

ESTUDIOS

Orden público internacional y externalidades negativas

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Función del orden público internacional: gestionar las externalidades negativas. 1. Norma de conflicto y «salto en la oscuridad». 2. Aplicación del Derecho extranjero y externalidad negativa. A) La externalidad: daño a la sociedad española. B) Estrategias para la eliminación de la externalidad negativa.–III. Objetivo de la cláusula de orden público internacional. 1. Imputación de la externalidad negativa a los particulares. 2. El carácter restrictivo de la cláusula de orden público internacional.–IV. Concepto de «orden público internacional». 1. Concepto de «orden»: la estructura jurídica básica del Derecho español. A) Identificación de los principios integrantes del orden público internacional. B) Sectores fuertes, sectores débiles y orden público internacional español. 2. Concepto de «público»: la defensa de la sociedad española. 3. Concepto de «internacional»: casos con elementos extranjeros.–V. Condiciones para la intervención del orden público internacional. 1. Elemento material: vulneración de la «estructura jurídica básica del Derecho español». 2. Elemento espacial: perjuicio para la «sociedad española». 3. El orden público internacional y la localización incorrecta.–VI. Orden público internacional y casos no conectados con España. 1. Orden público internacional «atenuado» para las «situaciones legalmente creadas en el extranjero». 2. Orden público internacional «de proximidad» para las situaciones «alejadas» del país del tribunal que conoce del asunto.–VII. Superación de la localización incorrecta: una «nueva localización» (efecto positivo del orden público internacional).

I. INTRODUCCIÓN

1. La cláusula o excepción conocida como «orden público internacional» (*ordre public* / *Public Policy* / *Voberhaltsklausel*) es la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribu-

nales conocen del asunto (*Lex Fori*) que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país¹. Esta «excepción» ha sido objeto de múltiples análisis doctrinales en el pasado y en el presente. En todas estas aproximaciones al concepto y la función del orden público internacional, sin embargo, es posible apreciar el «carácter líquido» de la cuestión, su extraordinaria resistencia a un análisis en términos de «pensamiento vertical». En efecto, el orden público internacional escapa a un examen cartesiano propio del racionalismo jurídico. Es un auténtico «camaleón» del Derecho internacional Privado (B. Dutoit)² o bien, directamente, el orden público internacional es, sin más, el «*enfant terrible du droit international privé*» (P. Mayer)³.

II. FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: GESTIONAR LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS

1. NORMA DE CONFLICTO Y «SALTO EN LA OSCURIDAD»

2. Para comprender adecuadamente el concepto y la función del orden público internacional es preciso arrancar de un presupuesto básico. La norma de conflicto, en su configuración clásica (= que es el tipo de norma de conflicto más extendido en todos los sistemas de Derecho internacional privado de todos los países del mundo), provoca un «salto en la oscuridad» (*Sprung ins Dunkle / A Leap in the Dark*). Esta bella metáfora se debe a L. Raape⁴. Con ello se subraya que la norma de conflicto remite la regulación de una situación privada internacional a un Derecho estatal. Dicha remisión que lleva a cabo la norma de conflicto se realiza sin tener en cuenta el «contenido material» de dicha Ley extranjera. Es una remisión a unas normas materiales cuyo tenor, contenido y consecuencias aplicativas se desconocen *a priori* (= en el momento de la designación de la Ley aplicable por la norma de conflicto). Ejemplo: «*la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*» (art. 9.8 CC). El precepto señala la Ley estatal que rige una sucesión *mortis causa* en los casos internacionales, pero en dicha solución jurídica (= la remisión en favor de la Ley nacional del causante), no es relevante, de ningún modo, el «contenido» de la Ley a la que se remite, ni tampoco lo son las consecuencias de la aplicación de tal Ordenamiento Jurídico.

3. El objetivo de este trabajo es proporcionar una nueva perspectiva de esa catedral barroca que es el «orden público internacional». Para ello, se utilizarán ciertas herramientas metodológicas procedentes de la Economía. Una perspectiva que, añá-

¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, volumen I*, Ed. Comares, Granada, 9ª ed., 2008, pp. 299-315 (en prensa).

² B. DUTOIT, «L'ordre public: caméléon du droit international privé», *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, pp. 455-472.

³ P. MAYER, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 147.

⁴ L. RAAPE, «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé», *RCADI*, 1934, vol. 50, pp. 405-544.

da a las más tradicionales, puede permitir una mejor comprensión del concepto y de la función del orden público internacional.

2. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO Y EXTERNALIDAD NEGATIVA

A) La externalidad: daño a la sociedad española

4. Se produce una externalidad «*cuando una persona realiza una actividad que influye en el bienestar de otra y, sin embargo, ni una paga ni la otra recibe ninguna compensación por ese efecto*» (N. Gregory Mankiw)⁵. La externalidad es «negativa» cuando comporta perjuicios para un sujeto que no recibe ninguna compensación por ello. Ejemplo 1: una fábrica de automóviles vierte gases nocivos a la atmósfera y los vecinos de una población cercana a la fábrica se encuentran con un aire irrespirable. Ejemplo 2: un dentista cuya consulta se encuentra en la segunda planta de un edificio pierde clientes porque la panadería situada en la primera planta produce un ruido infernal, de modo que los pacientes del dentista lo abandonan y buscan otros dentistas.

5. Pues bien, en relación con la aplicación de un Derecho extranjero, la externalidad surge del siguiente modo: la remisión que la norma de conflicto realiza en favor de un Derecho extranjero para que éste regule una determinada situación privada internacional entre particulares es la solución que el legislador considera más justa y adecuada. Sin embargo, en ocasiones, dicha solución, que es «justa» para las partes implicadas, puede producir «efectos negativos» en la sociedad española. En efecto, la aplicación de un Derecho extranjero en España puede generar una «externalidad negativa», es decir, un daño a la «organización moral y económica de la sociedad» del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (SAP Madrid 23 marzo 2006, SAP Guadalajara 23 marzo 2006, SSTS 5 abril 1966, y 31 diciembre 1979). La diferencia más significativa entre los casos de externalidades normalmente estudiados por la doctrina jurídica (= y que suelen referirse a casos de responsabilidad civil extracontractual), y los casos en los que es la aplicación del Derecho extranjero lo que produce una externalidad, radica en el hecho de que, en estos últimos supuestos, la externalidad negativa no la sufre un individuo particular, sino que la sufre la entera «sociedad española» (= que es una «estructura supraindividual»).

6. Ejemplo: varón y mujer ambos de nacionalidad egipcia y de religión musulmana desean contraer matrimonio en España. Pero se trata de un matrimonio poligámico, pues el varón ya está casado previamente con otra mujer y dicho matrimonio anterior no se halla disuelto. El artículo 9.1 CC permite, de un modo indirecto (= gracias a la típica remisión conflictual), dicho matrimonio. En efecto, el precepto indica que la capacidad matrimonial se rige por el Derecho del país cuya nacionalidad ostentan ambos contrayentes. Y como ambos sujetos ostentan nacionalidad egipcia y en Derecho egipcio está admitido el matrimonio poligámico, la celebración en España

⁵ N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, 3.ª ed., Mc. Graw Hill, Madrid, 2004, pp. 8, 96 y 127. *Vid.* también sobre este concepto, de manera sintética, F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005, p. 197.

de este enlace debería ser posible. La aplicación del Derecho egipcio es la solución retenida por el legislador español como la mejor solución, la más adecuada. Y muy probablemente sea así: los contrayentes desean celebrar este matrimonio poligámico, la aplicación del Derecho egipcio genera a los contrayentes «costes de transacción conflictuales» mucho más reducidos que los que les generaría el Derecho español (= pues conocen bien el Derecho egipcio, que está basado sobre creencias religiosas de los contrayentes y que siempre han observado en sus vidas privadas y en la sociedad de la que proceden, mientras que del Derecho español, los contrayentes nada saben). Ahora bien, la aplicación del Derecho egipcio en España, al permitir este matrimonio poligámico, podría producir una «externalidad negativa». Si se admitiera la celebración de dicho enlace en España, se provocaría un «daño colateral» que debería padecer y sufrir la sociedad española. Se produciría una «externalidad» o «efecto negativo» en la sociedad española. En efecto: la sociedad española experimentaría un grave daño en su «organización jurídica y económica». Así es, pues en la actualidad, el Estado español ha organizado la sociedad española sobre la base de una serie de «pilares fuertes» o «ejes fundamentales» que garantizan la paz social y la convivencia pacífica entre los ciudadanos, uno de los cuales es el principio de no discriminación por razón de sexo y la «dignidad constitucional de la mujer» (= en palabras, éstas últimas, de la RDGRN 11 de mayo de 1994). Si se permitiera, hoy día, la aplicación en España de la Ley egipcia que admite la celebración en España de este matrimonio poligámico, las Leyes españolas perderían en gran medida su «efecto útil», ya que no podrían organizar y regular la «sociedad española» del modo que el Estado español estima «justo» o «adecuado».

7. La cláusula de «orden público internacional» es el mecanismo utilizado por el legislador para gestionar esta «externalidad negativa». El artículo 12.3 CC recoge una cláusula de orden público internacional «general» en Derecho internacional privado español. Numerosos instrumentos legales internacionales en vigor para España también recogen cláusulas similares (= *ad. ex. art. 26 Reg. «Roma II» 864/2007 de 11 julio de 2007 [Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales]*), artículo 10 Convenio de La Haya de 2 de octubre 1973 [Ley aplicable a la responsabilidad por los productos]; art. 10 Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 [Ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera]; artículo 4 Convenio de Munich de 5 septiembre de 1980 [Ley aplicable a los nombres y apellidos], artículo 16 Convenio de La Haya de 5 octubre de 1961 [protección de menores], artículo 16 Convenio de Roma de 19 junio de 1980 [Ley aplicable a las obligaciones contractuales]). Y alguna norma de producción interna contiene también esta cláusula de orden público internacional, a la que incorpora algunos matices propios muy interseantes (= *ad ex. art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, sobre el que se volverá más adelante*).

