estatutarios españoles*, Valencia, 1959, pág. 46. Pueden consultarse *Fori Antiqui Valentiae*, edición de Dualde Serrano, C.S.I.C., Madrid-Valencia, 1950-67, y *Furs de Valencia*, edición al cuidado de G. Colon y A. García, Barcelona, 1970.

2. Libro I, Título VI, ley I, alude a la generalidad de la ley en estos términos: «...y es también para los homes como para las mugeres; e tambien para los mancebos como para los viejos; e también para los sabios como para los no sabios; para los de la Ciudad, como para los de fuera; y es guarda para el Rey, e para sus pueblos». (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, tomo primero, Madrid, 1847, pág. 353). La ley V de estos mismos libro y título (Que ninguno juzgue por otras leyes, ni razione, sino por las deste fuero) manda que «todos los Pleytos sean juzgados por las le-

Algo más tardías que estos añejos cuerpos legislativos, las Leyes de Partidas (cuya redacción, a partir de 1256, coincide con la Estatutaria italiana) recogen un planteamiento no muy lejano al de los textos antes citados, que se puede sintetizar en estos criterios: aplicación preferente de la *lex fori*, y posibilidad de alegar —y necesidad de probar— ley que no sea la del propio territorio del juzgador. Pero no se registra la existencia o la expresión clara de un concepto que se corresponda con lo que luego va a ser entendido como excepción de orden público frente a la aplicación de norma extranjera, cuando ésta hubiera sido alegada y probada.

Así, la ley XV, título I, de la Primera Partida (Cómo deben obedecer las leyes, y juzgarse por ellas) dispone:

«Todos aquellos que son del Señorío del facedor de las leyes, sobre que las pone, son tenudos de las obedecer é guardar, é juzgarse por ellas, é non por otro escrito de otra ley, fecha en ninguna manera: é el que la ley face, es tenuto de la facer complir. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro Señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes: ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas»<sup>3</sup>.

yes deste libro... e si alguno aduxere otro libro de otras leyes en juicio para razonar, ó para juzgar por él, peche quinientos sueldos al Rey: pero si alguno razonare ley que acuerde con las desde libro, é las ayude, puede lo hacer, é non haga la pena» (*Ibidem*, pág. 354).

En la Novísima Recopilación, libro II, título II, ley I (Calidades de las leyes y sus efectos) el texto es menos interesante, por lo que hace a nuestro objetivo: «es la ley común así para varones como para mugeres, de cualquier edad y estado que sean; y es también para los sabios como para los simples, y es así para los poblados como para los yermos; y es guarda del Rey y de los Pueblos». Se ha suprimido la referencia a la ley del foro y a la de otro Señorío.

3. Otro texto concurrente con éste es el de la ley XV, título XIV, de la Tercera Partida (Como los pleytos se pueden prouar por ley, e por fuero): «Non solamente en contiendas se podrian prouar los pleytos, e las contiendas que son entre los omes, por conocencias, o por testigos, o por cartas valederas, o preuillejos, o por escritura publica, o por sospecha, o por fama, así como de sumo diximos; mas por ley, o por fuero que auerigue el pleyto sobre que es contienda. E por ende dezimos, e mandamos, que toda ley desde nuestro libro, que alguno alegare ante el Judgador para prouar, e aueriguar su entención; que si por aquella ley se proueva lo que dize, que vala, e que se cumpla. E si por auentura alegasse ley, o fuero de otra tierra que fuesse de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerza de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra

Además, la ley XXVIII, título XI, de la Quinta Partida, niega viabilidad a las pretensiones procesales que no se acomoden a las leyes y buenas costumbres:

«Todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, e contra las buenas costumbres, non debe ser guardado; maguer pena o juramento fuesse puesto en el».

A nuestro juicio, sólo muy dudosamente puede pensarse que aquí se contiene el embrión de un concepto de orden público. Y parece interesante señalarlo, porque García Goyena cuando comenta el artículo 11 del proyecto de Código Civil de 1851, que es una transcripción del artículo 6 del Código Napoleón, lo pone en conexión con el Digesto, ley 38, título 14, libro II («Ius publicum privatorum pactis mutari non potest») y con las leyes 17, párrafo 4, y 17, párrafo 14, del mismo título («Pacta, quae turpem causam continent non sunt observanda. Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum. De republica laesionem, et in omnibus, quae ad publicam laesionem respiciunt pascisci non potest»). E indica el dicho autor que la ley XXVIII, título XI, de la Quinta Partida «fué tomada de la 5, título 14, libro 1, del Código, y de la 35, título 1, libro 45 del Digesto»<sup>4</sup>.

Acaso tan sólo la última de estas expresiones contiene elementos que han sido, en algún modo, válidos para la configuración

sobre pleyto, o postura que ouiessen fecho en ella, o en razon de alguna cosa mueble, o rayz de aquel logar. Ca entonce, maguer estos estraños contendiessen sobre aquellas cosas antel Juez de nuestro Señorío, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuesse por ella aueriguar, e delibrar el pleyto».

J. M. TRÍAS DE BÉS observaba respecto de estos textos: «Le principe dont on part est celui de la territorialité des lois; les juges ne peuvent appliquer d'autre loi de celle de leur propre territoire. On proscrie en général la preuve d'une loi étrangère, mais on y ajoute la limitation comme ceci: «sauf les contestations entre sujets d'autres territoires sur des questions ou litiges qui y sont nés ou en raison du bien meuble ou immeuble y situés. De sorte que, malgré le principe de la territorialité, on pourra appliquer une loi étrangère dans des questions relatives a des biens meubles ou immeubles situés à l'étranger ou pour des jugements rendus a l'étranger ou sur des contrats faits à l'étranger». («Le Droit International Privé de l'Espagne», en *Revue de Droit International Privé*, 1928, XXIII, pág. 50). En el mismo sentido en «Conception du Droit International Privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne», en *Recueil des Cours*, 1930-I, t. 31, pág. 629, en la segunda tirada, La Haya 1968).

4. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pág. 23. En la reimpresión de la edición de 1852, hecha en Zaragoza, en 1974, pág. 8.

que de la excepción de orden público se hará, mucho más tarde, en nuestro Derecho. El resto de los elementos conceptuales contenidos en estos textos precipitará, tras una evolución larga, en formulaciones muy concretas y bien conocidas del articulado de nuestro Código Civil.

En realidad, pues, carecemos en el Derecho positivo español anterior a la codificación decimonónica de una formulación legislativa que se refiera al orden público.

2. Si analizamos el pensamiento de los Estatutarios españoles, la conclusión a que se llega es de un tenor semejante a la que acabamos de exponer:

2.1. Una «regla de oro» que parece presidir las obras de estos autores es el imperio preferente de la ley local, y ello hasta el punto de que hayan podido ser calificados como territorialistas. En esta línea están, entre otros, Gregorio López<sup>5</sup>, Alfonso de Azevedo y Francisco Suárez.

Este último razona así en los Capítulos XXI a XXIII, libro III, de su obra «De Legibus ac Deo legislatore»:

De suyo la obligación de la ley «no alcanza a los que están completamente fuera de la comunidad a la cual se impone»<sup>6</sup>. La razón es que ninguna potencia opera fuera de su esfera<sup>7</sup>. El súbdito que se encuentra fuera de su territorio, «aunque no pierda la sujeción —llamémosla así— habitual o radical, si pierde la sujeción de hecho o su ejercicio respecto de las leyes de su territorio, pues queda fuera de sus fronteras»<sup>8</sup>.

Con base en tales afirmaciones, Suárez piensa que «hay que decir que la ley de un territorio a los extranjeros, mientras viven en él, les obliga en conciencia y de la misma manera que a sus habitantes»<sup>9</sup>... «La verdadera razón es que la ley generalmente se

5. Comentando la ley XV, tit. I, de la Primera Partida escribe: «...quod per alias leges non potest iudicari in istis Regnis, et sic non per leges Imperatorum, seu alias leges, iuris communis», y «contrahentes et delinquentes ligantur legibus, et statutis illius Regni, vel loci ubi, contrahunt vel delinquant...». Vid. *Los Códigos españoles...*, cit., Madrid, 1848, tomo segundo, pág. 15.

6. Utilizo la edición latino-castellana, hecha por el Instituto de Estudios Políticos, versión de J. R. Eguillor Muniozguren, Madrid, 1967, vol. II (correspondiente a los libros III y IV de la obra de Suárez). Tomo esta cita del Libro III, cap. XXI, p.º 8 (pág. 333 de la ed. que cito).

7. Libro III, cap. XXI, p.º 8 (pág. 333 de la ed. citada).

8. Libro III, cap. XXII, p.º 7 (pág. 336 de la ed. cit.).

9. Libro III, cap. XXIII, p.º 3 (pág. 337 de la ed. cit.).

da para un territorio determinado; luego obliga a todos los que de hecho viven en él durante el tiempo que allí moran. Prueba de la consecuencia: Primeramente por parte de la causa final, porque, para el buen gobierno de una región, de un lugar o territorio, es moralmente necesario que las leyes que se den en él tengan esta fuerza, dado que para la paz y para las buenas costumbres del lugar es preciso que los extranjeros, mientras se encuentran en un pueblo, se acomoden a sus costumbres, como muchas veces se insinúa en el derecho y como lo enseña suficientemente la experiencia: de lo contrario se siguen disensiones y escándalos»... «En segundo lugar, lo mismo se prueba por parte de la causa eficiente o del poder del legislador, porque todo gobernante de un estado tiene el poder necesario para la conservación de su estado y para proteger sus buenas costumbres; luego tiene poder para dar leyes, y todos los que viven en él están obligados a cumplirlas, ya que por esta razón tiene poder para castigar a los extranjeros que allí faltan; luego por la misma razón tiene poder para obligar con su ley a todos los que allí actúan en cuanto que eso es necesario para el bien del estado»<sup>10</sup>.

2.2. No obstante lo anteriormente expuesto, en lo estatutarios españoles no está ausente la idea, ya recogida en los textos legales patrios, de que cabe la aplicación, en el foro propio, de leyes de otro Señorío, según el criterio de Las Partidas del Rey Sabio: no tienen fuerza de prueba las leyes de otros Reinos, salvo en el caso de que ambos contendientes pertenezcan a aquella tierra extranjera y el asunto verse sobre «postura o pleyto» que hayan hecho en ella o se trate de cosa mueble o raíz de aquel lugar.

Pero si se trata de verificar la existencia de rudimentos del concepto de orden público en los estatutarios españoles, tendríamos que reconocer que los apoyos doctrinales que nos suministran son escasos y confusos: a) Hallamos la idea, al parecer tomada de Baldo, de que los estatutos prohibitivos alcanzan también a los extranjeros. b) La distinción entre estatutos odiosos y favorables (en la que algunos sitúan el embrión del orden público) parece referirse más al carácter beneficioso de los segundos en contraste con el gravoso de los estatutos odiosos, con la consecuencia

10. Libro III, cap. XXIII, p.º 3 (págs. 337-338 de la ed. cit.). Un interesante estudio del pensamiento de este clásico español, en materia de Derecho Internacional Privado, AGUILAR NAVARRO, «Francisco Suárez y el Derecho Internacional Privado Moderno», *R.E.D.I.*, 1948, pág. 369 y sigs.

de que éstos deben ser interpretados restrictivamente. Probablemente, a la altura del tiempo en que estos autores escriben, ha perdido, por anacronía, parte de su significación la calificación del carácter «odioso» de un estatuto en razón de su oposición al «Derecho común»<sup>11</sup>.

3. No cabe sorprenderse, en modo alguno, por causa de este estado de la legislación positiva y de la doctrina estatutaria española, que en esto no son más que testigos de su tiempo, de la concreta etapa de la historia del Derecho Internacional Privado que les correspondió vivir.

En efecto, no se daban todavía los factores que produjeron el famoso artículo 6 del Código de Napoleón. Como han señalado, entre otros, Batiffol<sup>12</sup>, Pacchioni<sup>13</sup> y Gestoso Tudela<sup>14</sup> sólo el siglo XIX reúne las condiciones históricas determinantes de que una idea, que era intuita o se hallaba en germen en los glosadores y postglosadores, tomara cuerpo en el Derecho positivo. En el Derecho anterior, la noción de orden público no cristaliza suficientemente porque «una parte importante de los conflictos, siendo interprovinciales, se suscitaban entre leyes sustancialmente vecinas las unas de las otras, o emanadas de un mismo soberano, lo cual podía eliminar la intervención del orden público; y además en el conjunto de Europa el papel preponderante del Derecho Romano y de la inspiración cristiana reducía las fuentes de divergencias»<sup>15</sup>.