8. Es el «resultado» de la aplicación del Derecho extranjero lo que puede producir la «externalidad negativa». Por ello, el artículo 12.3 CC indica que no se aplicará la Ley extranjera cuando «resulte» contraria al orden público. No dice que la Ley extranjera no se aplicará cuando «sea» contraria al orden público internacional (STS 9 de diciembre de 1986), sino cuando «resulte». Ello significa que no es el «contenido» del Derecho extranjero lo que puede generar la externalidad negativa. Es el «resultado» que provoca la aplicación de tal Derecho extranjero en el caso concreto lo que puede comportar un perjuicio para la cohesión jurídica fundamental de la sociedad española, como ha señalado la doctrina de modo insistente (H. Marti, J. Maury, P. Lagarde, B.

Barel / St. Armellini, P. Hammje, P. Mengozzi)⁶. Esta precisión comporta distintas consecuencias: 1.º) Naturalmente, el hecho de que las normas del Derecho extranjero contengan una regulación simplemente «distinta» a la regulación jurídica del Derecho español no supone que exista una externalidad negativa (= daño a la cohesión jurídica fundamental de la sociedad española); 2.º) Las normas de Derecho extranjero cuya aplicación en España puede provocar daños a la cohesión jurídica de la sociedad española (= efectos contrarios al orden público internacional español), son tanto las normas sustantivas extranjeras como las normas de conflicto extranjeras que pudieran tenerse en cuenta en virtud de reenvío de retorno (art. 12.2 CC) (B. Barel / St. Armellini, A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González)⁷; 3.º) Los datos del supuesto de hecho concreto son relevantes para apreciar si, en dicho supuesto, existe o no existe vulneración del orden público internacional español. Es más, los datos específicos del supuesto concreto constituyen la clave fundamental para decidir si debe o no debe intervenir la cláusula de orden público internacional.

B) Estrategias para la eliminación de la externalidad negativa.

9. La Economía proporciona diversos mecanismos para acabar con las externalidades. Los más importantes son: 1.º) Los impuestos pigovianos; 2.º) El «teorema de Coase» o negociación individual de compra de derechos (= *property rights*); 3.º) Asignación estática inicial de derechos (= *property rights*) de modo eficiente por el Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, las dos primeras estrategias son inviables.

1.º) El cobro de un «impuesto pigoviano» (= así llamado en honor de A. PIGOU⁸), a los sujetos que se benefician de la aplicación del Derecho extranjero, con el objetivo de compensar a la sociedad española (= perjudicada por la externalidad negativa), no puede en ningún caso, remediar el daño producido por la aplicación del Derecho extranjero. En efecto, aún en el supuesto de que pudiera cobrarse este impuesto pigoviano, la cohesión de la sociedad española se veía lesionada y el poder del Estado español para organizar la sociedad española quedaría mermado, disminuido y dañado.

2.º) Por otro lado, la negociación entre sujetos generadores de la externalidad negativa y los perjudicados (= esto, es la aplicación del Teorema de Coase a los casos en los que se produce daño al orden público internacional, generado por la aplicación

⁶ Dato puesto de relieve con singular perspicacia ya por H. MARTI, *Der Vorbehalt des eigenen Rechtes im internationalen Privatrecht der Schweiz (ordre public)*, Berne, 1940, y por J. MAURY, *L'eviction de la loi normalement competent: l'ordre public international et la fraude a la loi*, Valladolid, Cuadernos de la Catedra J. B.Scott, 1952; ID., «L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences», *RCDIP*, 1954, pp. 7-27. En este sentido, también, de modo muy claro, vid. B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, pp. 91-92; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959, pp. 55-59; ID., «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *RCDIP*, 1997, pp.1-31; T. BALLARINO, *Diritto internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 420-426; H. BATAIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, París, LGDJ, 1993, pp. 575-576; P. MENGOZZI, *Diritto internazionale privato*, Torino, UTET, 1990 (ristampa accresciuta), pp. 79-81.

⁷ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 92; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, volumen I*, Ed. Comares, Granada, 9.ª ed., 2008, pp. 299-315 (en prensa).

⁸ F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005, p. 203.

del Derecho extranjero), resulta también inviable⁹. En efecto, los particulares beneficiados por la aplicación del Derecho extranjero, por un lado, y la sociedad española, por otro lado, no pueden «negociar» con éxito. Tales particulares no pueden compensar a la sociedad española, puesto que el daño que comporta la aplicación de un Derecho extranjero contrario a los principios fundamentales del Derecho español, es elevadísimo.

3.º) Queda la tercera vía: la asignación inicial de derechos subjetivos de modo eficiente por el ordenamiento jurídico. El Derecho internacional privado debe determinar quién debe soportar (= «internalizar») la externalidad negativa (= el daño a la estructura jurídica fundamental de la sociedad española, provocado por la aplicación de un Derecho extranjero en España o el perjuicio sufrido por no poder aplicar un Derecho extranjero): los particulares a los que beneficia la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, o la misma sociedad española. Como se verá seguidamente, el daño lo debe soportar el sujeto que lo pueda asumir a un menor coste.

III. OBJETIVO DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

1. IMPUTACIÓN DE LA EXTERNALIDAD NEGATIVA A LOS PARTICULARES

10. La solución que siguen todos los sistemas de Derecho internacional privado, incluido, naturalmente, el español, al problema de la imputación de esta externalidad negativa (= daño provocado por la aplicación de un Derecho extranjero en la estructura jurídica básica de la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto), es la siguiente: cuando la aplicación de ciertas disposiciones del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española produzca una «externalidad negativa», tales disposiciones pertenecientes al Derecho extranjero no se aplicarán en España. Ello significa que son los particulares inicialmente favorecidos por la aplicación del Derecho extranjero, los que deben soportar el daño derivado de la «no aplicación» de determinadas disposiciones legales del Derecho extranjero inicialmente reclamado por la norma de conflicto. De ese modo, se protege a la sociedad española frente a los daños que se hubieran derivado de la aplicación en España de un Derecho extranjero. Este resultado se alcanza mediante la cláusula de «orden público internacional».

⁹ N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, 3ª ed., Mc. Graw Hill, Madrid, 2004, p. 131; P. A. SAMUELSON/W.D. NORDHAUS, *Economía*, 17ª ed., Mc Graw Hill, Madrid, 2002, p. 330; F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005, p. 201; D.W. ALLEN, «Transaction Costs», en B. BOUCKAERT / G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht, 2000 (versión on line), pp. 893-926, esp. p. 897: «In the absence of transaction costs, the allocation of resources is independent of the distribution of property rights»; N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, 3.ª ed., Mc. Graw Hill, Madrid, 2004, p. 132: «Los agentes económicos privados pueden resolver el problema de las externalidades entre ellos. Cualquiera que sea la distribución inicial de los derechos, las partes interesadas siempre pueden llegar a un acuerdo en el que mejore el bienestar de todo el mundo y el resultado sea eficiente».

11. La racionalidad económica de la cláusula de orden público internacional es clara como el cristal. El orden público internacional procede a imputar el daño (= perjuicio) a aquella parte que lo pueda soportar a un menor coste. En otras palabras, se trata de evitar el «mal (daño) mayor» y de aceptar el «mal (daño) menor». En efecto, el legislador español se encuentra ante un dilema muy difícil: 1.º) *Primera opción: aplicar el Derecho extranjero*. Si se aplica una Ley extranjera en España, se produce una «externalidad negativa». En efecto, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, causaría una lesión de los principios jurídicos básicos sobre los que, en el momento actual, se asienta la convivencia y la paz de la sociedad española. Este resultado es intolerable y la sociedad española no puede negociar con los sujetos a los que beneficia la aplicación del Derecho extranjero y «vender» a tales sujetos su derecho a autoorganizarse de manera propia y su derecho a la paz social, porque el «precio» de tales derechos es excesivo. Los particulares beneficiados por la aplicación de un Ordenamiento Jurídico extranjero no pueden «adquirir» tal derecho; 2.º) *Segunda opción: no aplicar el Derecho extranjero*. Si se descarta la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, y se aplica, en su lugar, el Derecho sustantivo español, los resultados son también adversos: se abraza el detestable «legeforismo», se destruye la seguridad jurídica y las expectativas de las partes, que confiaron en que sus conductas quedaban sujetas a la Ley designada por la norma de conflicto española, y se provocan costes de transacción conflictuales elevados para los sujetos implicados (= pues deberán soportar la aplicación del Derecho español, lo que para ellos, podría comportar un coste más elevado que la aplicación de «su» Derecho extranjero). Pues bien: como ambas soluciones son negativas, el legislador escoge «la solución menos mala» (= *the Lesser of Two Evils*). Solución clásica procedente del Derecho Romano (= *ex malis eligere minima*: de entre los males, se debe elegir siempre el mal menor, Cicerón, *De Officiis, Liber Tertium, [3]*). Así las cosas, la «solución menos mala» (= porque es la más eficiente) consiste en el rechazo de la aplicación del Derecho extranjero que puede vulnerar la estructura jurídica básica de la sociedad española. Argumento: el rechazo de la aplicación del Derecho extranjero en virtud de la cláusula de orden público internacional, es la solución menos dañina porque protege y defiende «intereses generales». En efecto, el orden público internacional preserva la «cohesión jurídica de la sociedad española» y, de ese modo, salvaguarda la convivencia y la paz de la sociedad española. Por el contrario, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, preservaría los intereses particulares de las partes implicadas, pero perjudicaría los intereses generales y públicos de la sociedad española. Entre una solución y otra, es preferible la que protege y defiende los «intereses generales» (= pues provoca un «daño menor», menos costoso, más eficiente). El Derecho internacional privado, a través de la cláusula de «orden público internacional», imputa el daño a la parte que lo puede soportar a un menor coste. Por tanto, el objetivo de la cláusula de orden público internacional es claro: evitar la externalidad negativa (= un daño a los «intereses generales»), que puede producirse como consecuencia de la aplicación de un Derecho extranjero en España, de modo que sean los particulares implicados e inicialmente beneficiados por la aplicación de un Derecho extranjero, los que soporten la aplicación a sus relaciones jurídico-privadas, del Derecho español, aunque ello pudiera ocasionarles fuertes costes (= pues más altos serían los costes de la solución adversa, es decir, los suscitados por un daño en la estructura jurídica básica de la sociedad española). Acierta de pleno, por tanto, la doctrina cuando afirma que el orden público internacional opera como una «válvula de seguridad» del sistema de Derecho

internacional privado (T. Ballarino)¹⁰, como un «paracaídas» (P. Mengozzi)¹¹ que evita que la aplicación de una Ley extranjera en España produzca una lesión de la cohesión jurídica y valorativa de la sociedad española (= daño o «externalidad»).

2. EL CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

12. La intervención de la cláusula de orden público internacional en un supuesto concreto va a producir, en todo caso, un «efecto no deseado». Aunque se trate de la «solución menos mala», de la «solución menos negativa», no deja de ser un «mal» (= no se aplica la Ley extranjera inicialmente designada por la norma de conflicto española). Y como produce esas consecuencias poco adecuadas, el legislador y los tribunales han insistido en que debe recurrirse a la cláusula de orden público internacional las menos veces posibles. Ello explica que la cláusula de orden público internacional sea considerada una «excepción» al normal funcionamiento de la norma de conflicto (= pues impide la aplicación de la Ley extranjera, que es la «regla general»). Y como «excepción» que es, debe operar, siempre, de modo restrictivo (RRDGRN 6 de abril de 1979, 10 de octubre de 1994, 27 de mayo de 1994 y STS 13 de octubre de 1976)¹². En otras palabras: «carácter restrictivo» del orden público internacional, significa que tal «orden público internacional» operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario rechazar la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española para proteger la organización valorativa y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello. El carácter restrictivo del orden público internacional comporta, al menos, las siguientes consecuencias.

13. *Primera.* Sólo se produce un perjuicio para la cohesión jurídica de la sociedad española, cuando se verifica una «contrariedad manifiesta» entre la aplicación del Derecho extranjero y los principios que constituyen la «arquitectura jurídica básica» de la sociedad española. En consecuencia, para que opere el orden público internacional en defensa de la sociedad española, debe apreciarse una contrariedad o incompatibilidad «manifiesta» (*Manifestly Incompatible*) entre la aplicación del Derecho extranjero en España y los principios jurídicos básicos ordenadores de la sociedad española (A. L. Diamond)¹³.

14. *Segunda.* Doctrina, legislación y jurisprudencia admiten un orden público internacional «parcial»¹⁴. Lo que significa que las disposiciones extranjeras cuya aplicación en España resulta contraria al orden público internacional español no se aplicarán, pero sí se aplicará el resto de las disposiciones extranjeras que no resulten

¹⁰ T. BALLARINO / D. MILAN, *Corso di diritto internazionale privato*, 2.ª ed., Cedam, Padova, 2007, pp. 94-96; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 422-425.

¹¹ P. MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Ed. Scientifica, Napoli, 2004, p. 49.

¹² RDGRN 6 de abril de 1979: «en el campo internacional, la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser *interpretada y aplicada restrictivamente*» (cursivas añadidas).

¹³ A. L. DIAMOND, «Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations», *RCADI*, 1986, vol.199, pp. 133-135.

¹⁴ Magníficamente expuesto en la Resolución del *Institut De Droit International* de 25 agosto 2005 (sesión de Cracovia), con el título «*Cultural differences and ordre public in family private international law*» y cuyo Rapporteur fue el Prof. P. LAGARDE.

contrarias a los principios fundamentales del Derecho español (en Francia: Sent. Cour Cass. Francia 8 de noviembre de 1943, *Fayeulle*). Numerosos textos legales internacionales así lo indican de modo expreso (*ad. ex.*, artículo 16 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: «No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro», cursiva añadida¹⁵, y artículo 26 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)¹⁶: «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro», cursiva añadida)¹⁷. Este orden público internacional «parcial» se admite sin reservas porque la cláusula no debe intervenir más de lo necesario. En ocasiones, este orden público internacional parcial es más que suficiente para salvaguardar la cohesión jurídica de la sociedad española.

IV. CONCEPTO DE «ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL»

15. Al rechazar la aplicación de la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, la cláusula de orden público internacional protege los «fundamentos jurídicos básicos e imperativos» de la «sociedad española». El orden público internacional es lo que se defiende ante la externalidad que provocaría la aplicación en España de las normas jurídicas extranjeras. Un «análisis lexical» de la expresión «orden público internacional» (P. Lotti)¹⁸ permite descubrir «aquello que la cláusula de orden público internacional protege».

1. CONCEPTO DE «ORDEN»: LA ESTRUCTURA JURÍDICA BÁSICA DEL DERECHO ESPAÑOL

16. La expresión «orden» hace referencia a la «arquitectura jurídica básica» del Derecho español, compuesta por una serie de principios tan importantes para la estabilidad y buen funcionamiento del edificio jurídico general (= el Derecho español), que no pueden verse afectados o perjudicados. En dicho caso, el entero edificio se vendría abajo (= el Derecho español perdería su «efecto útil» y dejaría de regular correctamente la convivencia en la sociedad española). El daño sería muy grave: la estabilidad, la convivencia y la paz social se verían perjudicadas. El «elemento material» del orden público internacional está constituido, en consecuencia, por los «fun-

¹⁵ BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993 y BOE núm. 193 13 de agosto de 2007.

¹⁶ DOUE L 199/40 de 31 julio 2007.

¹⁷ BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993 y BOE núm. 193 13 de agosto de 2007.

¹⁸ Magníficamente expuesto en P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale (la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli strumenti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano)*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 12-13.

damentos jurídicos básicos e imperativos del Derecho español». Son los fundamentos sobre los que se asienta la sociedad española. Son los principios jurídicos que reflejan los fundamentos sin los cuales la convivencia pacífica sería muy difícil o imposible en la sociedad española. Ése es el significado del término «orden».

A) Identificación de los principios integrantes del orden público internacional

17. Sobre los principios integrantes del orden público internacional, cabe formular diversas observaciones.

1.º) El orden público internacional está compuesto por «principios». No por «normas». Y los principios son siempre, por definición, directrices «generales». Ejemplos: no discriminación por raza o sexo, igualdad de los cónyuges ante la ley, protección del patrimonio artístico y medioambiental, monogamia matrimonial, propiedad privada, derecho a la herencia, tutela judicial efectiva, estabilidad del estado civil, interés del menor, etc. El orden público internacional no está formado por «normas» del Derecho español, sino por determinados «principios» del mismo (RDGRN 6 de abril de 1979, STS 5 abril 1966). Por ello, aludir a «normas de orden público internacional» es inexacto. Debe, más bien, hacerse referencia a «normas que contienen principios integrantes del orden público internacional».

2.º) Para considerar que un principio jurídico concreto forma parte del «orden público internacional español», tal principio debe ser un «principio fundamental», un «eje central» o «principio básico» del ordenamiento jurídico español. Un «principio fuerte» del Derecho español. En caso contrario (= si el orden público internacional se considerase integrado por «todos» los principios o normas imperativas del Derecho español), las normas de conflicto se volverían inoperantes y no podrían designar con Justicia y eficiencia la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. Pues bien, un principio jurídico es «fundamental» o «básico» cuando refleja valores esenciales e irrenunciables, es decir, «intereses generales de la sociedad» necesarios para la conservación de dicha sociedad en una época determinada (STS 5 de abril de 1966, STS 31 de diciembre de 1979, SAP Guadalajara 23 de marzo de 2006). Son los «valores sobre los que se funda el cemento de la nación» (B. Barel / St. Armellini)¹⁹. O como dice el mismo TS, el orden público internacional es «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (STS 5 de abril de 1966).

3.º) El orden público internacional es un «concepto jurídico indeterminado» (ATS 24 octubre 1979)²⁰, aunque sí que es «determinable». En efecto, se trata de un «concepto» claro (= una definición precisa de «orden público internacional» es perfectamente posible), pero cuyo contenido es «difuso» (= precisar qué elementos componen el concepto de «orden público internacional» es algo ya más complicado, no susceptible de concreción axiomática). En suma, el «contenido» del orden público internacional es difuso. En efecto: (a) No existe un catálogo legal cerrado que contenga una relación específica de «cuáles» son estos principios que integran el orden público

¹⁹ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 91.

²⁰ Texto en *BIMJ* núm.1185, pp. 20-22

internacional español (C. Focarelli)²¹. Es más: basta subrayar que el TS español ha sostenido opiniones antagónicas y ha cambiando de criterio con frecuencia. Así la STS 23 de octubre de 1992 indica que la fijación y cuantía de las legítimas en Derecho sucesorio español constituye cuestión atinente al orden público internacional español. Pero, afortunadamente, la STS 15 noviembre 1996, opta por la solución contraria y deja bien claro que ello no es así, y señala que la aplicación de la Ley del *State* de Maryland, que permite testar sin sujeción a legítimas, en nada vulnera el orden público internacional español; (b) Deben valorarse las circunstancias de hecho de cada supuesto. En consecuencia, el órgano jurisdiccional debe precisar ambos extremos (= mediante la «*prudente valutazione del giudice*»), en relación con cada caso concreto (B. Barel / St. Armellini)²². En primer lugar, el tribunal español deberá realizar una operación de análisis del Ordenamiento Jurídico español y del estado de sensibilidad y consenso social sobre los mismos, a fin de calibrar el peso específico de tales principios en el sistema jurídico (P. Mayer /V. Heuzé)²³. En segundo lugar, la autoridad española debe ponderar si tales principios resultan vulnerados por la aplicación de una concreta Ley extranjera en un concreto supuesto internacional.

4.º) Estos principios que componen el orden público internacional español se extraen de los distintos cuerpos legales del Derecho español (SAP Madrid 23 marzo 2006) (B. Barel / St. Armellini)²⁴. Es decir, se extraen, en primer y especial lugar, de la misma Constitución española (ATS 24 de octubre de 1979, STS 31 diciembre 1979, SAP Madrid 27 de enero de 1990, RDGRN 14 de septiembre de 1994, SAP Guadalajara 23 de marzo de 2006), de las normas de Derecho Privado procedentes del Derecho Comunitario, de las normas internacionales de derechos humanos en vigor para España, y también se extraen de las normas españolas de Derecho Privado de producción interna (= Código Civil y Leyes especiales españolas de Derecho Privado).

5.º) Los principios que conforman el orden público internacional cambian en el tiempo, como también cambia la legislación de cada Estado (SAP Madrid 23 de marzo de 2006, RDGRN 6 de abril de 1979, STS 13 de octubre de 1976, SAP Madrid 23 de marzo de 2006). El orden público internacional español está compuesto por los principios que, en el momento presente, forman los pilares fundamentales del Derecho Privado español. Es lo que la doctrina ha llamado la «actualidad» del orden público internacional (A. Pillet)²⁵.