Pero ahora, escindida ya antes la Comunidad por la formación de los Estados y la Reforma religiosa, se fracciona aún más por la oposición entre el «antiguo régimen» y el «nuevo régimen democrático» que inaugura la Francia revolucionaria. Es la transformación de ideas políticas, jurídicas, morales, religiosas, filosóficas y económicas, de que la revolución es exponente, la que inspira el temor ante la posible penetración de la «reacción» de los sistemas jurídicos tradicionales, por la vía de la aplicación de

11. La idea está, por ejemplo, en J. Cáncer: Vid. TRIAS DE BÈS, «Conception du Droit International Privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne», *Rec. des Cours*, 1930-I. t. 31, pág. 632. Y la exposición del pensamiento del citado estatutario, en SIMÓ SANTONJA, *Op. cit.*, pág. 63.

12. *Droit International Privé*, Tomo I, 6.<sup>a</sup> ed., Paris 1974, págs. 444-445.

13. *Diritto Internazionale Privato*, vol. II del *Diritto Civile Italiano*, Padova, 1935, pág. 194.

14. «El principio de orden público desde 1850 a 1951», *Actas del I Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de D. I.*, (Oct. 1951), Madrid, MCMLII, tomo II, pág. 511.

15. BATIFFOL, *Op. cit.*, pág. 444.

leyes extranjeras<sup>16</sup>. La excepción de orden público aparece, pues, como un instrumento del nuevo orden revolucionario.

Sólo en estas condiciones puede producirse el artículo 6 del Código francés de 1804<sup>17</sup>, que van a reflejar, más o menos miméticamente, los arts. 9 y 14 de la ley holandesa de 15 de mayo de 1829, el art. 14 del Código Civil argentino de 1869, la ley japonesa de 15 de junio de 1898, los arts. 7 del Código napolitano, 13 del sardo y 11 del de Luisiana, el 30 de la Ley Introdutoria al BGB, el art. 11 del Código español de 1889, etc. Estos preceptos responden, no obstante, a concepciones doctrinales del orden público, de matiz diferente, la savigniana y la manciniana.

4. La expresión «orden público» —referida al concepto que ahora nos ocupa— aparece probablemente, por primera vez, en nuestro Derecho, en el Proyecto de Código Civil de 1821:

«Son nulos los actos en que por renunciaciones o convenios se intenta dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos por su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley».

Este proyecto de precepto —que de tal no pasará— se inserta ya en la órbita del artículo 6 del Código francés, aunque con una mayor imperfección técnica, puesto que las «conventions particulières» de que habla el texto napoleónico, aparecen en el proyecto español simplemente como «convenios», error que —como veremos— se reiterará más tarde en nuestra propia evolución legislativa<sup>18</sup>.

5. Un nuevo Proyecto de Código Civil, el de 1851, contiene un artículo 11 del siguiente tenor:

«No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres».

16. Vid. GESTOSO TUDELA, *Op. cit.*, pág. 511.

17. «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

18. Sobre este Proyecto de Código y los subsiguientes, vid., aparte de la bibliografía general sobre el tema, la obra colectiva, dirigida por L. GARCÍA ARIAS, *El Derecho Internacional Privado español anterior al Código Civil de 1889*, Zaragoza, 1968.

Como puede observarse, ha reaparecido felizmente el adjetivo «particulares» con referencia a los convenios.

El artífice de este proyecto —que tampoco alcanzaría a ser ley, pero que es considerado como fuente en la que se inspiró muy directamente el Código de 1889— fue García Goyena. Por ello es interesante acudir a sus «Concordancias» para comprender el «climax» en que se concibió el precepto. El ilustre jurista nos dice que se trata de una traslación del artículo 6 del Código francés, y señala, además, las concordancias y antecedentes a que aludíamos antes al hablar de la ley XXVIII, título XI, de la Quinta Partida.

Es precisamente en estas referencias a los textos romanos donde se pone de manifiesto el grado de intuición, pero también de incertidumbre o equívoco, en que todavía se encuentra la doctrina en esta materia que consideramos. En efecto, García Goyena comenta:

«Yo encuentro más propia la locución romana *Ius publicum* que la de orden público, porque la romana es mucho más lata, pues comprende casos que rigurosamente no deberían entenderse comprendidos en la francesa, y sin embargo lo están. En la acepción vulgar, *orden* y *sosiego público* son sinónimos; y seguramente no es tan mezquino el sentido del artículo 11, sino que se extiende a todo lo que las leyes romanas comprendían en su locución *Derecho público*, es decir, todo lo que tenía por objeto la utilidad y moral públicas, la forma y solemnidades de los actos o instrumentos, y de los juicios.

Y aunque por regla general pueden derogarse por pactos privados, o renunciarse las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública, y suelen concebirse en términos prohibitorios, como son las relativas a prodigios, menores y mugeres casadas...»<sup>19</sup>.

El autor ha comprendido que no se trata de eso que llama la «acepción vulgar» del orden público, pero parece identificar «orden público» y «Derecho Público».

6. El Proyecto de Libro Primero del Código Civil, presentado a las Cortes Constituyentes, por el Ministro de Gracia y Justicia

19. *Concordancias...*, cit., pág. 23.

Antonio Romero Ortiz, en mayo de 1869, contiene, en su artículo 7, un texto que reproduce literalmente el del Proyecto de Código Civil de 1851<sup>20</sup>.

7. Curiosamente en el Proyecto de Código Civil de 1882 —al que Quintus Mucius Scaevola llama «causahabiente» o «progenitor» del Código de 1889<sup>21</sup>— no aparece disposición alguna semejante a la que habría de ser artículo 11, párrafo tercero, de este cuerpo legal. Y ello es llamativo porque cláusulas o disposiciones próximas a la idea de orden público habían venido apareciendo en textos convencionales y legales españoles, formados en el tiempo que media entre 1851 y 1882. Tal sucede, por ejemplo, en el Convenio con Cerdeña sobre ejecución de sentencias extranjeras de 30 de junio de 1851<sup>22</sup>, en el Real Decreto de 17 de octubre de 1851 sobre contratos y demás actos notariados en Francia o en otros países extranjeros<sup>23</sup>, en los Reglamentos de las Leyes Hip-

20. En relación con este Proyecto, vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La Revolución de 1868 y la Codificación internacional del Derecho Internacional Privado en Europa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1969, págs. 72 a 76.

El texto del Proyecto aparece publicado en el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice quinto al número 79. También en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXXIV, Madrid, 1869, pág. 369 y sigs.

21. *Código Civil comentado y concordado*, revisado por Pascual Marín, tomo I, 6.ª edic., Madrid, 1949, pág. 57. M. TORRES CAMPOS en su obra *Principios de Derecho Internacional Privado o de Derecho Extraterritorial de Europa y América en sus relaciones con el Derecho Civil de España*, Madrid, 1883, pág. 277, afirma que España, que en la resolución de las cuestiones de Derecho Internacional Privado se había adelantado en la Edad Media a todos los demás países, «hoy se encuentra rezagada en este camino. El mismo Proyecto de Código Civil, que dista mucho de hallarse a la altura del estado actual de la ciencia, y que afortunadamente no ha de regir, apenas hace más que seguir al de Francia». Estas afirmaciones están fechadas en 1880 (vid. *Op. cit.*, pág. 323).

22. Art. 3.º: «Para que puedan cumplimentarse por los Juzgados o Tribunales competentes de cada país las sentencias o acuerdos de los del otro deberán ser declarados previamente ejecutivos por el Tribunal superior de cuya jurisdicción o territorio haya de tener lugar el cumplimiento. No se accederá, sin embargo, a esta declaración en los casos siguientes: ...3.º Cuando sea contrario a las leyes prohibitivas del Reino donde se requiere su cumplimiento».

23. Según este R. D. (al que se refiere el R. D. de Extranjería de 17 de noviembre de 1852) son válidos y causan ante los Tribunales españoles los efectos que procedan en justicia, todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia y en cualquier país extranjero siempre que concurren en ellos las circunstancias siguientes: 1.ª Que el asunto del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España. (Vid. *Diccionario de la Administración Española* por M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, 3.ª ed., tomo II, Madrid, 1877, pág. 963).

tecarias de 1861 y 1869<sup>24</sup>, el artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>25</sup>, etc.

8. En su primera edición, el Código de 1889, siguiendo el poco afortunado precedente de 1882, no explicita la excepción de orden público. Es en la edición de corrección de erratas en la que hace su aparición el párrafo tercero del artículo 11:

«No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, 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».

La expresión «orden público» está, además, presente en el artículo 4 del mismo Título del Código, pero nos limitaremos a la consideración del 11, que es en el que doctrinal y jurisprudencialmente se ha centrado el fundamento de la excepción de orden público.

La manera en que la doctrina internacional privatista y civilística se ha pronunciado sobre este artículo 11, podría resumirse del siguiente modo:

a) En primer lugar, se manifiesta la convicción casi unánime de que el párrafo tercero es una traslación —defectuosa, sin du-

24. Algún autor hace referencia al art. 47 del Reglamento de la Ley Hipotecaria sin precisar si se trata de la de 1861 o la de 1869. En realidad, el art. 5 de la Ley Hipotecaria de 1861 dispone: «También se inscribirán en el registro los documentos o títulos expresados en el art. 2.º, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España, con arreglo a las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el núm. 4.º del mismo artículo, pronunciadas por tribunales extranjeros, a que deba darse cumplimiento en el reino con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». (Edición oficial, Ministerio de Justicia, Madrid, 1861, pág. 132). El texto permanece inalterado en la Ley Hipotecaria de 1869. (Vid. *Diccionario Alcubilla*, 3.ª ed., tomo V, Madrid, 1878, pág. 292).

Y el art. 9 del Reglamento General de la Ley Hipotecaria de 1861 (que permanece con el mismo número y tan sólo ligera alteración literal en el Reglamento de la Ley de 1869) dispone que sólo podrán inscribirse los documentos otorgados en el extranjero después de ser traducidos por la oficina de interpretación de lenguas, y que las sentencias dictadas en el extranjero, antes de ser inscritas, necesitan que el Tribunal Supremo disponga su ejecución, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Vid. Edición oficial antes citada, pág. 132, y *Diccionario Alcubilla*, tomo cit., pág. 338).

25. «Los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes: 1.º) Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de España...».

da— de la disposición preliminar 12.<sup>a</sup> (después 31) del Código Civil italiano de 1865<sup>26</sup>. En tal sentido se manifiestan, por ejemplo, Castilla y Abril<sup>27</sup>, Manresa<sup>28</sup>, Torres Campos<sup>29</sup>, Trías de Bes<sup>30</sup>, Lasala Llanas<sup>31</sup>, W. Goldschmidt<sup>32</sup>, Yanguas<sup>33</sup>, Miaja de la Muela<sup>34</sup>, Herrero Rubio<sup>35</sup> y prácticamente el resto de la doctrina. Tal vez no resaltan suficientemente los autores que, además, el precepto del artículo 11, párrafo tercero, es muy semejante al párrafo segundo del artículo 10 del Proyecto de Código de 1851, tal como advierte Q. M. Scaevola. Sólo que con la diferencia —como señala este comentarista— de que en el texto legal de 1889 la regla aparece localizada entre las normas de Derecho Internacional Privado y en el Proyecto de 1851 revestía carácter general<sup>36</sup>.

b) Los comentaristas que se refieren a posibles precedentes, en nuestro Derecho patrio, de la norma del artículo 11 del Código de 1889 suelen aludir a las ya citadas normas del artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al R. D. sobre contratos y demás actos notariados en Francia y en otros países extranjeros, al Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1861, y a las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de enero y 12 de mayo de 1885<sup>37</sup>.

26. «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del Regno che concernano le persone, i beni o gli atti, ne allune legi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buone costume».

27. «El Derecho Internacional Privado según el Título Preliminar del Código Civil español vigente», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo, 109, Madrid, 1906, pág. 680.

28. *Comentarios al Código Civil español*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1907, pág. 110. En la 7.<sup>a</sup> ed. (con introducción de P. Marín), tomo I, Madrid, 1956, pág. 245.

29. *Elementos de Derecho Internacional Privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1906, pág. 121.

30. *Derecho Internacional Privado* (Contestaciones al programa de oposiciones a Judicatura), 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1934, pág. 55. También en «Droit International Privé de l'Espagne», en *Repertoire de Droit International*, de LAPRADELLE Y NIBOYET, t. VI, París, 1930, pág. 240, y en su Curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, *Rec. des cours*, 1930-I, t. 31, pág. 660 (2.<sup>a</sup> tirada, 1968).

31. *Sistema español de Derecho Civil Internacional e Interregional*, página 34.

32. *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1952, pág. 444.