6.º) Cada Estado organiza la convivencia de «su» sociedad como tiene por conveniente a través de «sus» propias Leyes. Por tanto, cada Estado dispone, también, de «su» conjunto de principios básicos que operan como «su» excepción de orden público internacional (RDGRN 6 de abril de 1979). El orden público internacional es, por tanto, diferente de Estado a Estado. El orden público internacional es, realmente, una cláusula de «contenido nacional». Por ello, la doctrina ha insistido, con razón, en el «particularismo» o «relatividad espacial» del orden público internacional (E. Vitta)²⁶. El orden público internacional es diferente de Estado a Estado. Por ello, los principios fundamentales que constituyen el orden público internacional español se

²¹ C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 70: «Il metodo enumerativo, consistente nell'elencare tassativamente tutte le ipotesi in cui il giudice può ricorrere all'ordine pubblico, non ha mai avuto successo».

²² B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, pp. 89-92.

²³ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 149-150.

²⁴ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 89.

²⁵ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Sirey, 1923-1924, pp. 123-124.

²⁶ E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 171-172.

extraen, exclusivamente, del Derecho español. Esta afirmación ha sido contestada y la doctrina ha forjado tesis para tratar de conferir un carácter netamente «internacional» al orden público (= tesis del acercamiento espontáneo de los Derechos nacionales, tesis internacionalista, tesis comparatista, tesis transnacional, tesis del orden público internacional comunitario, etc.)²⁷. Pero los hechos son tozudos: los tribunales españoles extraen el contenido del orden público internacional «español», de las normas jurídicas del Derecho «español». Los tribunales franceses extraen dicho contenido del Derecho francés, y así hasta en infinito y más allá.

B) Sectores fuertes, sectores débiles y orden público internacional español

18. El Derecho Privado español está compuesto por diversos sectores regidos por sus propios principios jurídicos: matrimonio, contratos, derechos reales, filiación, protección de menores, obligaciones extracontractuales, etc. Esta afirmación permite llevar a cabo un «análisis selectivo» de la intensidad del orden público internacional en los diferentes sectores del Ordenamiento Jurídico. Análisis que se concreta en varias afirmaciones.

19. A) Como es lógico, la intervención del orden público internacional será más frecuente y más probable, en relación con aquellos sectores jurídicos en los que existen más principios reguladores de carácter estructural, básico e inderogable y más normas de carácter imperativo. De este modo, el orden público internacional operará con mayor frecuencia y con mayor intensidad en relación con cuestiones del Derecho de Familia. Este fenómeno se aprecia, en particular, en relación con el Derecho matrimonial y el Derecho de filiación, sectores sustraídos, en gran parte, a la libre voluntad de los particulares. Son sectores regulados por un firme entramado de normas imperativas que se alzan sobre un conjunto numeroso de principios jurídicos estructurales de carácter inderogable.

20. B) Por el contrario, la intervención del orden público internacional es menor en sectores jurídicos que, en Derecho español, aparecen edificados sobre escasos principios reguladores inderogables e imperativos y donde la autonomía privada dispone de un amplio campo de acción. Ejemplos: Derecho de contratos, Derecho de la responsabilidad civil por daños, etc.

21. C) Cuando una materia o sector social deja de estar regulada por normas imperativas y el legislador admite su autorregulación por los particulares y la autonomía privada, la posibilidad de que el orden público internacional intervenga en relación con dicha materia, disminuye de modo radical. Ejemplo: tras la Guerra Civil española 1936-1939, el nombre de la persona física estuvo regulado en Derecho español por un extenso abanico de normas estrictamente imperativas edificadas sobre principios jurídicos básicos inderogables, imperativos y muy rígidos. Ello dejaba a los particulares un muy escaso margen de maniobra para autorregular la cuestión del nombre (= era obligatorio imponer nombres en castellano o en lenguas españolas, era obligatorio imponer nombres íntegros y no diminutivos, era obligatorio utilizar nombres propios del santoral católico, etc.). Con dicho panorama, en los casos en los que

²⁷ Vid. en este sentido, la muy interesante Resolución del *Institut De Droit International* de 25 agosto 2005 (sesión de Cracovia), con el título «*Cultural differences and ordre public in family private international law*» (Rapporteur: Prof. P. LAGARDE).

el nombre de la persona física quedaba regulado por un Derecho extranjero ex artículo 219 RRC y artículo 9.1 CC, las posibilidades de que la aplicación en España de tal Derecho extranjero colisionase con los principios fundamentales del Derecho español en materia de nombre de la persona física, eran muy elevadas. Pero tras la Constitución española de 1978 y tras las reformas legislativas en este sector, esta materia ha experimentado una «liberalización progresiva» muy notable. En la actualidad, son ya muy escasos los principios fundamentales e imperativos en materia de derecho al nombre (vid. Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas²⁸, cuya Disp. Adicional Segunda apartado tres, da nueva redacción al art. 54 LRC²⁹). En consecuencia, en la actualidad, las posibilidades de que la aplicación de una Ley extranjera resulte contraria al orden público internacional español en el sector del nombre de la persona física son mucho más escasas, porque hay pocos principios fundamentales que puedan ser vulnerados.

22. D) En los Estados totalitarios (= ya sean los que siguen el modelo fascista, el modelo comunista-stalinista o el modelo autoritario-personalista), el orden público internacional es siempre mucho más agresivo que en los Estados democráticos. Así es, porque el Derecho de los Estados totalitarios se introduce en la vida de las personas de modo agresivo con el propósito de controlar las relaciones jurídico-privadas de modo imperativo. Estos países disponen de un Derecho Privado fuertemente imperativo en el que las relaciones individuales aparecen reguladas de modo severamente rígido, imperativo e inderogable. Y, lógicamente, en consecuencia, estos países disponen también de un orden público internacional férreo y agresivo que acentúa su aislamiento internacional (= no aplican casi nunca Leyes extranjeras) (G. Balladore Pallieri)³⁰.

23. E) Paralelamente a lo anterior, cuando la norma de conflicto española remite la regulación de una situación privada internacional en favor del Derecho Privado de un país totalitario, aumenta significativamente el riesgo de una intervención del orden público internacional en contra de la aplicación en España de dicha Ley. Explicación: el contenido de dichos Ordenamientos Jurídicos totalitarios contiene un número muy elevado de principios imperativos, por lo que las posibilidades de colisión con los principios jurídicos básicos del Derecho español son más altas.

24. F) Por otro lado, cuando la norma de conflicto española remite la regulación de una situación privada internacional en favor del Derecho Privado de un país cuya «concepción social» es muy diferente de la que se observa en España, crece de modo alarmante el riesgo de una intervención del orden público internacional español en contra de la aplicación en España de dicha Ley. Explicación: se produce un «conflicto» en el modo de comprensión de la sociedad entre el Derecho extranjero y el Derecho español, que son dos Ordenamientos Jurídicos diseñados para regular la convivencia en comunidades sociales muy distintas. Así se aprecia en relación con los ordenamientos jurídicos fuertemente basados en las enseñanzas tradicionales del Islam, como de modo inmejorable explica M.^a P. Diago Diago³¹. En tales Derechos,

²⁸ BOE núm. 65 de 16 marzo 2007.

²⁹ Artículo 54.2 LRC: «Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo».

³⁰ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Giuffrè, Milano, 1974, pp. 119-120.

³¹ M.^a P. DIAGO DIAGO, «Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado», *Revista AequAlitas*, junio 2001, pp. 6-13.

existen impedimentos matrimoniales que sólo afectan a la mujer (= la mujer musulmana no puede contraer matrimonio con un varón no musulmán); se admite la poligamia (= aunque en ciertos Estados, se restringe o se impide esta práctica); y se recogen formas de disolución del matrimonio discriminatorias para la mujer, como el repudio por parte del esposo. Por otro lado, el Derecho sucesorio islámico contiene numerosas restricciones discriminatorias para la mujer, para el no musulmán y para el hijo no nacido de matrimonio islámico. Pues bien, en la tradicional construcción científica de F.C. von Savigny, la norma de conflicto operaba en el contexto de una «Comunidad de Derecho entre las Naciones» (*freundliche Zulassung* = cortesía internacional). Para el gran jurista y maestro prusiano, los Derechos de los distintos Estados son «sustancialmente equivalentes». En efecto, todos los Derechos estatales son una evolución, con ligeras variantes, de una misma matriz jurídica, formada por el Cristianismo y el Derecho Romano. Por ello, para F.C. von Savigny, todos los Derechos del mundo eran «justos», ya que no presentaban diferencias sustanciales entre sí. Eran, por tanto, Derechos perfectamente «intercambiables» (= el contenido de un Derecho estatal o de otro es similar, por lo que aplicar uno u otro Derecho nunca comportaría resultados «materialmente injustos»). No podía ser de otra manera, como ha explicado de modo muy certero P. Rodríguez Mateos³². En esta construcción, el orden público internacional tenía poco que decir. Sin embargo, la base socio-jurídica de las tesis de F.K. von Savigny sólo era ya parcialmente válida en la primera mitad del siglo XIX, y hoy día resulta discutible. Los Estados son muy diferentes, las sociedades son muy distintas y los Derechos estatales difieren los unos de los otros, en frecuentes ocasiones, como la noche y el día.

2. CONCEPTO DE «PÚBLICO»: LA DEFENSA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA

25. El orden público internacional se denomina «público» porque está integrado por principios de que reflejan «intereses de la sociedad» (= principios rectores de una sociedad, que son, por fuerza, de carácter supraindividual) (P. LOTTI)³³. El orden «público» internacional español protege la organización jurídica general, básica y fundamental de la sociedad del Estado (= España) en el que va a ser aplicado un Derecho extranjero. El orden público internacional es «público» porque se refiere a los principios jurídicos básicos del Derecho español que regulan la «sociedad española» (= principios que regulan el núcleo duro en el que se funda la sociedad española y que permiten la misma existencia de dicha sociedad). Los principios integrantes del orden público internacional se extraen de las normas jurídicas españolas que regulan rela-

³² P. RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, vol.XL, 1988, pp. 79-126, esp p. 82. La norma de conflicto selecciona el Derecho sustantivo aplicable «en función de la naturaleza de la relación y no de su hipotética idoneidad material para regularla. El fundamento de esta teoría se halla en la pretendida igualdad de los diversos ordenamientos (...) La idea previa a este proceso viene dada por la suposición de una comunidad de derechos nacionales recíprocamente reconocidos que supone la aplicación de aquél al que pertenezca la relación, sin distinguir si tal Derecho es el propio o extranjero». A lo que se añade (p. 92) que «En la fundamentación clásica del método de atribución no es menester plantearse el contenido material del Derecho reclamado, pues éste no va a presentar diferencias sustanciales con cualquier otro, incluso con el Derecho del foro». También, en sentido similar, B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 230.