33. *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1971, pág. 369.

34. «Indicios de atenuación del orden público en el Derecho Internacional Privado español», en *Festschrift W. Wengler*, II, pág. 577.

35. *Derecho Internacional Privado*, I, Valladolid, 1964, pág. 523.

36. *Código Civil comentado y concordado*, tomo I, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1949, pág. 289.

37. Vid. en este sentido, TRÍAS DE BES, pág. 55, en nota, en *Derecho In-*

c) Existe en la doctrina un consenso muy generalizado sobre el desacierto que supone, desde el punto de vista sistemático, la colocación del precepto. Algún autor llega a decir que se le situó donde está por no saber dónde colocarlo<sup>38</sup>. Orúe señala que «llama la atención que materia tan interesante aparezca mezclada con la fórmula aplicable a la forma de los actos jurídicos, en lugar de constituir regla aparte»<sup>39</sup>. Goldschmidt opina que «su extraña colocación como apéndice a la regla sobre los actos débese probablemente al R. D. de 17 de octubre de 1851»<sup>40</sup>.

d) Quizás la más completa valoración de la «filosofía» del artículo 11, párrafo tercero (en relación con el art. 8 del mismo cuerpo legal) sea la hecha por Aguilar Navarro, que encuentra en él tres líneas de inspiración: 1) aceptación de la confusión francesa entre leyes territoriales y disposiciones de orden público, al preceptuar el artículo 8 que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español»; 2) acogimiento de la idea de Savigny sobre las leyes prohibitivas; 3) incorporación del concepto global de la Escuela latina y de Mancini («y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres») <sup>41</sup>.

e) El legislador español no distinguió entre orden público interno y orden público internacional. Pronto lo habría de señalar Eugene Audinet:

«Nous n'entendons donc pas l'art. 11 du Code espagnol en ce sens, que toutes les lois prohibitives doivent s'appliquer aux étrangers. Le législateur paraît avoir fait ici une confusion entre deux points de vue voisins, mais différents. Il a confondu les lois qui sont d'ordre public pour les nationaux, auxquels ils ne peuvent déroger par des conventions particulières: telles sont, en effet, toutes les lois prohibitives et les lois d'ordre public international, auxquelles les lois étrangères ne peuvent pas déroger. L'origine de cette confusion se trouve dans le Code italien (dispositions gé-

*ternacional Privado*, cit.; ORÚE Y ARREGUI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, 1952, pág. 485; AGUILAR NAVARRO, «El orden público en el Derecho Internacional Privado», R.E.D.I., 1953, pág. 73.

38. CASTILLA Y ABRIL, *op. cit.*, pág. 680. Y añade: «En el Código italiano ha merecido esta disposición un artículo, y además está colocada con oportunidad inmediatamente después del precepto referente a las leyes de policía y seguridad, como queriendo completar la territorialidad de las mismas».

39. *Op. cit.*, pág. 486.

40. *Sistema y Filosofía...*, cit., pág. 444.

41. «El orden público...», R.E.D.I., 1953, pág. 191.

nérales, art. 12), qui parle des unes et des autres dans un même article, mais le Code espagnol l'a encore aggravée, en abrégant le texte italien, qu'il a, par ailleurs, presque littéralement reproduit. Notre Code civil, au contraire, l'a évitée en disant, dans deux articles distincts: 1.º Que les lois de police et de sûreté obligent même les étrangers (art. 3); 2.º Qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs (art. 6).

En resumé, les lois prohibitives ne s'appliqueront aux étrangers que si elles intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. On ne peut seulement observer que pour les lois prohibitives cela arrivera plus souvent que pour les autres»<sup>42</sup>.

Trías de Bes insistirá en esta confusión entre orden público interno y orden público internacional. Y añade: «La interpretación que debe darse al texto español es la de la jurisprudencia, que las leyes prohibitivas no se aplicarán a los extranjeros más que si afectan al orden público y las buenas costumbres»<sup>43</sup>.

El mismo ilustre Profesor critica la redacción del artículo 11, 3.º, del Código de 1889, del siguiente modo: de su texto literal se deduce que todas las leyes referentes a la persona, a actos o a bienes, si tienen carácter prohibitivo, deberán aplicarse a los extranjeros; lo cual implica la negación del principio de personalidad que es base del sistema. Ello se manifiesta, especialmente, en opinión de este autor, en materia de sucesión, en la que el Código español sigue el principio de unidad y universalidad de la sucesión bajo el régimen de la ley nacional del «de cuius» y en el que existen leyes prohibitivas, que aplicadas a los extranjeros, harían ilusorio el principio fundamental de la personalidad<sup>44</sup>.

Por último, y según el criterio de Goldschmidt, el artículo 11, 3.º, resultaba a la vez estrecho y demasiado amplio. Lo primero porque «aparece sólo como una excepción al artículo 11, 1.º («locus regit actum») y al artículo 10, expresivo a su vez de tres normas indirectas (ley nacional respecto de muebles; «lex situs»

42. «Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol», en *Journal de Droit International Privé*, 1891, tomo 18, pág. 1.119.

43. «Le Droit I. Privé de l'Espagne», *Rev. de D. I. Privé*, XXIII, pág. 62, y en *Rec. cours*, 1930-I, t. 31, pág. 662, y *Repertoire* de LAPRADELLE y NIBOYET, tomo IV, pág. 240. Vid., en el mismo sentido, LASALA LLANAS, *op. cit.*, pág. 35, y W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía...*, cit., pág. 444.

44. «Conception du D.I.Privé...», cit., *Rec. cours*, 1930-I, tomo 31, página 662.

respecto a inmuebles; y ley nacional del «de cuius» respecto a sucesiones). Esta restricción se explica porque el legislador no pensaba sino en el art. 9.º, que por ser unilateral, nunca conduce a la aplicación de Derecho extranjero. Pero, por un lado, existen otras normas indirectas inclusive en la misma ley, como p. ej., el art. 1.325 C. c.; por otro lado, hay que tener en cuenta las numerosas normas indirectas consuetudinarias a las cuales pertenece, p. ej., la extensión analógica del art. 9.º, a los problemas de estado, capacidad y familia de los extranjeros. Pero también el art. 11, 3.º, resulta demasiado amplio porque identifica orden público y ley nacional prohibitiva y «si así fuera, sólo el Derecho dispositivo sería derogable por el D. I. Pr. y éste no tendría, por tanto, más fuerza que la autonomía de las partes. Pero ello no es así: sólo «leyes rigurosamente prohibitivas» (Savigny) pueden vencer al D. I. Pr. de importación. El art. 11, 3.º, confunde, en otras palabras, orden público interno y orden público internacional»<sup>45</sup>.

Esta consideración, que hemos venido haciendo, de cómo aparece en nuestro Derecho la excepción de orden público, deberá sernos útil y darnos la óptica adecuada para el estudio de la práctica española en la materia, que nos va a ocupar en las páginas que siguen.

## II. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

El tratamiento que la excepción de orden público ha tenido en el Derecho Internacional Privado positivo español debe estudiarse a través de las decisiones judiciales del Tribunal Supremo y de las Resoluciones administrativas de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En efecto, de una parte, nuestro más alto Tribunal, al sentenciar en recursos de casación, y, de otra, el mencionado Centro Directivo, en su actividad de resolución de recursos y consultas, han ido creando sendos cuerpos, de «doctrina legal» en el primer caso, y de doctrina o «antecedentes

45. *Sistema y Filosofía...*, cit., pág. 444.

Sobre la excepción de orden público en nuestro Derecho y la distinción entre orden público interno y orden público internacional, vid. F. BONET RAMÓN, «Sistema interno del Derecho Civil», *Revista de Derecho Privado*, XXXVII, dic. 1953, especialmente en pág. 1.110 y sigs., y A. MARÍN LÓPEZ, «Presupuestos y efectos del orden público internacional», en la misma *Revista*, LVI, enero 1972, págs. 22 y sigs.

administrativos» —según la expresión del Prof. F. De Castro<sup>46</sup>— en el segundo.

A estos cuerpos de doctrina, a su exposición y comparación vamos a dedicar ahora nuestra atención, con el propósito de exponer la temática en que se hace presente la excepción de orden público, la configuración técnica que se le da en las sentencias del órgano jurisdiccional y en las resoluciones del órgano administrativo, y las coincidencias y contrastes, existentes, a veces, en los criterios sostenidos por uno y otro.

#### A) LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.

1. Los temas en relación con los cuales aparece la excepción de orden público en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo son muy variados. Ciertamente la mayoría de las veces están en relación con el estatuto personal y los Derechos de Familia y Sucesiones; pero no faltan otras cuestiones, tales como la capacidad procesal<sup>47</sup> o las marcas industriales<sup>48</sup>, etc.

2. En casi todas sus sentencias el T. S. sitúa el fundamento legal de la aplicación de la excepción de orden público en el ar-

46. *Derecho Civil de España*, II-1.º, Madrid, 1952, pág. 391.

47. Vgr. sentencia de 13 de enero de 1885 (Seiglié Fernández c. Martínez Gallardo), en la que, en juicio de testamentaria, se discute la representación legal asumida por el marido de una mujer de nacionalidad norteamericana, que en virtud de su estatuto personal defiende su derecho y personalidad para comparecer en juicio y disponer libremente de sus bienes, y solicitaba la nulidad de lo actuado por su esposo (*Jurisprudencia civil*, publicada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 57, Madrid, 1887, págs. 45 y sigs.).

Y sentencia de 12 de mayo de 1885 (P. C. Uraye, liquidador de «Hijos de Guilhou Joveu, c. J. M. Celleruelo), en juicio sobre la entrega de 6.225 acciones de la Compañía de ferrocarriles de Lérida a Reus y Tarragona, en que se impugnaba la personalidad del recurrente para comparecer en juicio en España, porque había sido nombrado liquidador de la Sociedad por sentencia del Tribunal de Comercio del Departamento del Sena y el T. S. español no había concedido el «exequatur» (*Jurisprudencia civil*, publicada por R.G.L.J., tomo 57, Madrid, 1887, pág. 739 y sigs.).

48. Sentencia de 10 de enero de 1933 (Artigas Olivella c. Orange Crush Company), en juicio sobre la nulidad de patentes. En ella el T. S. establece el criterio de que «el concepto de orden público, que se refiere al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público, que comprende a toda organización social en sus aspectos múltiples, políticos, económicos y jurídicos, encierra primordialmente el principio de libertad de comercio, y el fomento de la riqueza nacional, consagrado en nuestro derecho, que se lesionarían, con enorme agravio, mediante la eliminación irregular de sus actividades, frente a los intereses extranjeros concurrentes y privilegiados» (*Jurisprudencia civil*, publicada por R.G.L.J., tomo 207, 1933-1.º, Madrid, 1933, págs. 135 y 151).

título 11, 3.º del Código Civil. En jurisprudencia anterior a este cuerpo legal se declara que «es doctrina de Derecho Internacional Privado que al extranjero le acompañan su estado y capacidad, y deben aplicársele las leyes personales de su país... cuando esto no se oponga a los principios de orden público y los intereses de la Nación en que hace sus reclamaciones»<sup>49</sup>, pero no se cita precepto legal alguno que fundamente la excepción. Ello parece venir a confirmar la tesis de que la encarnación legislativa del orden público es bastante tardía y coincide con la codificación de inspiración napoleónica.

### 3. Configuración técnica de la excepción de orden público.

En este aspecto puede afirmarse, hasta cierto punto, que la doctrina del T. S. ha sufrido una evolución que se mueve entre dos distintos modos de comprensión del orden público o, acaso, de matices de un mismo concepto de base<sup>50</sup>.

En efecto, sobre todo, en una primera etapa, se pone el acento especialmente en la idea de que se trata fundamentalmente de un límite al estatuto personal, que se justifica o deriva de la soberanía e independencia nacionales y de los intereses de la Nación.

Sabido es que la Jurisprudencia española se mueve, en este momento, bajo las influencias recibidas de Francia e Italia especialmente, y, en menor grado, de Alemania; concretamente las derivadas del «Tratado» de Foelix, de la obra de Fiore, y del «Sistema» de Savigny (conocido en nuestro país generalmente a través de la traducción francesa de Genoux).

He aquí alguna muestra de esta tendencia. La sentencia de 13 de enero de 1885, en su primer considerando, afirma:

«... es doctrina de Derecho Internacional Privado que al extranjero le acompaña su estado y capacidad, y deben aplicársele las leyes personales de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga como en el caso presente los principios de orden público y los intereses de la Nación en que hace sus reclamaciones».