³³ P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale (la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli strumenti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano)*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 12-13.

ciones entre particulares (= normas de Derecho Privado). Pero estos principios, a pesar de deducirse de normas de «Derecho Privado», poseen un «valor general», pues operan en interés de la organización axiológica, social, económica y política del Estado (P. Lotti)³⁴. Son principios que componen la «estructura de la sociedad (española)».

26. El orden público internacional protege la regulación básica y la cohesión jurídica de la sociedad «española». No de la sociedad de otros países. Por lo tanto, cuando el supuesto regido por un Derecho extranjero no está integrado ni afecta a la sociedad «española», el orden público internacional «español» no interviene. Ni falta que hace. Porque, si así fuera, el orden público internacional español operaría para defender la cohesión jurídica de sociedades «extranjeras», pero a través de la salvaguarda de los principios jurídicos «españoles» que mantienen la cohesión de la sociedad «española». Lo que resultaría absurdo. Y además, supondría una «imposición imperialista» de concepciones jurídicas «españolas» a sociedades de otros países. Lo que no es ni necesario, ni conveniente, ni oportuno (P. Mayer / V. Heuzé)³⁵.

3. CONCEPTO DE «INTERNACIONAL»: CASOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS

27. El tercer componente de la expresión «orden público internacional» (= el término «internacional») resulta sencillo de precisar. Dicho término indica tan sólo que la cláusula de orden público internacional opera, solamente, en relación con casos que presentan «elementos extranjeros» (= casos «internacionales» o que suscitan «problemas de Conflicto de Leyes»). De hecho, el artículo 12.3 CC ni siquiera menciona el término «internacional» y tampoco lo hacen numerosos textos de Derecho internacional privado, antiguos y recientes³⁶. Prueba de que, cuando el legislador elabora textos de Derecho internacional privado, la utilización de dicho término «internacional» en las normas de esta rama jurídica, es prescindible. En efecto, se da por supuesto que, en tales textos, el orden público que se menciona es el que opera en casos «internacionales» (= y nada tiene que ver con el llamado «orden público interno» o con las normas imperativas que las partes no pueden derogar por contrato). El legislador que elaboró el artículo 12.3 CC se refería, sin duda ninguna al orden público «internacional» y no cometió ningún error de confusión con el mal llamado orden público «interno» (T. Ballarino)³⁷. Como antes se ha afirmado, el orden público

³⁴ P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale (La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli strumenti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano)*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 12-13.

³⁵ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 150.

³⁶ Artículo 12.3 CC: «En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Art. 26 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Reglamento Roma II») (DOUE L 199/40 de 31 julio 2007): «Orden público del foro. Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Art. 16 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980 (versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005; BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993): «Orden público. No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro». Artículo 11.1 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 octubre 1973 (BOE núm. 222 de 16 septiembre 1986): «La aplicación de la ley designada por el Convenio sólo podrá eludirse cuando dicha ley sea manifiestamente incompatible con el orden público».

³⁷ T. BALLARINO, *Diritto internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1982, p. 423.

internacional es, realmente, más «nacional» que «internacional». Es diferente de Estado a Estado (= está compuesto por los principios fundamentales que integran la arquitectura jurídica básica en cada país). El orden público internacional español difiere en gran medida del orden público internacional marroquí, egipcio, indonesio o nigeriano, y es distinto también, del orden público internacional norteamericano, francés, japonés o cubano.

V. CONDICIONES PARA LA INTERVENCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

28. En sintonía con lo examinado, la cláusula de orden público internacional sólo opera si concurren, cumulativamente, los siguientes factores: 1.º) La aplicación del Derecho extranjero vulnera, en el caso concreto la «estructura jurídica básica del Derecho español»; 2.º) La aplicación del Derecho extranjero perturba, en el caso concreto, la estabilidad, la cohesión jurídica y el correcto funcionamiento de la «sociedad española».

1. ELEMENTO MATERIAL: VULNERACIÓN DE LA «ESTRUCTURA JURÍDICA BÁSICA DEL DERECHO ESPAÑOL»

29. La excepción de orden público internacional sólo opera si concurre, en primer lugar, este «elemento material»: la vulneración, en el caso concreto, de la «estructura jurídica básica del Derecho español» como consecuencia de la aplicación de un Derecho extranjero en España.

2. ELEMENTO ESPACIAL: PERJUICIO PARA LA «SOCIEDAD ESPAÑOLA»

30. La excepción de orden público internacional sólo opera si concurre, en segundo lugar, además, este elemento espacial: perturbación grave de la estabilidad, la cohesión jurídica y el correcto funcionamiento de la «sociedad española» causada por la aplicación del Derecho extranjero en el caso concreto.

31. En consecuencia, cabe afirmar lo siguiente: (a) Si la aplicación del Derecho extranjero no comporta ninguna vulneración de los principios jurídicos básicos del Derecho español, el orden público internacional no intervendrá; (b) Si la aplicación del Derecho extranjero comporta una vulneración de los principios jurídicos básicos del Derecho español, pero dicha aplicación no afecta a la sociedad española, el orden público internacional tampoco intervendrá (= en casos «no conectados con España», la sociedad española no ve perturbada su paz y armonía cualquiera que sea el contenido del Derecho extranjero). El «radio de acción defensivo» del orden público internacional exige que concurren ambos elementos cumulativamente. En caso contrario, es decir, si falla uno de tales elementos, la cohesión jurídica de la sociedad española

no se ve afectada y el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto debe aplicarse.

3. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LA LOCALIZACIÓN INCORRECTA

32. En los casos en los que la norma de conflicto ordena aplicar un Derecho extranjero, la aplicación de tal Derecho extranjero presenta una «doble valencia».

1.º) Por un lado, el Derecho extranjero regula «relaciones jurídicas entre particulares». La localización que realiza la norma de conflicto es una «localización correcta» en lo que se refiere a las relaciones entre particulares (= se designa como aplicable, normalmente, el Derecho del Estado «más estrechamente vinculado» con el supuesto, el Derecho que suscita los menores costes de transacción conflictuales para los particulares implicados). Desde este punto de vista (= «valencia uno» de la designación del Derecho extranjero), la norma de conflicto cumple perfectamente con su cometido, es una regla eficiente que reduce costes de transacción conflictuales y favorece el intercambio.

2.º) Por otro lado, la aplicación del Derecho extranjero para regular las relaciones entre particulares deviene, en determinados casos, y precisamente por las circunstancias de tales casos, una «localización incorrecta». Explicación: dicha norma sujeta a un Derecho «extranjero» cuyo contenido es contrario a los fundamentos del Derecho español, la regulación de la estructura jurídica básica de la sociedad «española» (D. Boden, P. Mayer /V. Heuzé)³⁸. Desde este punto de vista (= «valencia dos» de la designación del Derecho extranjero), la norma de conflicto contiene una «localización errónea» (= pues incurre en un «exceso de internacionalidad», en palabras muy exactas de T. Ballarino³⁹). Supone un fracaso del legislador, porque localizó la regulación de las «bases jurídicas de la sociedad española», en un Derecho extranjero que no respeta tales bases jurídicas fundamentales de la sociedad española. En efecto: la regulación jurídica básica de la sociedad española debe ser la establecida por la Ley española, y no una regulación distinta y contraria contenida en el Derecho francés, ruso, nigeriano o japonés. Una Ley «extranjera» no puede regular las bases fundamentales de la sociedad «española» de un modo diferente al establecido en el Derecho español. Por ello, en este sentido, puede afirmarse que el orden público internacional corrige el resultado de una «localización errónea» llevada a cabo por la norma de conflicto española.

33. Ejemplo 1: el divorcio entre sujetos iraníes que residen habitualmente en España se rige por la Ley iraní (art. 107.2 CC), porque el legislador entiende que la Ley nacional común de los cónyuges es la Ley cuya aplicación comporta costes menores para los cónyuges (= «valencia uno» de la aplicación del Derecho extranjero: es una localización correcta). Sin embargo, la aplicación del Derecho iraní a este divorcio puede producir un daño a la sociedad española. En efecto, si la legislación iraní opera

³⁸ D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse multigr., 2 vols., Paris, I, 2002 (referencias de esta contribución pueden hallarse, bien documentadas, en Y. LOUS-SOUJARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 332-361; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 150-156.

³⁹ T. BALLARINO, *Diritto internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 420-426; Id., «Metodo e insegnamento del Diritto internazionale privato», *Ius*, 1983, pp. 45-47.

de manera discriminatoria y, por ejemplo, no permite a la esposa, y sí al marido, presentar una demanda de divorcio, la sociedad española sufriría un perjuicio muy grave. Ello alteraría y pondría en peligro la paz social y la convivencia en la sociedad española (= «valencia dos» de la aplicación del Derecho extranjero). Es una «localización que deviene incorrecta», porque provoca que la estructura jurídica básica de la sociedad «española» (= los sujetos residen habitualmente en España y están integrados en la sociedad española), quede sujeta a principios jurídicos básicos y fundamentales fijados en el Derecho «iraní» y que son distintos y contrarios a los recogidos en el Derecho español.

34. Ejemplo 2: el divorcio entre sujetos alemanes que residen habitualmente en España se rige por la Ley alemana (art. 107.2 CC). La localización de esta situación privada internacional en Alemania es correcta, porque el Derecho alemán, Ley nacional común de los cónyuges, es la Ley cuya aplicación supondrá los costes conflictuales menores para los cónyuges (= «valencia uno» de la aplicación del Derecho extranjero: la localización es correcta). En cuanto a la «valencia dos» de la aplicación del Derecho extranjero en España, cabe observar que el Derecho alemán que regula el divorcio se construye sobre principios jurídicos similares a los que constituyen la estructura jurídica básica de la sociedad española (= divorcio que puede ser solicitado por ambos cónyuges sea cual sea su sexo, respeto máximo de los derechos de audiencia y defensa de ambos cónyuges, etc.). En consecuencia, la sociedad española no se ve perjudicada. Explicación: los principios básicos que rigen el divorcio en Derecho español no se ven perjudicados por el hecho de que el Derecho alemán regule este divorcio entre cónyuges alemanes. En efecto, el Derecho alemán contiene principios generales similares a los que rigen la sociedad española. Conclusión: en este caso, la «valencia dos» de la aplicación del Derecho extranjero procede a una «localización correcta» del supuesto, porque queda garantizado que los principios jurídicos del Derecho español sobre los que se construye la regulación jurídica básica de la sociedad española, están a salvo y serán respetados.

35. Pues bien, precisamente por eso interviene la cláusula de orden público internacional: para corregir una eventual «localización equivocada» en relación con los aspectos jurídicos que afectan a la estructura de la sociedad «española» (= «valencia dos» de la norma de conflicto). El orden público internacional consigue el objetivo de asegurar que la sociedad española quede sujeta a los principios básicos fijados por el Derecho español. Por ello, si los principios básicos que regulan la sociedad española no son respetados por la Ley extranjera inicialmente designada por la norma de conflicto, resultará que la norma de conflicto ha localizado de manera «incorrecta» la regulación de la sociedad española. En efecto, en dicho caso, la norma de conflicto española indica que la regulación básica de la sociedad española debe quedar sometida a principios jurídicos distintos y contrarios a los que regulan la sociedad española en el Derecho español. El orden público internacional sirve, desde este punto de vista, para descartar una localización equivocada y para proporcionar otra localización más correcta. En los ejemplos anteriores, y en concreto en el primer caso, la localización deviene «equivocada» porque la sociedad española queda sujeta a principios distintos y contrarios a los recogidos en el Derecho español. En el segundo caso, la localización es «correcta», porque la sociedad española queda sujeta a los mismos principios jurídicos básicos que recoge el Derecho español. El orden público internacional garantiza que la organización fundamental y la cohesión de la sociedad «española», quede sometida a los principios jurídicos básicos contenidos en Ley es-

pañola y no a otros principios jurídicos básicos distintos y contrarios a los que el Derecho español contiene (Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES)⁴⁰.

VI. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y CASOS NO CONECTADOS CON ESPAÑA

36. La doctrina ha realizado esfuerzos muy notables para «sofisticar» la acción de la cláusula de orden público internacional con la finalidad de que dicha cláusula proteja, exclusivamente, los fundamentos jurídicos básicos e inderogables del Derecho español en los casos en los que la sociedad «española» se vea perturbada. El objetivo de estas construcciones jurídicas es claro: procurar que el orden público internacional español no impida la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española en aquellos casos en los que la «sociedad española» no se ve perturbada por la aplicación del Derecho extranjero, cualquiera que sea el contenido de tal Derecho extranjero.

37. Los productos intelectuales más acabados de estas construcciones doctrinales son: 1.º) La tesis del «orden público internacional atenuado» para las «situaciones legalmente creadas en el extranjero»; 2.º) La tesis del «orden público internacional de proximidad» para las situaciones «alejadas» del país del tribunal que conoce del asunto.

1. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL «ATENUADO» PARA LAS «SITUACIONES LEGALMENTE CREADAS EN EL EXTRANJERO»

38. Esta tesis decimonónica es original de L. v. Bar y de A. Pillet.⁴¹ Ya en el siglo xx fue relanzada por Ph. Francescakis⁴² y tuvo acogida en la Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, *Rivière*⁴³. La tesis arranca de una distinción básica entre dos tipos de situaciones (B. Barel / St. Armellini)⁴⁴.

39. *Primero: situaciones jurídicas que pretenden crearse en España.* En ocasiones, se pretende crear en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera cuya aplicación en España vulneraría el orden público internacional español.

⁴⁰ Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8.ª ed., París, Dalloz, 2004, p. 351-352: «*l'intervention d'ordre public dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que de l'importance de la perturbation que son application en France est de nature à engendrer (...)* l'objectif ici poursuivi étant moins d'écarter une loi étrangère jugée incompatible avec les principes du for, que de corriger un rattachement considéré comme inadapté».

⁴¹ L. v. BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, vol I, Hannover, 1889, pp. 127-132; A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, París, Sirey, 1923-1924, pp. 123-124.

⁴² PH. FRANCESCAKIS, «Y a-t-il de nouveau en matière d'ordre public?», *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-159; *Id.*, «Ordre public», *E. Dalloz DI*, vol. II, pp. 498-506. Tesis magníficamente explicada en P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 151-152.

⁴³ Texto en *RCDIP*, 1953, p. 412: «*La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger*».

⁴⁴ B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè ed., Milano, 2006, p. 90.

Respecto de estas situaciones, el orden público internacional opera de modo total, completo y radical. La creación, en España, de una situación jurídica en virtud de una Ley extranjera cuya aplicación daña los principios básicos del Derecho español y lesiona la cohesión jurídica de la sociedad española, activa la cláusula de orden público internacional. Por ello, el orden público internacional opera con mayor intensidad cuando se trata de «crear» en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera (RDGRN [3^a] 20 de septiembre de 2006 [imposible celebración en España de un matrimonio poligámico de dos marroquíes]). Resultado: la Ley extranjera no se aplicará y no se permitirá la «creación» en España de dicha situación jurídica (*vid.* en relación con la imposible celebración en España de matrimonios poligámicos aunque lo admita la Ley nacional de los contrayentes designada por el artículo 9.1 CC, *inter alia*, RDGRN 14 de diciembre de 2000, RDGRN [2^a] 14 de mayo de 2001, RDGRN 4 de julio de 2002, RDGRN [3^a] 23 de noviembre de 2002, RDGRN [7^a] 4 de diciembre de 2002, RDGRN [1^a] 22 de octubre de 2004, RDGRN [4^a] 10 de diciembre de 2004, RDGRN 27 de octubre de 2006, RDGRN [2^a] 19 de septiembre de 2006, RDGRN 8 de marzo de 1995: «*es indudable que el matrimonio poligámico se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial*»).

40. *Segundo: situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero.* Estas situaciones jurídicas ya han sido creadas, ya existen y ya han producido legalmente sus efectos fundamentales en un país extranjero y en una «sociedad extranjera», cuyo Derecho las admite. Ahora se trata de «exportar» tales situaciones jurídicas con destino a España. Pues bien, la situación jurídica resulta ahora «muy alejada en el tiempo y en el espacio» respecto del país cuyos tribunales conocen del asunto. El impacto, en la sociedad española, de la Ley extranjera aplicada al asunto, es débil. El perjuicio que puede producir la aplicación de dicha Ley extranjera sobre la estructura jurídica básica de la sociedad española, es también débil. Por ello, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a «ciertos efectos» derivados de la situación regulada por la Ley extranjera. Por tanto, es conveniente separar distintos tipos de efectos jurídicos generados por la aplicación del Derecho extranjero.

1.º) *Efectos jurídicos «nucleares» derivados de tales situaciones.* Tales efectos vulneran el orden público internacional español, porque si fueran admitidos, dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Dichos efectos deben ser rechazados. La Ley extranjera designada por la norma de conflicto española no puede regular dichos efectos. Estos efectos comprenden el efecto constitutivo en España de la situación jurídica ya creada en el extranjero (= el matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero no accederá al Registro Civil español y se considera un vínculo legal «inexistente como tal» en España).

2.º) *Efectos jurídicos «periféricos» producidos por estas situaciones jurídicas.* Admitir incidentalmente en España tales efectos jurídicos periféricos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española. Por tanto, dichos efectos jurídicos serán admitidos por no considerarse contrarios al orden público internacional español.

41. Ejemplo: dos sujetos argelinos contraen matrimonio en Argelia. El varón ya estaba previamente casado con otra mujer. Este matrimonio poligámico es válido según el Derecho argelino. El varón y sus dos esposas se trasladan a vivir a España. Pasados unos años, el varón adquiere la nacionalidad española. Las circunstancias que afectan al estado civil de este sujeto deben inscribirse en el Registro Civil español.

Pero, ¿podrán inscribirse en el Registro civil español ambos matrimonios? El segundo matrimonio del sujeto es una situación jurídica ya creada en el extranjero y relativamente «alejada de la esfera española», por lo que procede recurrir a la tesis de la «orden público internacional atenuado». De este modo, los «efectos nucleares» que produce la aplicación del Derecho extranjero y que resultan contrarios al orden público internacional, no pueden hacerse valer en España. Resultado: el segundo matrimonio no existe «en España» ni puede inscribirse en el Registro Civil español. Pero los «efectos periféricos» que produce ese segundo matrimonio, que es una situación legalmente creada en Argelia, sí deben admitirse por no producir efectos contrarios al orden público internacional español: petición de alimentos por parte de la segunda mujer, carácter matrimonial de la filiación de los hijos nacidos de la segunda mujer, pensión post-divorcio para la segunda mujer, etc.

42. Esta tesis del «orden público internacional atenuado» resulta muy razonable. Por varios motivos.

1.º) *Refuerza la estabilidad legal de las situaciones creadas en el extranjero y la seguridad jurídica.* Tales situaciones fueron creadas legalmente, es decir, en plena conformidad con un Derecho extranjero y en un país extranjero. Si el mero «cruce de frontera» convirtiera tales situaciones «legalmente creadas» en situaciones jurídicas «inexistentes» por resultar contrarias al orden público internacional español, los particulares implicados sufrirían un perjuicio muy elevado. La seguridad jurídica se resentiría. Con esta teoría, la situación jurídica legalmente creada en un país extranjero «sobrevive» en España en la medida en que no daña el orden público internacional español. Los particulares se ven beneficiados por ello (P. Mayer / V. Heuzé)⁴⁵.