49. Vid. Sentencias T. S. 13 de enero de 1885 y 12 de mayo del mismo año. Son coincidentes en sus términos.

50. El Prof. AGUILAR NAVARRO, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, vol. I, tomo II, *Teoría General*, Madrid, 1969, pág. 192, habla de tres fases de la Jurisprudencia del T. S. en esta materia.

Y más adelante, con respecto a las leyes personales, dice:

«... que en nada afectan a la soberanía de cada país, y que deben guardarse, no en concepto de extranjeras, y por consiguiente destituidas de fuerza de obligar, sino por conveniencia de las diversas naciones, que sin perder nada de su independencia, van estableciendo así un derecho común beneficioso a todas»<sup>51</sup>.

Esta exigencia de la aplicación de la ley personal de los extranjeros, en tanto no afecte al orden público o cause «daño a la soberanía»<sup>52</sup> se reitera —incluso, con empleo de las mismas expresiones verbales— en otras decisiones de nuestro Tribunal de casación, tales como las de 12 de mayo de 1885<sup>53</sup>, 1 de mayo de 1919<sup>54</sup> y 26 de abril de 1929<sup>55</sup>. Puede pensarse que bajo estas expresiones lo que se esconde es acaso la concepción del conflicto de leyes como un conflicto de soberanías y de que el orden público actúa, en este trance, como un eficaz agente protector del Derecho del foro.

En una segunda etapa, la configuración del orden público alcanza una mayor perfección técnica en la jurisprudencia del T. S. La excepción pasa a ser concebida desde la perspectiva y consi-

51. *Jurisprudencia Civil* publicada por R.G.L.J., tomo 57, Madrid, 1887, págs. 49 y 50.

52. Expresión utilizada en la sentencia de 12 de mayo de 1885 (*Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., tomo 57, Madrid, 1887, pág. 744).

53. Cit. en la nota anterior.

54. *Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., tomo 146 (2.º de 1919), Madrid, 1921, págs. 176 y sigs. Se trata del caso Fusté c. Planas, sobre nulidad de un matrimonio civil contraído por españoles en Argentina ante el Registro de la Municipalidad de Buenos Aires y con arreglo a la legislación de aquella República. Contra los criterios de las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia del Distrito del Hospital de Barcelona y de la Audiencia Territorial correspondiente, el T. S., con apoyo en los arts. 9 y 11, 3.º del Código Civil, y puesto que «la condición de españoles durante el tiempo que, en calidad de extranjeros, residieron en la República Argentina, es innegable» y que «allí lo mismo que en España, eran para ellos obligatorias las leyes españolas relativas a los derechos y deberes de familia...» ya que «al extranjero le acompañan su estado y capacidad, y deben de aplicársele las leyes de su país, cuando éstas no se opongan a los principios del orden público y a los intereses de la Nación en que residan», declaró nulo el matrimonio.

55. Esta sentencia mantiene igual criterio que la recogida en la nota anterior, en un caso semejante (*Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., tomo 188, 2.º de 1929, pág. 1.286 y sigs.). Tanto de uno como de otro caso, queremos señalar, en este momento, tan sólo el aspecto formal bajo el que estas sentencias parecen concebir y formulan la excepción de orden público, pero no tratamos de valorar su contenido material, aspecto al que nos referiremos más adelante.

deración de un mecanismo de protección de instituciones jurídicas, políticas, morales, familiares, de la organización social, de un determinado ordenamiento jurídico. Parece situarse en un segundo plano la idea de que se trata de un instituto que garantiza la soberanía e independencia nacionales en sus manifestaciones legislativas, frente a las normas extranjeras que las perturben. Lo que prevalece ahora es la defensa de ciertos valores o instituciones, que tienen el carácter de fundamentales para un determinado ordenamiento jurídico.

La sentencia de 26 de abril de 1929 nos interesa a este respecto, no tanto por la solución concreta que da al caso planteado cuanto por la argumentación que emplea. Es verdad que no utiliza la expresión «orden público», pero sí menciona expresamente al artículo 11, 3.º, del Código Civil. Y con base en tal precepto y en los artículos 9, 100 y 326 del mismo cuerpo legal, alude al «interés social y público de la Nación», que hace que, en tanto subsistiera lo dispuesto en tales normas legales, los Tribunales habrían de declarar nulos los matrimonios celebrados en el extranjero ante funcionarios civiles del país en que se contraen y no ante Cónsules españoles. El razonamiento que da la sentencia, encuadrable en esta línea de defensa institucional de que hablamos, es el siguiente:

«...que el matrimonio, que para los católicos es un sacramento, y para todos los demás, cualesquiera que sean sus confesiones religiosas, y aun para aquellos que no profesan ninguna religión positiva, constituye algo importante y esencial en la vida de quienes lo contraen, no sólo en el orden puramente particular y privado, sino también en el público en relación con la sociedad y el Estado, por lo cual tal institución ha sido siempre atendida por el Poder público y regulada por leyes especiales en todos los pueblos, y en todos los tiempos se le ha considerado como acto transcendental y público, de orden social, base y fundamento de la familia, el conjunto de las cuales integra la Nación, y por tanto su celebración ha estado siempre revestida de solemnidades, de ritos, ya meramente extrínsecos y formales, ya intrínsecos y necesarios para la esencia de la institución...»<sup>56</sup>.

56. Sentencia en el caso M. Caeiro c. M. E. Ramos. Vid. *Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., tomo 188 (2.º de 1929), Madrid, 1928, pág. 1.290. Siguiendo el criterio sustentado en la sentencia de 1 de mayo de 1919, la Sala sentenciadora estimó nulo el matrimonio civil celebrado en Cuba por súbditos españoles, con arreglo a las leyes de aquel país y ante el funcionario encargado del Registro civil.

De todos modos, en sentencias posteriores aparece más nítido y directamente expresado el planteamiento del orden público desde la perspectiva «institucionalista». Sucede así en la sentencia de 10 de enero de 1933, en el caso de la «Orange Crush Company», en juicio sobre nulidad de marca, en que se afirma que el concepto de orden público,

«...se refiere al complejo de normas reguladoras y tutelares del interés público, que comprende a toda organización social en sus aspectos múltiples, políticos, económicos y jurídicos»<sup>57</sup>.

Asimismo, en la sentencia de 12 de mayo de 1944, en cuyo segundo considerando, se indica,

«...que el artículo 9.º del Código Civil, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional privado estatuye que a los españoles, aunque residan en el extranjero, obligan las leyes patrias, en lo relativo al estado, condición, y capacidad de las personas; y como entre esta clase de leyes, llamadas personales, figuran las atinentes al matrimonio, institución de singular importancia como base que es del sistema jurídico familiar, ...con arreglo a las leyes españolas habrá que decidir la cuestión antes enunciada»<sup>58</sup>.

En esta ocasión, el T. S. manifiesta que el orden público del Estado español está informado por «principios religiosos, morales y jurídicos» y que «ante el conflicto o colisión entre la ley extranjera aplicable y el orden público nacional debe prevalecer siempre, sin excepción alguna, éste último». Y en ocasión posterior dice el Tribunal de casación que,

«...es necesario proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles, y que constituyen lo que se llama orden público nacional que está 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 determinados»<sup>59</sup>.

57. *Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., tomo 207 (1.º de 1933), Madrid, 1933, pág. 151.

58. Sentencia en juicio por nulidad de matrimonio (caso J. Pruneda c. M. Pruneda). Vid. *Jurisprudencia civil*, R.G.L.J., segunda serie, tomo VI, Madrid, 1944, pág. 711.

59. Sentencia de 5 de abril de 1966, en juicio por disolución de matrimo-

4. Valoración de conjunto de la jurisprudencia del T. S. en materia de orden público.

4.1. Es un lugar común —avalado por la realidad— afirmar que la jurisprudencia del T. S. ha hecho una aplicación rigurosa y muy amplia de la excepción de orden público. Y ello le ha llevado, a veces, a decisiones que, con todo el respeto que nos merece el alto Tribunal, pueden calificarse de exorbitantes y desacertadas<sup>60</sup>.

Sin embargo, es necesario hacer notar que, a nuestro entender, el propósito que claramente parece presidir las decisiones del T. S. es el de mantener en todo momento una coherencia con el pensamiento del legislador. El peso y trascendencia de sus sentencias al «hacer jurisprudencia», le ha llevado a una posición reflexiva, meditada, que, con frecuencia, es considerada como conservadora en exceso y aun, en ocasiones, técnicamente deficiente. El autor de este trabajo, que no deja de compartir el acierto de estas críticas, considera oportuno también llamar la atención sobre esa otra cara de la moneda, la de la coherencia con el legislador y la fidelidad a los mandatos legislativos, que dice mucho en favor de la responsabilidad y seriedad de los órganos jurisdiccionales.

4.2. Vinculando competencia legislativa y competencia jurisdiccional, el T. S. ha cerrado la posibilidad de la actuación procesal de pretensiones contrarias al orden público, aunque fueran viables de acuerdo con la ley del estatuto personal de las partes.

Muy elocuente es, al respecto, la sentencia de 12 de marzo de 1970:

«Considerando que el proceso no tiene otra finalidad que la de regular el ejercicio ante los Tribunales de las ac-

nio entre B. Navarro y L. Barquero. Vid. *Colección Legislativa. Jurisprudencia civil* (abril, 1966), Madrid, 1969, pág. 84. Un comentario a esta sentencia, PECOURT GARCÍA, en *R.E.D.I.*, 1967, pág. 307. El texto de los considerandos y fallos de las sentencias de instancia, en la misma Revista y año, pág. 346.

60. Acaso una de las sentencias más llamativas en este sentido sea la de 10 de octubre de 1960 (caso Ferriol). Vid. PASTOR RIDRUEJO, «Un caso de cuestión previa con la jurisprudencia española», en *Temis*, n.º 10, 1961, pág. 103, y PECOURT GARCÍA, en «Crónica de Jurisprudencia española en materia de D.I.P.», *R.E.D.I.*, 1963, pág. 144.

La queja respecto de algunas actitudes de los Tribunales españoles es ya vieja. En 1883, TORRES CAMPOS decía de ellos que «no han puesto obstáculos a la aplicación de la legislación extranjera en los casos en que procede, según la Teoría de los Estatutos, rodeándola de numerosas y a veces inmotivadas excepciones» (*Principios de Derecho Internacional Privado*, memoria laureada por el I. C. de Abogados de Madrid en el concurso al Premio Cortina de 1879, Madrid, 1883, pág. 282).

ciones derivadas de una ley que atribuye derechos subjetivos cuya eficacia trata de proteger; en su virtud no puede ponerse en marcha la actividad judicial para reclamar supuestos derechos sin fuente de que puedan derivarse ni mucho menos para pretensiones cuyo objeto sea civilmente ilícito, como ocurre en todos aquellos que son contrarios a la moral o al orden público entre los que se encuentra en España el divorcio vincular, aunque se trate de extranjeros sometidos a su estatuto personal y éste lo permitiera, supuesto que ya fue contemplado por este Tribunal en su sentencia de 23 de febrero de 1944, en la que se afirmó que si bien en materia de derechos y deberes de familia y estado de las personas son, en general, de aplicación las leyes del país de origen —criterio reflejado en el artículo 9 de nuestro Código Civil— ello se entiende en cuanto dichas leyes no se opongan a las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, según se expresa en el artículo 27 del Código Civil ni ha podido, por tanto, derivarse del mismo en este caso potestad jurisdiccional para conocer de la pretensión intentada, ni es pertinente la invocación de los artículos de la Ley procesal citados en el único motivo del recurso, que ha de desestimarse»<sup>61</sup>.

4.3. El T. S. español, siguiendo, aunque haya sido con algún retraso, las corrientes del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo, ha admitido la aplicación del efecto atenuado del orden público<sup>62</sup>.

Así, en su sentencia de 21 de diciembre de 1963, establecía:

«... que si bien es verdad que con arreglo a las leyes españolas no podría pretenderse, en nuestra Patria, la ejecución de una sentencia declaratoria de un divorcio vincular que afectase a un ciudadano español, aunque el testimonio

61. *Colec. Legisl. Jurisprudencia civil* (1970-marzo), Madrid 1971, págs. 226-227. La sentencia declara no haber lugar al recurso interpuesto por la señora Veena Chandú Chagani contra el Auto dictado por la A. T. de Las Palmas sobre excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdicción y defecto legal en la demanda. La actora, de nacionalidad ceilandesa, había interpuesto demanda de divorcio contra su esposo, hindú. Habían contraído matrimonio en Bombay, bajo la legislación hindú.