2.º) *Preserva la organización valorativa y económica de la sociedad española.* Sólo los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero y que vulneran la organización axiológica, social y económica de la sociedad española, quedan eliminados. Y como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero no se producen «en España» y no afectan a la sociedad española, sino que se producen en «otro Estado» y afectan a una sociedad extranjera, la intervención del orden público internacional «español», no es necesaria. Algunos autores han criticado esta tesis, pues estiman que concede una cierta «inmunidad legal» a ciertas situaciones privadas internacionales (P. LAGARDE)⁴⁶. Al fin y al cabo, se aceptan «en Europa», por ejemplo, determinados efectos legales que producen los matrimonios poligámicos y, en ciertos casos, el repudio de la esposa. Pero esta crítica no resulta aceptable. En efecto, a través de esta tesis no se produce ningún daño a la sociedad «española». Aunque se apliquen ciertas Leyes extranjeras «en Europa», la cohesión de la sociedad de los Estados europeos no se ve afectada ni perjudicada por dicha aplicación.

3.º) *Respeto el mandato contenido en el artículo 12.3 CC.* Dicho precepto prohíbe «aplicar» la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Una «aplicación» del Derecho extranjero significaría que todas las disposiciones legales extranjeras reclamadas por la norma de conflicto españolas resolverían las cuestiones jurídicas suscitadas. Pues bien: con esta tesis no se procede, *stricto sensu*, a dar

⁴⁵ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 150-151.

⁴⁶ P. LAGARDE, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 263-282; ID., «Private International Law: Public Policy», *IECL*, 1994, 64 pp.

«aplicación» a una Ley extranjera contraria al orden público internacional español. En efecto, esta tesis sólo procede a «dar efectos» y a «tomar en consideración» el Derecho extranjero. Así es, porque con esta tesis, la Ley extranjera que produce efectos contrarios al orden público internacional español, resulta «purificada» y «depurada». Los efectos jurídicos nucleares que provoca dicha Ley se eliminan porque sí dañan la estructura básica y la cohesión de la sociedad española. Por el contrario, los efectos jurídicos «periféricos» producidos por la Ley extranjera se admiten, pues no dañan a la «sociedad española». Esta operación de «purificación» o «depuración» de la Ley extranjera permite «dar efectos jurídicos» a dicha Ley sin dar «aplicación» a la misma.

43. La jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva con la tesis del orden público internacional «atenuado». En particular, en lo relativo a los matrimonios poligámicos: los efectos nucleares de tales matrimonios no se admiten en España, pero sí se admiten los efectos jurídicos que tales matrimonios, legalmente celebrados en país extranjero, pueden producir, en España, en relación con otros aspectos, como filiación, alimentos, sucesiones, etc. (SSTS de diciembre de 1963, 13 de marzo de 1969, 12 de julio de 1969, RDGRN 3 de diciembre de 1996, RDGRN [3^a] 20 de febrero de 1997, RDGRN 10 de octubre de 2005, RDGRN 28 de enero de 2006; más recientes Sent. Juzgado Social núm.6 Barcelona de 10 de octubre de 2001; STSJ Madrid 29 de julio de 2002; Sent. Juzgado Social núm.3 La Coruña 13 de julio de 1998, confirmada por la STSJ Galicia, Social, 2 de abril de 2002).

2. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL «DE PROXIMIDAD» PARA LAS SITUACIONES «ALEJADAS» DEL PAÍS DEL TRIBUNAL QUE CONOCE DEL ASUNTO

44. Para que intervenga el orden público internacional español y se descarte la aplicación en España de la Ley extranjera designada por la norma de conflicto española, el supuesto fáctico debe presentar una «mínima conexión» (*Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*), con España (= país cuya sociedad resulta amenazada y cuyo orden jurídico resulta perturbado) (B. Audit)⁴⁷. Varios datos básicos deben subrayarse en torno a este «orden público internacional de proximidad».

1.º) *Significado de la tesis*. Con esta tesis se disminuye el radio de acción del orden público internacional. En efecto, el orden público internacional sólo debe operar en relación a casos «ceranos» al país cuyos tribunales conocen del asunto. Justificación: la aplicación de la Ley extranjera a casos que resultan «lejanos» al país cuyos tribunales conocen del asunto, no puede dañar el orden público internacional «de tal país», porque no afecta a «su» sociedad.

2.º) *Antecedentes e impacto en la práctica*. Esta teoría fue elaborada por F. Kahn en el siglo XIX. Este orden público de proximidad se sigue, con ciertos matices propios, en Suiza (*Binnenbeziehung*) y Alemania (*Inlandsbeziehung*). Y gana terreno con decisión también en Francia y España (RDGRN 10 junio 1989 [divorcio entre marroquíes con arreglo al Derecho marroquí], STCT 13 marzo 1979 [contrato de trabajo celebrado, ejecutado y extinguido en Dinamarca y no en España]). La Resolución del

⁴⁷ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4.ª ed., 2006, p. 262.

Institut De Droit International de 25 agosto 2005 (sesión de Cracovia), cuyo título es «*Cultural differences and ordre public in family private international law*» (Rapporteur: Prof. P. Lagarde), ha apoyado de modo muy significativo esta tesis. Ejemplo 1: en materia sucesoria, indica la citada resolución que: «*Les Etats pourront opposer l'ordre public aux lois successorales étrangères comportant des discriminations fondées sur le sexe ou la religion lorsque des biens de la succession se trouvaient dans l'Etat du for au moment du décès*». Por tanto, si se trata de una sucesión de sujetos marroquíes relativa a bienes sitos en Marruecos, no tiene sentido alguno que intervenga el orden público internacional «español», para impedir la aplicación del Derecho marroquí, sea cual sea su contenido y las consecuencias de su aplicación en el caso concreto. Ejemplo 2: en materia de filiación, la citada Resolución indica que «*Les Etats pourront opposer l'ordre public aux lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation hors mariage, en tout cas lorsque l'enfant se rattache par sa nationalité ou sa résidence habituelle à l'Etat du for ou à un Etat permettant l'établissement de cette filiation*». Por tanto, si la norma de conflicto española (art. 9.4 CC) conduce a la Ley egipcia y dicha Ley impide el establecimiento de la filiación de un sujeto egipcio con residencia habitual en Egipto, carece de sentido oponer el orden público internacional «español» contra la aplicación de la Ley egipcia.

3.º) *Consecuencia lógica de la utilización de criterios muy amplios de competencia judicial internacional*. Los tribunales de un Estado conocen de «supuestos espacialmente muy alejados» de dicho Estado porque su Derecho internacional privado dispone de foros de competencia internacional muy amplios. La consecuencia lógica de ello es que tales tribunales tendrán que conocer de abundantes situaciones privadas que no producen efectos jurídicos en la organización de la sociedad de dicho Estado. Por ello es justo que tal situación quede enteramente sujeta a una Ley «extranjera» (= la aplicación de la Ley extranjera no repercute en la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto). Como indican P. Mayer /V. Heuzé, «*el solo hecho de que un juez francés conozca de un litigio, sólo raramente constituye un vínculo suficiente de la situación con Francia*»⁴⁸. La otra cara de la moneda es clara: los Estados que no utilizan foros de competencia internacional excesivamente amplios, no tendrán la oportunidad de activar un «orden público de proximidad». Es lo que ocurre en España. Tras la LOPJ de 1985 y la incorporación al Derecho español de los textos legales internacionales más modernos en materia de competencia judicial internacional, el Derecho internacional privado español contiene, en su inmensa mayoría, foros «usuales» y no «exorbitantes». Resultado: con carácter general, los tribunales españoles sólo conocen de supuestos verdadera y sustancialmente conectados con España. En consecuencia, será muy extraño encontrar casos respecto de los cuales, la aplicación de un Derecho extranjero no afecte a la sociedad española. Por tanto, en relación con España, la tesis del orden público de proximidad será poco efectiva. No obstante, el peligro siempre existe, porque el artículo 22.2 LOPJ admite que un supuesto pueda someterse a los tribunales españoles por la mera voluntad de las partes (= sumisión voluntaria de los litigantes). Ello permite que los tribunales españoles resuelvan casos «muy alejados de la esfera española». De ese modo, en estos supuestos, la posibilidad de no intervención del orden público internacional español es elevada (= orden público internacional español «de proximidad»).

45. La precisión de la necesaria «vinculación» que el caso debe presentar con el país cuyas autoridades conocen del asunto es una cuestión muy problemática. Sólo

⁴⁸ P. MAYER /V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, p. 150.

en ciertas ocasiones los legisladores hacen el trabajo e indican las circunstancias que ponen de relieve la vinculación mínima necesaria para poder activar al orden público internacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Ejemplo: el artículo 61.3 de la Ley de Derecho internacional privado suiza de 18 diciembre 1987 indica que el orden público internacional suizo impide la aplicación de las Leyes extranjeras que no permiten el divorcio pero sólo si uno de los cónyuges es «suizo» o «reside en Suiza desde hace dos años».

46. En la mayor parte de los casos, el legislador nada indica al respecto, o bien se limita a dejar constancia de que la tesis del orden público internacional de proximidad debe seguirse, pero sin indicar qué concretos «índices de vinculación» del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto, son irrelevantes al efecto. Ejemplo: el artículo 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁴⁹, señala que: «*en ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España*». Pues bien, visto que no existen normas que expresamente concreten el «contacto» o «vínculo» que debe presentar un supuesto fáctico con un determinado país para que su orden público internacional pueda operar contra la aplicación de una Ley extranjera, son los tribunales los que concretan dicha «vinculación» o «contacto». La jurisprudencia comparada utiliza, en dosis distintas, criterios diversos para determinar los casos «vinculados» o «no vinculados» con el país cuyos tribunales conocen del asunto.

1.º) *Mínima vinculación por «nacionalidad»*. Ciertos tribunales exigen, exclusivamente, que todos los sujetos implicados sean nacionales del Estado cuyos tribunales conocen del asunto como «condición de vinculación» para que pueda intervenir el orden público internacional de dicho país. En consecuencia, si tales sujetos son «extranjeros», el orden público internacional no operará (Sent. Cass. Francia 8 de marzo de 1938, *Fontaine* [filiación sujeta al Derecho inglés], Sent. Cour Cass. Francia 10 de mayo de 2006 [no cabe oponer el orden público internacional «francés» contra la aplicación en Francia del Derecho argelino que impide establecer una filiación no matrimonial (*filiation naturelle*) respecto de un menor argelino que reside en Francia]).