62. Vid. comentario a esta sentencia en PECOURT GARCÍA, *Derecho Internacional Privado Español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, I, Pamplona, 1976, págs. 199 y sigs. En nuestra literatura jurídica, el Prof. MIAJA DE LA MUELA ha dedicado al tema del orden público atenuado su trabajo «Indicios de atenuación del orden público en el D.I.P. español», en *Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift W. Wengler*, II, Berlín, pág. 573 y sigs.

de aquella sentencia estuviese adornado de todos los requisitos precisos para otorgarle autenticidad..., los hechos alegados por el demandado de ser católico y estar ligado con votos solemnes y haber sido ordenado «in sacris» con anterioridad al matrimonio, no han sido acreditados plenamente, y aunque originasen la nulidad del matrimonio tampoco podrían privar de su paternidad al hijo nacido de este matrimonio...»<sup>63</sup>.

De un modo análogo, entendiendo que son separables, a efectos de su admisión en nuestro Derecho, el divorcio y la separación de bienes consiguiente, en la sentencia de 13 de marzo de 1969, decía nuestro Tribunal de casación:

«...que así como la cuestión 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 presenta obstáculo legal alguno para ser divorcio vincular, proferida en el extranjero; c) que ateniéndonos a esta concreción y limitación de los efectos propios de aquella sentencia, en lo que la misma presenta de compatible con nuestra soberanía y concepción tradicional, es de señalar: 1.º) Que la sentencia de divorcio, recaída en el asunto de autos, no sólo dispuso la disolución del vínculo, sino la separación de los cónyuges, tanto en su aspecto personal como patrimonial, según había solicitado la mujer, y aunque lógicamente sea tal pronunciamiento consecuencia obligada del primero, se establece en la parte dispositiva del fallo, separadamente y sin expresar ninguna razón de subordinación o dependencia entre los mismos. 2.º) Que ello puede ser apreciado así, indudablemente, porque la separación de bienes (dejando aparte ya la meramente personal, que no suscita problema alguno) puede acordarse lo mismo en caso de divorcio pleno, que imperfecto e incluso con carácter independiente si mediase causa justa ajena al divorcio...»<sup>64</sup>.

63. *Colec. Legisl. Jurisprudencia civil* (1963--diciembre), págs. 607-608. Se trata del caso U. Schwarz c. J. Reig González, sobre reclamación de alimentos a favor de un menor, hecha por su madre alemana, contra su padre y ex-esposo de ésta, español. Habían contraído matrimonio civil en Alemania y allí se divorciaron posteriormente. El demandado negaba la validez del matrimonio y su paternidad y alegaba, entre otras cosas, su condición de ordenado «in sacris» en la Orden Franciscana.

64. *Colec. Legisl. Jurisprudencia civil* (1969-marzo), Madrid, 1970, págs.

4.4. Por último, conviene hacer notar que en la jurisprudencia del T. S. está presente la idea de la relatividad temporal y espacial del orden público, que es mudable. No son infrecuentes expresiones que lo refieren a «un pueblo y una época determinados»<sup>65</sup> o de que ha sido establecido «un nuevo orden público»<sup>66</sup>, lo cual presupone la existencia y decadencia de otra concepción del orden público anterior en el tiempo.

#### B) LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

1. La temática con ocasión de la cual se ha ocupado de la excepción de orden público la D.G.R.N. comprende cuestiones tales como el posible subsiguiente matrimonio de los divorciados de nupcias anteriores (Resoluciones de 3 de octubre de 1952, 10 de agosto de 1961, 9 de agosto y 19 de septiembre de 1971, 18 de abril de 1972), la recuperación de la nacionalidad española por mujer que antes la tuvo, tras la separación matrimonial o divorcio del esposo extranjero (Resolución de 26 de marzo de 1951), la filiación de hijos de divorciados (Resolución de 23 de abril de 1970), etc.

2. Por lo que hace a estas Resoluciones del Centro Directivo de los Registros y del Notariado conviene advertir que su aparato técnico tiene menor pretensión de «solemnidad» que las sentencias del Tribunal Supremo; su planteamiento técnico-jurídico es, en general, mucho más elemental. Habitualmente, la D.G.R.N. aplica preceptos legales, sin entretenerse en expresar exhaustivamente los criterios que informan su aplicación. Estas características pueden explicarse por la propia naturaleza de la actividad de que se trata.

3. Hay en la doctrina de la D.G.R.N. elementos dignos del mayor elogio, a través de los cuales ha hecho una aportación considerable a una más progresiva práctica española en materia de Derecho Internacional Privado. Destaquemos, ahora, por ejem-

245-246. Sentencia en un caso (A. Fernández Arrojo c. C. Fernández González y J. R. Avezuela Martínez, A. Menéndez Gutiérrez y J. Fernández Fernández) en que se discutía la eficacia de una sentencia de divorcio, pronunciada en La Habana, que puso término, a efectos civiles, a un matrimonio celebrado canónicamente y civilmente en aquella capital.

65. Vgr. sentencia de 5 de abril de 1966, cit.

66. Vgr. sentencia de 12 de mayo de 1944, cit.

plo, la aceptación —antes de que hiciera otro tanto el T. S.— del efecto atenuado del orden público.

En supuestos de divorcio obtenido en el extranjero, la Dirección General ha declarado la posibilidad de recuperar la nacionalidad española por parte de la mujer que contrajo matrimonio canónico, en España, con un súbdito extranjero. Frente a la tesis mantenida por los Juzgados Municipal y de Primera Instancia y por el Ministerio Fiscal, de que, conforme al párrafo segundo del artículo 22 del Código Civil, el divorcio no es en Derecho español causa de disolución del vínculo y que tratándose de un matrimonio canónico se debe estar, en cuanto a la disolución, a las normas del Derecho Canónico, la D.G.R.N., en Resolución de 26 de marzo de 1951, sostuvo que:

«...de la letra del párrafo segundo del artículo 22 del Código civil resulta la posibilidad de la recuperación de la nacionalidad española por la esposa en aquellos casos en que se produzca la disolución del matrimonio, y si bien pudiera pensarse que en nuestro Derecho tal supuesto sólo se produce en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que la nulidad implica más bien la no existencia del matrimonio que su disolución, es lo cierto que en principio y para determinar las formas de disolverse un matrimonio habrá que atenerse al estatuto personal que determina el artículo noveno del Código Civil...»<sup>67</sup>.

Teniendo en cuenta que la esposa perdió la nacionalidad española por su matrimonio y que adquirió la alemana, ésta será, a juicio de la Dirección General, su nueva ley personal y la que deberá ser tenida en cuenta, a menos que razones de orden público impidan, según el artículo 11, la aplicación de la misma.

Y añade la Resolución que comentamos:

«...si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial es rechazada por nuestro Derecho, en el cual se considera justamente como de orden público su inadmisión, tal norma de indisolubilidad del matrimonio contra su fuerza es lo establecido en el artículo 51 del Código Civil, o sea, en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias; y, por otra

67. *Anuario de la D.G.R.N.*, 1951, pág. 339. Resolución del recurso interpuesto contra Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Barcelona, de 29 de agosto de 1950, confirmatorio del Auto del Juez Municipal n.º 6 de la misma Ciudad y de fecha 28 de junio del mismo año. Un comentario de esta Resolución por GREÑO VELASCO, en *R.E.D.I.*, 1951, pág. 557.

parte, supuesto que el divorcio se ha dictado por Tribunales competentes según la ley extranjera, y a súbditos extranjeros, resulta evidente que el efecto, al fin secundario, de habilitar para recobrar la nacionalidad española en nada reza con dicha norma de orden público, sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer, según las leyes españolas, tal disolución»<sup>68</sup>.

Es decir, en una disección acertada de la situación en presencia, la D.G.R.N. distingue de entre los efectos posibles de la sentencia que decretó el divorcio: aquellos que son «intolerables» para el Derecho español en razón del orden público (tal es, por ejemplo, la liberación del impedimento de ligamen, que permitiera un ulterior matrimonio de los divorciados) y aquellos efectos que sí pueden y deben ser aceptados por nuestro Derecho porque no pugnan con el orden público español (en el presente caso, la recuperación de la nacionalidad española por la esposa divorciada). En definitiva, se trata de una aplicación correcta del llamado «efecto atenuado» del orden público.

4. Los criterios sustentados por la D.G.R.N. en la mayoría de sus decisiones son paralelos a los contenidos en la doctrina del T. S. Baste como muestra la alusión a alguna de sus Resoluciones:

4.1. En expediente para la celebración de un matrimonio civil proyectado entre un súbdito norteamericano, divorciado, con una mujer, apátrida de origen alemán, que había contraído matrimonio, en España, en 1944, con un súbdito argentino, del que se había divorciado en Méjico, el Juez consultante razonaba de la siguiente manera: a los extranjeros les acompaña siempre su estatuto personal; los alemanes pueden contraer matrimonio una vez divorciados del anterior; luego, se podrá poner una nota al margen del acta del matrimonio anterior haciendo constar el divorcio y, con la certificación de dicho asiento, proceder a la celebración del matrimonio proyectado.

La D.G.R.N. resuelve la consulta, por Resolución de 3 de octubre de 1952, en el sentido de que no procede la celebración del matrimonio solicitado, en consideración a:

68. *Ibidem*, págs. 339-340. La Dirección General cita como antecedente y en apoyo del criterio que sustenta, su propia Resolución de 10 de enero de 1949.

«que de los datos suministrados al formular la consulta resulta que la que ahora pretende contraer matrimonio, doña H. D., lo había ya contraído en nuestra patria, y en forma civil, con el señor M. C., tal matrimonio ha de considerarse subsistente, ya que nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello con el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo»<sup>69</sup>.

Interesa señalar, a efectos de lo que consideraremos más adelante, que la argumentación del Juez Encargado del Registro se apoyaba en el estatuto personal de una de las personas que deseaba contraer, el varón. Y que la Dirección General, en atención a la situación de la mujer y siguiendo el planteamiento que venía haciendo el T. S. en situaciones semejantes, rechaza la pretensión como contraria al orden público español. No se admite que decaiga, por razón de una posterior sentencia extranjera de divorcio, el impedimento de ligamen nacido de un matrimonio civil contraído en España. Tal vínculo subsiste.

4.2. Pero tampoco cuando se trata de dos divorciados de matrimonios anteriores que contrajeron la relación matrimonial y se divorciaron según su ley personal, la D.G.R.N. les reconoce, en el caso que consideraremos, la posibilidad de contraer ulteriores nupcias en España. Tal es el caso de la Resolución de 10 de agosto de 1961, dictada en consulta elevada por el Juzgado Comarcal de Los Realejos (Tenerife), a través del de Primera Instancia. Se trataba de dos súbditos daneses que proyectaban contraer matrimonio civil ante el correspondiente órgano registral español. Ambos eran divorciados en Dinamarca de sus respectivos matrimonios anteriores.

A consulta del Juez Encargado del Registro, el Ministerio Fiscal y el Juez de Primera Instancia coinciden en el criterio de que:

«...si bien es cierto que el artículo 9 del Código Civil establece el principio de la personalidad de las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, no lo es menos que el párrafo último del artículo 11 del mencionado texto legal, li-

69. *Anuario de la D.G.R.N.*, 1952, pág. 424. Resolución a consulta del Juez Encargado del Registro Civil del Distrito de Buenavista, Madrid.

mita la efectividad de las leyes extranjeras cuando sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres españolas y además que no admitiéndose en nuestro país el divorcio vincular, es evidente que de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio fiscal, resulta imposible aceptar que los matrimonios contraídos por los aludidos señores anteriormente estén disueltos y, en consecuencia, por ser ello contrario al orden público, no procede autorizar la celebración del matrimonio pretendido»<sup>70</sup>.

El punto de vista a que va a dar acogida el Centro Directivo de los Registros y del Notariado en su Resolución es el siguiente:

«...este Centro tiene declarado que nuestra legislación no puede conceder validez, a este efecto, al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello el principio de indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse de orden público (Resoluciones de 15 de febrero de 1941, 10 de enero de 1949, 26 de marzo de 1951 y 3 de octubre de 1952), habiéndose de considerar confirmada esta postura por la última reforma del Código Civil, en el que incluso se ha desterrado el término «divorcio»<sup>71</sup>.

Notemos que en estas Resoluciones, la D.G.R.N. sigue criterios coincidentes con los establecidos por nuestro Tribunal Supremo en su interpretación y aplicación del orden público en el marco concreto de la legislación española (más específicamente, la relativa a matrimonio, divorcio, etc., posterior a 1939), cuya valoración no es éste el momento de expresar.

5. Pero, en otras ocasiones, no por menos numerosas, desprovistas de significación, la D.G.R.N. se ha apartado notablemente de la doctrina del T. S. y aun de la suya propia anterior, en Resoluciones que si, de hecho, han sido elogiadas por progresivas, tal vez deban considerarse dudosas en cuanto a su fundamentación jurídica. Al menos, «de lege lata».

Creemos que esto puede afirmarse, por ejemplo, de las Resoluciones de 23 de abril de 1970 (y en relación con ella, la de 9 de noviembre de 1971) y de 18 de septiembre de 1971, en las que vamos a entretener nuestra atención siquiera sea brevemente:

70. *Anuario de la D.G.R.N.*, 1961, pág. 153.

71. *Anuario D.G.R.N.*, 1961, págs. 153-154.

5.1. Se plantea la cuestión de si puede ser inscrito en el Registro civil español el reconocimiento conjunto de filiación natural de una hija, nacida de unos padres en los que se dan las circunstancias siguientes: la madre, originariamente española, contrajo matrimonio canónico en España con un súbdito alemán, y adquirió la nacionalidad alemana. Posteriormente obtuvo, ante los Tribunales alemanes, sentencia de divorcio. Más tarde, residiendo de nuevo en España, tuvo una hija, cuyo padre es un español soltero. De común acuerdo, los progenitores solicitan la inscripción de la niña en el Registro civil como hija natural reconocida por ambos. El Encargado estimó que lo procedente era inscribirla como hija natural de su padre y de madre desconocida, «dado el terminante precepto del párrafo 3.º del artículo 11 del Código Civil»<sup>72</sup>.

Las alegaciones de los interesados, por lo que hace a los aspectos de Derecho Internacional Privado que ahora nos interesan, son: a) que la madre es de nacionalidad alemana; b) que, de acuerdo con sus leyes nacionales, tiene el estado de divorciada, que le permite contraer nuevo matrimonio; c) invocan el art. 9 del Código Civil español —y la jurisprudencia que lo interpreta— y puesto que «al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país», a la compareciente ha de aplicársele la ley alemana; d) que aunque la providencia aludida se refiere a la «consabida excepción de orden público, que suele invocarse siempre que no se quiere aplicar la ley extranjera», entienden los recurrentes que, de prosperar su petición, «no se produciría ningún escándalo en el orden familiar, social ni estatal» ni menoscabo alguno a las instituciones de la Nación; e) que la inscripción como hija natural de ambos estaría además en armonía con el reconocimiento de esta situación por otras leyes, la alemana entre ellas, y en armonía con los principios más humanitarios, y evitaría que recaiga sobre la nacida «la condición de paria de la sociedad»<sup>73</sup>.

La reposición solicitada no prospera por cuanto el Juez Encargado entendió que:

« la impugnación fue entablada sin tener en cuenta el principio de orden público internacional, contenido en la fórmula legal del art. 11 del Código Civil que veda el paso

72. *Anuario D.G.R.N.*, 1970, pág. 243.

73. *Ibidem*, págs. 243-244. Observemos que el planteamiento se apoya, al menos en su parte más consistente, en el estatuto personal de la recurrente.

a cualquier resolución sobre la pretensión de los recurrentes, dada la rígida interpretación de dicho precepto en materia de Derecho matrimonial, en una legislación como la española, atendida a la inexistencia del divorcio vincular, y que por ello, impide la aplicación del estatuto personal de la ciudadana alemana, solicitante de la inscripción, estatuto que hubiera permitido, dada la validez del divorcio, entender disuelto el matrimonio. Por tanto queda subsistente la Ley territorial para la regulación de dicho estatuto personal, Ley que es la española que niega validez al divorcio para disolver el matrimonio y que no tolera el reconocimiento como natural de un hijo extramatrimonial de un casado, al exigir taxativamente el párrafo 2.º del art. 119 del Código Civil que, para tener los hijos ilegítimos dicha calidad de naturales, los padres pudieran casarse con o sin dispensa al tiempo de la concepción de aquéllos;»<sup>74</sup>.

Y añade a la precedente argumentación, pensando probablemente en las «razones humanitarias» propuestas:

«... la alegación de lo dispuesto en el artículo 130 del Código Civil que ha permitido al que provee paliar la rigidez de la ficción impuesta por nuestro Derecho en los artículos 108 y siguientes del mismo Código, que conduce directamente a imponer a la nacida la paternidad del marido de la madre, privando a aquélla de la paternidad de sangre del padre español que la puede reconocer válidamente, así como de la dureza del precepto del párrafo 2.º del artículo 119, también del Código Civil, con arreglo al cual la inscrita tendría que serlo como ilegítima en sentido estricto, con la piadosa presunción que permite, en el presente caso, reputar a la hija como natural del padre soltero, llevar sus apellidos y ser protegida en su desgracia por la serie de preceptos del Código, de la Ley y del Reglamento del Registro que ocultarán la ilegitimidad de su nacimiento, vedando y restringiendo la publicidad sobre las circunstancias que pudieran revelarla»<sup>75</sup>.

74. *Ibidem*, pág. 244. No obstante la corrección del conjunto de la argumentación, no parece acertada alguna expresión, tal como esa de que «queda subsistente la Ley territorial para la regulación de dicho estatuto personal». La realidad es que la ley alemana del estatuto personal es aplicable en todo menos en aquello en que es incompatible con el orden público español.

75. *Ibidem*, págs. 244-245.

El Juez de Primera Instancia y el Ministerio Fiscal mantuvieron, en sus respectivas actuaciones en este asunto, la misma postura que el Encargado del Registro. Pero la D.G.R.N., en Resolución de 23 de abril de 1970, sostuvo el criterio contrario y declaró inscribible la pretendida filiación natural materna.

Sigamos el razonamiento del Centro Directivo. Su argumentación está sintéticamente recogida en el tercer considerando de la Resolución:

«... al ser la hija española, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º, el reconocimiento de la filiación materna se rige, en cuanto a sus condiciones de fondo, por la legislación española y, por tanto, es aplicable el artículo 119 del Código Civil; sin embargo, no cabe resolver la cuestión aplicando mecánicamente este precepto y negar el carácter natural de la filiación en base a que el progenitor español no habría podido, al tiempo de la concepción, contraer matrimonio válido con la madre, alemana y divorciada de matrimonio canónico; pues, tal conclusión se ve impedida por las siguientes proposiciones que se examinarán sucesivamente: 1.ª) conforme al Derecho español el estado de la madre extranjera no es, en el supuesto, el de casada; 2.ª) para valorar, a este efecto, la sentencia de divorcio no se requiere inscripción en el Registro Civil español ni *exequatur*; 3.ª) tienen los padres, según las reglas civiles *ordinarias*, aptitud para casarse entre sí, por lo cual nada se opone, en principio, al reconocimiento de filiación materna: 4.ª) la excepción de orden público, o la inmisión del orden canónico, que, no obstante ser la madre no casada, impida su matrimonio con el padre español soltero, no puede extenderse automáticamente a otras materias que la Ley española regule sólo por vía de remisión, en función de la libertad matrimonial»<sup>76</sup>.

La argumentación de la Resolución parte, pues, del estatuto personal de la madre, ex-española, casada canónicamente, y ahora alemana y —en tanto que divorciada, de acuerdo con su ley personal— en posesión de la condición de «no casada», consideración que «será la que ha de tener en el orden civil español, en principio, a todos los efectos»<sup>77</sup>.

76. *Ibidem*, pág. 247.

77. Esta figura de la «no casada» ya fue utilizada en la Resolución de 26 de marzo de 1951 con referencia a una mujer, española de origen, extranjera después por matrimonio, a efectos de recuperación de la nacionalidad española.

¿Qué significado tiene, en el supuesto que contemplamos, esa figura de la mujer «no casada», y más concretamente, en relación con la filiación debatida? He aquí lo que nos dice la Resolución en su sexto considerando:

«...para conocer si, en concreto, un español tiene el carácter de hijo natural, hay que averiguar si encaja en la noción legal que de hijos naturales acoge el Derecho español, para lo cual ha de acudir al artículo 119 del Código Civil; ahora bien, este artículo, por sí sólo no basta para conocer tal noción, sino que se completa, por vía de remisión, con las disposiciones que precisan la aptitud de los padres para contraer matrimonio entre sí; así pues, el español en cuestión será hijo natural, si los padres, al tiempo de la concepción, pudieron casarse; y, descendiendo ya directamente al caso planteado, *si se aplicaran las reglas ordinarias de conflicto, es claro que el previo matrimonio de la madre, ya disuelto según su propia Ley nacional, no había de ser obstáculo para el matrimonio ulterior con un español, soltero*, de donde indirectamente se sigue también que, según las reglas ordinarias, el hijo habido entre ellos tiene el carácter de natural»<sup>78</sup>.

¿El anterior matrimonio canónico de la madre, ahora disuelto según la ley alemana, no es obstáculo para otro ulterior matrimonio con un español soltero? ¿Será, acaso, en España y de acuerdo con la legislación vigente en la materia y los criterios habituales de nuestra Jurisprudencia? ¿Hasta qué punto no son contradictorias o no guardan coherencia las afirmaciones de la D.G.R.N. que acabamos de considerar con estas otras del considerando noveno?:

«...ciertamente el juego normal de las reglas civiles, españolas y extranjeras, debe dejar paso, en el orden jurídico español, a la aplicación de las normas canónicas en el ámbito que el Concordato vigente y, más concretamente, los artículos 75 y 80 del Código Civil, le reconocen como propio; y en la delimitación de este ámbito se plantea la cuestión sobre en qué medida, y en aplicación de los citados preceptos y no ya por el orden público, debe ser reconocido en España el posible veto canónico al matrimonio de súbdito español con persona extranjera en el supuesto tan frecuente

78. *Ibidem*, pág. 248. El subrayado es nuestro.

de que ésta esté o siga casada canónicamente —haya o no habido cumplimiento de la forma canónica—, pero que sea considerada libre según su propia ley nacional, e incluso quizás para su actual confesión religiosa; mas ésta no es cuestión que sea ahora necesario resolver, pues no cabe invocar la interferencia de las normas canónicas en la calificación del estado civil de una extranjera —ya la declaren, tales normas, casada, siendo civilmente libre, ya libre, siendo civilmente casada— si no se trata precisamente de contraer matrimonio con español, sino de una materia totalmente ajena al ámbito reconocido a la ley canónica, como es el régimen de los hijos naturales»<sup>79</sup>.

Y, por último, ésta es la argumentación con que se perfila el orden público atenuado:

«Considerando que, si bien es indudable que la regla de la aplicación de la Ley nacional en materia de capacidad y estado de extranjeros quiebra en numerosos supuestos, ya por razones de orden público, ya por el reconocimiento español del ámbito legislativo canónico y cuando precisamente de contraer matrimonio se trata, y aunque, en concreto, bien las exigencias del orden público según reitera la jurisprudencia, bien el reconocimiento concordado al ámbito canónico, puedan impedir el ulterior matrimonio de esta alemana, civilmente divorciada, con español soltero, ello no permite extender tales excepciones o inflexiones del sistema en materia de matrimonio a otras materias —muy numerosas en el orden civil, en el penal, y, en general, en todo orden jurídico, y un ejemplo es el concepto de adulterio— que la Ley española regula sólo por vía de remisión en función del ligamen o de la libertad matrimonial y como consecuencia indirecta de éstos, sino que se hace preciso discernir si el orden público o el reconocimiento del ámbito canónico exigen también dicha extensión a cada una de estas materias no estrictamente matrimoniales.

Considerando que, en efecto, el orden público no exige que se excepcione la normal aplicación de las reglas ordinarias, nacionales y extranjeras, cuando se trata de calificar la prole habida entre la extranjera divorciada y el español soltero, pues a tal extensión se oponen los criterios restrictivos con que deben aplicarse: a) La noción de orden público

79. *Ibidem*, pág. 249.

por el carácter de excepción que le impone expresamente la Ley, en pro de la comunidad jurídica universal; b) La noción de hijos ilegítimos no naturales, tanto por su mismo carácter de consecuencia penal, como por introducir, contra la igualdad, un régimen singular en el «status» de los hijos habidos fuera del matrimonio y particularmente odioso hoy por la revaloración actual de los deberes de los progenitores respecto del hijo engendrado, el cual —como expresa la doctrina de la Iglesia en reciente y solemne documento (*Gaudium et Spes*, 27) «inmedita patiens propter peccatum a se non commissum»<sup>80</sup>.

Del conjunto de estos planteamientos y argumentación se deduce, sin esfuerzo, la afirmación del contraste existente entre los criterios de la D.G.R.N. en esta ocasión y los seguidos por la jurisprudencia del T. S., que hemos considerado anteriormente.

5.2. La sensación de sorpresa y la impresión de falta de consecuencia aumenta todavía más en quien, informado de los precedentes jurisprudenciales, lee la Resolución de 9 de noviembre de 1971.

La Embajada de la República Federal de Alemania en Madrid —teniendo en cuenta la Resolución de 23 de abril de 1970, según se deduce del propio texto de la que ahora consideramos— consultó al Centro Directivo si una española, acatólica, puede, según la Ley española, contraer matrimonio con un no español, de religión evangélica y divorciado dos veces por sentencias dictadas en Alemania. La D.G.R.N. señala, cautelosamente, que no puede juzgar definitivamente sobre la validez de determinado matrimonio y que, sólo a los efectos, propios de su esfera de atribuciones y tras los trámites oportunos, entra en las cuestiones sobre la validez de un matrimonio, cuando se apela contra la denegación de inscripción en el Registro Civil español del ya celebrado y cuando le consultan los funcionarios españoles dudas graves sobre si deben o no autorizar un matrimonio determinado que se proyecta celebrar ante ellos. Por ello, «fuera de los supuestos legalmente previstos no es pertinente decidir sobre la validez de cierto matrimonio ni, por tanto, la cuestión que ahora plantea la Embajada alemana, prejuzgando procedimientos o expedientes sin las

80. *Ibidem*, págs. 248-249. Sobre esta Resolución, vid. MEDINA ORTEGA, *Divorcio extranjero y filiación natural (Comentario a la Resolución de la D.G.R.N. de 23 de abril de 1970)*, en R.E.D.I.

garantías y trámites exigidos en cada caso»<sup>81</sup>. Es decir, la Dirección General no desea formular criterios en abstracto.

Y considerando la concreta consulta que se le ha elevado, manifiesta:

«4.º Que cabe informar a esa Embajada: a) Que la Resolución de este Centro Directivo de 23 de abril de 1970 no afronta directamente la cuestión planteada, pues sólo resuelve el problema de si son o no son naturales los hijos habidos de extranjera divorciada. b) Que más relación tienen, entre las Resoluciones recientes de este Centro Directivo, las de 27 de junio de 1969 y 18 de septiembre de 1971 (cuyos textos se acompañan). Debe hacerse notar que la Resolución de 27 de junio de 1969 se refiere a la procedencia de inscribir un matrimonio civil celebrado ya en Hannover, según las formas exigidas por la Ley alemana, entre español, soltero y alemana divorciada;

5.º Que después de la Ley 44/1967, de 28 de junio, regulando el ejercicio del derecho de libertad en materia religiosa, no ha tenido este Centro Directivo ocasión de decidir directamente si el extranjero, acatólico, casado canónicamente y divorciado puede contraer o no matrimonio civil con español acatólico, soltero o viudo;

6.º Que juzgar definitivamente sobre la validez o nulidad de un matrimonio es cuestión propia de los Tribunales de Justicia y, en último término, del Tribunal Supremo cuya doctrina ha venido dando amplio alcance al principio de la indisolubilidad como integrante del orden público español en relación a la celebración de matrimonio entre extranjero divorciado y español»<sup>82</sup>.

La D.G.R.N. parece no querer tener en cuenta la construcción que, con base en la idea del estatuto personal, había realizado en la Resolución de 23 de abril de 1970 y de la que, en buena parte, había vuelto a servirse, medio mes atrás, en su Resolución de 18 de septiembre de 1971. ¿Cómo explicar ahora esa advertencia, o casi admonición, de que el Tribunal Supremo «ha venido dando amplio alcance al principio de indisolubilidad como integrante del orden público español en relación a la celebración de matrimonio entre extranjero divorciado y español»?

81. *Anuario D.G.R.N.*, 1971, pág. 345.

82. *Ibidem*, pág. 345.

5.3. En esta consideración que venimos haciendo de las Resoluciones de la D.G.R.N. no puede faltar la referencia —que no será muy extensa, puesto que me ocupé de ella con más detalle en otro trabajo anterior<sup>83</sup>— a la Resolución de 18 de septiembre de 1971. En esta ocasión, el Centro Directivo —pese a la postura adoptada por todos los órganos inferiores que actuaron en el expediente, incluida la Subdirección General— autorizó la inscripción del matrimonio civil de una mujer española, soltera, menor de edad (con licencia paterna para contraer) con un saharauí, de nacionalidad española que, de acuerdo con la ley coránica, había repudiado sucesivamente a dos esposas anteriores.

En síntesis, la Dirección General argumenta: *a)* Que aun siendo la indisolubilidad del matrimonio idea básica de la organización de la familia, «no es regla que en nuestro ordenamiento no admita inflexiones» tal como la del artículo 80 del Código Civil que atribuye a la jurisdicción eclesiástica el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos, sobre dispensa del matrimonio rato y no consumado y sobre aplicación del privilegio paulino<sup>84</sup>. *b)* Que tratándose simplemente de calificar el estado civil «del que pretende contraer, tal estado es de la incumbencia del estatuto personal aplicable», y «resultaría exorbitante enjuiciar ahora desde el punto de vista del orden público en relación con la posición de la mujer, la causa de diso-

83. «Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *Revista General de Derecho*, números 361-362, Valencia, dic. 1974.

Entre los autores que se han ocupado de esta Resolución: MIAJA DE LA MUELA, en *Festschrift für W. Wengler*, II, Berlín, 1973, pág. 615; E. LALAGUNA, en «Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español», en *Revista de Derecho Privado*, junio 1972, pág. 487, y en «Valor del Código Civil como Derecho Común después de la reforma del Título Preliminar», en *Documentación Jurídica*, oct. dic., 1974, pág. 168; R. NAVARRO VALLS, «Estatuto personal islámico y eficacia en Derecho Español del repudio unilateral», en *Revista Española de Derecho Canónico*, mayo-agosto, 1972, pág. 362; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «A propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1972, pág. 882 y sigs. Ver el texto de la Resolución en *Anuario D.G.R.N.*, 1971, pág. 320 y sigs.

84. Reitero lo escrito en mi anterior comentario a esta Resolución: resulta llamativa en este pasaje la equiparación de la recepción que del Derecho Canónico hace nuestro ordenamiento en tales materias, de la que, desde luego, no puede deducirse un divorcio vincular (al que se contraponen el orden público español), y de la aplicación del Derecho coránico que, jugando dentro del ordenamiento jurídico español total, se pretende que tenga la virtualidad no sólo de permitir la disolución vincular del matrimonio de ciertos ciudadanos españoles, los saharauís, sino, además, de eximirlos, tras el divorcio, del impedimento de ligamen. Los supuestos contemplados en el art. 80 y la disolución del vínculo por el repudio parecen ser en la Resolución «inflexiones» del sistema general de indisolubilidad.

lución, el repudio»<sup>85</sup>. Desde estas premisas, la Dirección General concluirá que «no se ven razones suficientes de orden público para excepcionar el régimen normalmente aplicable e impedir el nuevo matrimonio, con española acatólica, a quien, conforme al propio estatuto religioso y jurídico, reconocido por el ordenamiento español, ha dejado de estar casado»<sup>86</sup>.

A nosotros, la Resolución de 18 de septiembre de 1971 nos llevó a la siguiente reflexión: Si se aceptase la idea de que el orden público no debe ser aplicado en las relaciones jurídico-privadas que se desarrollan en ordenamientos que, aun respondiendo a concepciones o civilizaciones jurídicas contrapuestas, están sometidas a una misma soberanía legislativa, cabe preguntarse qué es lo que, en tal caso, defiende realmente la excepción de orden público: si una serie de principios o valores fundamentales de carácter jurídico, político, social, moral, económico, religioso, etc., de un determinado ordenamiento y los criterios de política legislativa o jurisprudencial que van acomodando tal ordenamiento a cada tiempo y a las necesidades del tráfico jurídico —tales son las funciones generalmente atribuidas a esta excepción a la aplicación del Derecho extranjero—, o si es la idea de la soberanía legislativa del Estado a ultranza la amparada, y la que debe ser entendida tan extensamente que bajo ella hallen acomodo en orden a la constitución de situaciones nuevas (y no por la vía del orden público atenuado que atiende a los derechos adquiridos, a

85. En «Ordenamientos plurilegislativos...» comenté respecto de estas afirmaciones de la D.G.R.N.: «La manera de razonar de la D.G.R.N. en este aspecto concreto presenta dificultades de aceptación. De una parte, el repudio como causa de disolución del vínculo es rechazado, de ordinario, por orden público y en razón de su unilateralidad, por los sistemas divorcistas. Pero, aun pasando por alto esto, no parece que su consideración pueda estimarse exorbitante cuando se trata de determinar el estado civil del varón que pretende contraer. Observemos, además, que la práctica hasta ahora debió estimar exorbitante entrar en el análisis de las causas del divorcio —tampoco era competencia de los Tribunales españoles el hacerlo con referencia a los obtenidos bajo el imperio de una ley extranjera—, y también los artículos del Título Preliminar del Código Civil que se citan en el segundo Considerando de la Resolución obligaron a establecer el estatuto personal por la ley personal del interesado, y pese a ello, ha venido jugando la excepción de orden público. Y es que el orden público actúa no como un juicio de valor sobre la bondad de las instituciones jurídicas extranjeras, sino como un rechazo motivado de los efectos que de las mismas quisieran deducirse en el foro y que sean incompatibles con los principios básicos de éste. O, dicho de otro modo, cuando el Derecho español no autoriza el matrimonio de los divorciados bajo otra ley, no niega, por principio, la corrección legal en el foro extranjero de la situación de no ligados matrimonialmente de tales personas, sino que limita su eficacia al ámbito de ese ordenamiento o, más exactamente, no le otorga eficacia en el foro español y no consiente, por tanto, subsiguientes nupcias».

86. Vid. tercer considerando de la Resolución que comentamos.

las situaciones ya constituidas, bajo otra legislación), instituciones que se han considerado opuestas a los referidos principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico. ¿Qué importa más, en definitiva, la tutela de ciertos principios fundamentales o la reacción frente a las instituciones que le son contrarias sólo cuando proceden de normas jurídicas emanadas de una soberanía distinta?

En efecto, en el caso de la Resolución de 18 de septiembre de 1971 cabe preguntarse si lo que realmente sucede es que la indisolubilidad del vínculo matrimonial pertenece al orden público español, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, o lo que resulta defendido por tal orden público es que el Estado español regule el matrimonio civil de un modo tan «soberano» que acepte la disolubilidad del vínculo, mediante el repudio incluso, que libera del ligamen a los españoles musulmanes saharauis (en razón de su estatuto personal) mientras la niega al resto de los españoles y para los extranjeros.

Cabe pensar, además, que con tal modo de tratamiento del orden público se hace un flaco servicio a la idea del respeto mutuo y coordinación de los sistemas jurídicos, que es fundamental en Derecho Internacional Privado. Al tiempo se coloca al Derecho extranjero en postura desairada porque, en efecto, la reacción del ordenamiento del foro frente a tales normas extranjeras, cuando rozan al orden público, resulta enérgica en contraste con la complaciente aceptación con que trata aquellas normas que están cubiertas por el velo de la propia soberanía, pero que son adversas a los principios que se dice tutelar mediante la excepción de orden público<sup>87</sup>.

6. Dos recientes Resoluciones de la D.G.R.N. han venido a ocuparse de la excepción de orden público: las de 23 de marzo y 5 de abril de 1976.

En esta segunda se trataba de un expediente sobre autorización de matrimonio civil entre los peticionarios siguientes: J. B. S., soltero, español, bautizado católico pero no practicante, y N. M. B. K., peruana, también bautizada en la Religión Católica que ya no practica, que había contraído matrimonio canónico en 1969, en su país, y posteriormente obtuvo sentencia de divorcio que declaraba disuelto el vínculo matrimonial para los efectos civiles.

87. «Ordenamientos plurilegislativos...», cit., pág. 15.

Las alegaciones de los interesados en el expediente ya las intuye el lector: la mujer era extranjera y el art. 9, 1.º del Código Civil español regula el estatuto personal por la ley nacional; según su ley personal, la divorciada puede contraer nuevo matrimonio, y procede, por tanto, la celebración del que ahora se pretende.

El dictamen de todos los órganos que intervienen en el asunto es, al menos sustancialmente, coincidente: no puede autorizarse el matrimonio proyectado, porque a la aplicación de la ley extranjera, en el caso considerado, se opone el orden público (art. 12, 3.º, del Código Civil). El Juez de Primera Instancia dictó auto en el sentido de que no procedía autorizar en España el matrimonio civil de un español soltero con una extranjera divorciada, porque aunque la ley personal de esta última le concede capacidad, tal ley personal no puede aplicarse por resultar contraria al orden público español, y tras aludir a los precedentes de las sentencias del T. S. de 22 de mayo de 1944 y 5 de abril de 1966 y de las Resoluciones de la D.G.R.N. de 10 de enero de 1948 y 26 de marzo de 1961, señala que:

«...el criterio hasta ahora mantenido en España es el de no admitir la capacidad del extranjero divorciado para contraer matrimonio civil en España, pues aun en el caso de que su legislación nacional admite el divorcio vincular y otorga al divorciado capacidad para contraer nuevo matrimonio, como esta posibilidad pugna con el concepto moral y legal del matrimonio en España, que prohíbe contraerlo a quienes estuvieren anteriormente casados, incide en el orden público y buenas costumbres, no siendo procedente su aplicación, estableciendo como única causa de disolución para aquel matrimonio la muerte de uno de los cónyuges»<sup>88</sup>.

La Dirección General resuelve la consulta «en el sentido de estimar subsistente el impedimento de ligamen derivado del matrimonio de la interesada, a los efectos del que ahora intenta contraer con súbdito español», pues «si bien, en principio, ambos contrayentes gozan conforme a su respectiva ley personal (cfr. art. 9.º, 1, del Código Civil) de la capacidad necesaria para contraer matrimonio, la cuestión a dilucidar es si la excepción de orden público, recogida hoy en el art. 12, 3, del Código Civil im-

88. *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XXX, n.º 1.057, 25 abril 1976, pág. 45.

pedirá conceder eficacia en España a la sentencia extranjera de divorcio vincular». Y en relación con esta cuestión se estima que:

«...la excepción de orden público, por implicar una quietud en la comunidad jurídica internacional, debe ser interpretada muy restringidamente; sin embargo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y *cuan-do el matrimonio previo es canónico*, debe entenderse que, a pesar de haberse dictado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal, persiste, por razones de orden público, el impedimento de ligamen»<sup>89</sup>.

Estos criterios son coincidentes con los mantenidos por la propia D.G.R.N. en otra Resolución dictada unos días antes, el 23 de marzo de 1976. Versa sobre transcripción de matrimonio civil contraído en 1966 por un español, soltero, acatólico, con una súbdita extranjera, que había contraído otro matrimonio anterior (según el rito mormón) del que obtuvo sentencia de divorcio en los Estados Unidos.

Los Jueces Municipal y de Primera Instancia y el Ministerio Fiscal estimaron que no procedía acceder a la transcripción solicitada, porque:

«...tal pretensión está en abierta contradicción con las disposiciones legales vigentes en la materia, ya que éstas prohíben la admisión del divorcio vincular y tal prohibición tiene el carácter de disposición absolutamente imperativa para los españoles en el extranjero y de orden público para los extranjeros en España, prohibición que, además, no permite a un Tribunal español pronunciar el divorcio vincular, ni reconocer en España una sentencia extranjera de divorcio...»<sup>90</sup>, puesto que,

«el Derecho español no admite el llamado divorcio vincular en el matrimonio civil, salvo los casos de nulidad del mismo (art. 101 del Código Civil), y que dicho divorcio vincular pugna con los principios de orden público que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, cuyas disposiciones no pueden quedar sin efecto por sentencias dictadas en país extranjero (artículo 11 de dicho Código Civil), siendo de concluir que la solicitante no puede considerarse libre para contraer matrimonio con arreglo al Derecho español; en el mismo sen-

89. *Ibidem*, pág. 46. El subrayado es mío.

90. *Ibidem*, pág. 47.

tido, y en un caso de manifiesta analogía con el presente, se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 1944»<sup>91</sup>.

La Resolución declara inscribible el matrimonio civil razonando de la siguiente manera:

«Considerando que la indisolubilidad del matrimonio es ciertamente básica en la organización de la familia e integrante del orden público español, pero no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones, incluso cuando de la propia familia española se trate (cfr. art. 80, Código Civil y Resolución de este Centro Directivo de 18 de septiembre de 1971); y con mayor razón ha de admitirlas cuando se trate de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular;

Considerando que a este respecto conviene distinguir según *que el previo matrimonio de la extranjera fuera canónico o civil*; pues siendo canónico una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste a pesar de haberse decretado el divorcio vincular conforme a la correspondiente ley personal extranjera; y, en cambio, siendo el matrimonio civil, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público han obligado, cuando de inscribir un matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal, y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es inscribible, según resulta de la práctica que revelan las Resoluciones de 25 de marzo de 1950, 27 de junio de 1969 y 9 de noviembre de 1971»<sup>92</sup>.

Una duda asalta al lector de estas Resoluciones. Ellas distinguen, para hacer funcionar o no la excepción de orden público, entre matrimonio canónico y matrimonio no canónico. Y enton-

91. *Ibidem*, pág. 49.

92. *Ibidem*, págs. 51-52. El subrayado es mío. Este distinto tratamiento del matrimonio canónico y del civil tiene su apoyo según la Resolución, en la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la de divorcio de 1932.

ces, ¿qué ampara, en realidad, el orden público español, el principio de indisolubilidad del matrimonio, o, tan sólo, la indisolubilidad del matrimonio canónico? ¿Es ésta la interpretación que puede derivarse del artículo 22 del Fuero de los Españoles cuando dispone que «el matrimonio será uno e indisoluble», sin distinguir entre el civil y el canónico? Se da, por tanto, una tensión entre las leyes y su interpretación, aunque ésta pretenda ser correctora.

7. Hay pues, como quedó visto, un contraste entre la aplicación que de la excepción de orden público ha hecho nuestro Tribunal Supremo y la concepción de la misma en algunas de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Tal vez en la jurisprudencia del Tribunal de casación se ha dado, en bastantes ocasiones, una interpretación maximalista del orden público. Pero es lo cierto, por otra parte, que el Centro Directivo ha introducido en la práctica —aunque no siempre— una «funcionalidad» del estatuto personal en su juego respecto del orden público, que si puede ser alabada en lo que tiene de intención de progreso, no encaja, sin difíciles equilibrios y aun forzamientos, en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, tal como éste es hoy por hoy<sup>93</sup>. Parece deseable y necesaria, a nuestro juicio, una reforma de la legislación española en ciertas materias respecto de las que viene funcionando la excepción de orden público. Pero —pensamos— debe hacerse por vía de modificación legal y bajo control de los Tribunales de Justicia. Lo que no parece conveniente, ni para la certeza y generalidad de la normativa jurídica ni para las situaciones subjetivas particulares, es que por medio de resoluciones administrativas y en casos concretos (lo que, en la práctica, quiere decir que en unos casos sí y en otros no) se introduzcan «adecuaciones», que no respondan o contradigan directamente la economía general del ordenamiento. Es necesaria una modernización de los criterios legislativos y jurisprudenciales, pero también que ésta se haga por las vías adecuadas, sin que las decisiones administrativas solayen o contra-

93. Es cierto que debe tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad de la D.G.R.N. Cuentan en sus Resoluciones más aun que en las de los Tribunales de Justicia, las circunstancias y factores personales, el que no existe contradicción de partes, etc. No obstante, PERÉ RALUY ha señalado «cierta fluctuación de criterios y diversidad de soluciones para casos similares» y decisiones «en sentido poco conforme con el estricto Derecho» (*Derecho del Registro Civil*, tomo I, Madrid, 1962, pág. 53). Y el Prof. D. DE CASTRO escribe de las Resoluciones de la D.G.R.N.: «contradictorias y con poco convincente argumentación parecen a veces dictadas por consideraciones extrajurídicas» (*Derecho Civil de España*, II-1.º, Madrid, 1952, pág. 391, en nota).

digamos los criterios de los Tribunales de Justicia y, en especial, del Tribunal Supremo, en su misión de unificador de la aplicación del Derecho. Es una exigencia de aquello en que, estructural y funcionalmente, consiste un sistema jurídico bien ordenado.

### III. PERSPECTIVA ACTUAL.

Estamos inaugurando la vigencia de una nueva norma española en la materia que nos ocupa: el artículo 12.3, del nuevo Título Preliminar del Código Civil:

«En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público»<sup>94</sup>.

Este precepto regula la excepción de manera inequívoca y tiene mejor emplazamiento sistemático que su antecesor, el artículo 11, 3, del Título Preliminar anterior. Ahora corresponde a la práctica jurídica, y muy especialmente a la jurisprudencial, la tarea de realizar una aplicación certera de esta norma.

La evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el propio contexto del artículo 12.3, y las corrientes de opinión, latentes o manifiestas, que existen en nuestro entorno social, prefiguran una remodelación de la excepción de orden público en el Derecho Internacional Privado español, que

94. En el Anteproyecto Yanguas (Ponencia aprobada por la Comisión General de Codificación en su pleno del 25 de enero de 1944) el orden público se regulaba en su art. 11, dedicado a la aplicación de la ley extranjera, en los siguientes términos: «Cuando, según las normas contenidas en este Código o los tratados vigentes en España, deba aplicarse la ley extranjera, regirán sus disposiciones sustantivas, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado. Tales disposiciones recibirán la aplicación y tendrán los efectos que correspondan a la ley española. / No obstante lo dispuesto en este artículo y en los anteriores, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos y 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 actos o contratos otorgados en país extranjero. / No se reconocerá la validez ni se admitirán los efectos de aquellos actos que impliquen un fraude a la ley». (Tomo el texto de YANGUAS MESSÍA, *Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Madrid, 1958, pág. 355).

En el Anteproyecto de 1962, no publicado, se decía: «Sin embargo de lo dispuesto en este artículo, no tendrá lugar en España la aplicación de una ley extranjera contraria al orden público. Carecen igualmente de virtualidad en España o entre españoles los actos o convenios privados y las resoluciones administrativas o judiciales extranjeras que inciden en tal contradicción». (Reproduzco de AGUILAR NAVARRO, *Lecciones...*, cit., vol. I, tomo II, Madrid, 1969, pág. 191).

—opino— habrá de alcanzar, en un plazo relativamente corto, a la configuración legislativa y jurisprudencial de algunos de los institutos jurídicos sobre los que ha venido operando la excepción<sup>95</sup>. A nuestro entender, los signos bajo los cuales debe operarse son los siguientes:

1.º Superación de los resabios de nacionalismo, de desconcierto o recelo y apartamiento de las posiciones de inerte resistencia ante la ley extranjera. Si antes no estaban suficientemente justificadas estas posturas, ahora pugnan con el espíritu y la letra del artículo 12.6 del Código Civil, en su nueva redacción, que ha clarificado y mejorado las posibilidades de aplicación de las normas extranjeras en nuestro foro.

2.º Sentido de la excepcionalidad en la aplicación del orden público, que debe ser restrictiva, teniendo presente que, como tal excepción, en cierto modo, viene a desbaratar el cuadro de soluciones a los conflictos de leyes que ha establecido nuestro propio ordenamiento, aunque constituya un elemento de la «economía general» del sistema.

3.º Respeto de las exigencias de certeza y seguridad jurídicas, mediante la unificación de criterios básicos de los órganos judiciales y administrativos que, en sus respectivos ámbitos, aplican el Derecho. Ello conlleva la exclusión de criterios políticos que no sean los de una adecuada y clara política legislativa y jurisprudencial.

95. De la mutación de la fisonomía de nuestro Derecho en ciertos aspectos tenemos ya indicios claros y puede considerarse en vías de realización en textos legales tales como el nuevo Título Preliminar del Código Civil y la ley 14/1975, de 2 de mayo sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

El fenómeno puede deberse, en parte, a una mayor apertura de de nuestro ordenamiento jurídico hacia otros, puesto que las circunstancias del presente tiempo histórico producen más frecuentes y variadas relaciones internacionales jurídico-privadas. No es deseable, por otra parte, la aportación que han hecho nuestras legislaciones forales y la incidencia que ha tenido la coexistencia de ellas con el Derecho del Código Civil. Pensemos, por ejemplo, en instituciones tales como la investigación de la paternidad o la mutación del régimen de bienes en el matrimonio. Vid. v, gr. DÍEZ PICAZO, en *Anuario de Derecho Civil*, XII, 4, 1959 págs. 1.415 y sigs., «La filiación en el Derecho Civil de Cataluña», en la misma publicación, XVI, enero-marzo, 1962, pág. 81, «De nuevo sobre reclamación de filiación natural», en la misma publicación y año, págs. 205 y sigs.; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA, en Apéndice a su obra *Derecho de Familia*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1975, pág. 374; E. LALAGUNA, «Valor del Código Civil como Derecho común después de la Reforma del Título Preliminar», en *Documentación Jurídica*, n.º 4, oct.-dict. 1974, págs. 1.261 y sigs.).

4.º Configuración de la excepción de orden público bajo la idea que le da sentido y la justifica: la salvaguarda de instituciones o núcleos institucionales que se consideran fundamentales en un determinado ordenamiento, en tanto que son instrumentación jurídica de valores sociales comúnmente establecidos y vertebran su propia coherencia como sistema.