2.º) *Mínima vinculación por «nacionalidad y residencia habitual cumulativamente»*. Ciertos tribunales estiman que la «mínima vinculación» del supuesto con el Estado cuyos tribunales conocen del asunto sólo concurre si los sujetos implicados tienen la nacionalidad y, además, residen habitualmente en el Estado cuyos tribunales conocen del asunto (Sent. BGH 20 diciembre 1972 [caso de filiación con todos los implicados de nacionalidad iraní o residentes habitualmente en Irán]). En esta sentencia, el BGH declaró que, aunque el Derecho iraní no respetaba el principio de no discriminación por razón de sexo, no vulneraba el orden público internacional alemán porque todas las partes implicadas eran iraníes y/o tenían su residencia en Irán. Activar el orden público internacional alemán supondría, en este caso, una imposición inútil del Derecho alemán que perjudicaría el interés del sujeto extranjero en la aplicación de su Ley nacional.

3.º) *Mínima vinculación por «nacionalidad o residencia habitual alternativamente»*. Algunos tribunales consideran que concurre una «mínima vinculación» del supuesto con el Estado cuyos tribunales conocen del asunto si los sujetos implicados son nacionales o tienen su residencia habitual en dicho país (Sent Cass. Francia 10 de

⁴⁹ BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007.

febrero de 1993 [filiación regida por Ley de Túnez], Sent. Cass Francia 17 de febrero de 2004 [el orden público internacional «francés» impide la aplicación del Derecho marroquí y argelino que admiten el repudio de la esposa por el marido, pero sólo si la esposa tiene su domicilio «en Francia» o es «francesa»]). Ésta es la tesis que cuenta con mayores partidarios y parece haber sido la acogida en la Resolución del IDI, antes citada de 25 de agosto de 2005 (sesión de Cracovia). Ejemplo: en el caso de la Sentencia del Amtsgericht Frankfurt am Main de 21 de marzo de 2007 (www.ag-frankfurt.justiz.hessen.de), el tribunal alemán se negó a pronunciar el divorcio instado por mujer marroquí contra su marido también marroquí, ambos con residencia habitual en Alemania. Indicó el tribunal que se trataba de un divorcio instado sobre la *causa divortii* de los malos tratos infligidos por el marido a su esposa, pero que el Derecho marroquí (= Ley nacional común de los esposos), no contemplaba tal *causa divortii*, ya que en la cultura musulmana los malos tratos son práctica común y admitida. Sin embargo, dicha postura es errónea. Primero, porque esta afirmación apodíctica de condena de toda la «cultura musulmana» no se corresponde con la realidad, y segundo porque el caso está claramente vinculado con Alemania, ya que ambos cónyuges tenían su residencia habitual en Alemania. Por ello, la aplicación del Derecho marroquí daña los principios básicos del Derecho alemán sobre los que se asienta la pacífica convivencia de la sociedad alemana. El tribunal debió oponer el orden público internacional alemán e impedir la aplicación de la Ley marroquí.

47. En conclusión, puede afirmarse que no es posible proporcionar una solución general, válida para todo caso y circunstancias. Por ello, el tribunal español que conozca del caso debe decidir si dicho supuesto concreto, que está sujeto, en principio, a una Ley extranjera, presenta o no presenta una «vinculación mínima» con España, como requisito previo y necesario para que pueda operar el orden público internacional «español».

48. Las ventajas que presenta la tesis del orden público internacional de proximidad son innegables. Algunas de ellas pueden concretarse en las siguientes afirmaciones.

1.º) *Inexistencia de daño a la cohesión jurídica de la sociedad española.* En realidad, si el supuesto fáctico aparece «muy alejado» del país cuyos tribunales conocen del asunto, la aplicación a tal supuesto de una Ley extranjera no puede dañar el orden público internacional «de dicho país». Por ello, como antes se ha afirmado, esta teoría está plenamente justificada en los casos en que los tribunales utilizan criterios muy amplios de competencia judicial internacional, de modo que conocen de casos «muy alejados» de su país. En tales casos, la intervención del orden público internacional español (= país cuyos tribunales conocen del asunto) no tiene ningún sentido, pues no hay que proteger a la sociedad «española» de Leyes extranjeras que producen efectos sobre sociedades «extranjeras». Ejemplo: la herencia constituida por un inmueble sito en Marruecos, dejada por causante marroquí cuyo último domicilio estuvo en España, y que se disputan sus herederos marroquíes ante tribunal español, debe regirse por la Ley marroquí (art. 9.8 CC). Y no hay razón ninguna para que intervenga el orden público internacional español en relación con una herencia estrechamente vinculada con Marruecos y «desconectada», realmente, de España, ya que la aplicación del Derecho sucesorio marroquí afectará a la sociedad «marroquí», no a la sociedad «española».

2.º) *Respeto del modo «extranjero» de organización social.* Esta teoría formenta la convivencia pacífica entre los Estados y las personas. En efecto, esta teoría impide

que el orden público internacional actúe de modo «imperialista» e impide también que se proyecte en la regulación de una «sociedad extranjera» (= el orden público internacional no debe imponer un modo de organización social «español» a las sociedades «extranjeras» de los demás Estados). De tal modo se alcanza una adecuada «coordinación de sistemas estatales» (H. Gaudemet-Tallon)⁵⁰.

49. Cierta doctrina ha lanzado algunas críticas contra la tesis del orden público internacional de proximidad. Críticas que pueden ser rebatidas del siguiente modo.

1.º) Primera crítica. Se afirma que esta teoría crea «sujetos de doble condición jurídica» (P. Hammje)⁵¹ o «derechos humanos de geometría variable» (H. MUIR-Watt)⁵². En efecto, los sujetos implicados en situaciones privadas internacionales «suficientemente conectadas con España» sí pueden invocar el orden público internacional para evitar la aplicación de una Ley extranjera y por tanto, sí gozan de los «derechos fundamentales» recogidos en el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto. Por el contrario, los sujetos implicados en situaciones privadas internacionales no suficientemente conectadas con el país cuyos tribunales conocen del asunto, deben «conformarse» con la aplicación del Derecho extranjero, respete éste o no determinados «derechos fundamentales». Refutación de la crítica: visto que en estos casos de «supuestos espacialmente muy alejados», la aplicación de la Ley extranjera no produce efectos jurídicos sobre la sociedad del país cuyos tribunales conocen del asunto, sino sobre una sociedad «extranjera», parece conveniente que el orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto, no actúe de modo «imperialista» y no se proyecte en la regulación de una «sociedad extranjera». Cada Estado regula «su sociedad» como tiene por conveniente. Respetar dicho principio fomenta la convivencia pacífica entre las personas y los Estados. De tal modo, el Derecho internacional privado logra una exacta y afinada «coordinación de sistemas jurídicos estatales» (H. Gaudemet-Tallon)⁵³. Por tanto no se trata de que existan ciudadanos de «primera» y de «segunda clase», sino ciudadanos que pertenecen a comunidades sociales distintas que se rigen por principios diferentes.

2.º) Segunda crítica. Otros expertos indican que ciertos «derechos humanos» contenidos en normas jurídicas que se hallan en vigor en el país cuyas autoridades conocen del asunto, no se respetan en relación con ciertos sujetos en casos «alejados del país cuyos tribunales conocen del asunto» (A. MEZGHANI)⁵⁴. Refutación de la crítica: aunque se dice que existen ciertos «derechos humanos absolutos» (= derechos que deben ser defendidos en todo caso y en relación con todo ser humano), resulta que esa afirmación es, en sí misma, «relativa». Los derechos humanos que en Europa se consideran «absolutos», no lo son en países musulmanes. Y viceversa. Por ello, defender una protección «absoluta» de unos derechos humanos que no son «absolutos», encierra una fuerte contradicción. La defensa de los derechos humanos por parte de las autoridades

⁵⁰ Magníficamente expuesto en H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)», t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 207-441, que sigue las clásicas tesis de H. BATIFFOL, «Tendances doctrinales actuelles en droit international privé», *RCADI*, 1948, vol.72, pp. 5-66; *Id.*, «Réflexions sur la coordination de systèmes nationaux», *RCADI*, 1967, vol.120, pp. 165-188.

⁵¹ P. HAMMJE, «Droits fondamentaux et ordre public», *RCDIP*, 1997, pp.1-31.

⁵² H. MUIR-WATT, «Les principes généraux en droit international privé français», *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415; H. MUIR WATT, «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)», en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 11-22.

⁵³ H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)», t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 407-441.

⁵⁴ A. MEZGHANI, «Le juge français et les institutions du droit musulman», *JDI Clunet*, 2003, pp. 723-765.

españolas debe respetar la coordinación de sistemas estatales, el modo extranjero de organización social, la seguridad jurídica y no debe imponerse de modo imperialista. En este sentido, varios datos son importantes: 1º) Los Convenios de derechos humanos arrancan del presupuesto de que todo Estado parte protege tales derechos en relación con las personas que presentan vínculos suficientes con dicho Estado parte. No obstante, el precepto clave del CEDH (= Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950), que es su artículo 1, no deja nada claras las cosas. Su texto indica que: «*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio*». El TEDH ha interpretado esta expresión del siguiente modo: siempre que conoce del asunto una autoridad de un Estado parte en el CEDH, el Convenio es aplicable (STEDH 14 de diciembre de 2006, *Markovic y otros vs. Italia*). Frente a esta postura, otros autores han subrayado que las autoridades españolas deben defender los derechos humanos incorporados y reconocidos en Derecho español pero sólo en relación con la «sociedad española» (= las autoridades españolas garantizan la defensa y protección de los derechos humanos en relación con la sociedad española, que es donde tales autoridades operan, y no en el «mundo entero») ⁵⁵. El orden público internacional español no tiene como objetivo imponer a los legisladores extranjeros un concreto modo de regulación de sus correspondientes sociedades extranjeras; 2º) Los Convenios internacionales y otros textos legales internacionales sobre derechos humanos no condenan los sistemas jurídicos de los Estados que no han ratificado tales textos internacionales (P. Mayer) ⁵⁶.

VII. SUPERACIÓN DE LA LOCALIZACIÓN INCORRECTA: UNA «NUEVA LOCALIZACIÓN» (EFECTO POSITIVO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL)

50. Entre los clásicos «efectos jurídicos» del orden público internacional, se encuentra el llamado «efecto indirecto» o «positivo» (J.-P. NIBOYET) ⁵⁷. Que consiste en lo siguiente: rechazada la aplicación de la Ley extranjera por producir efectos contrarios a los principios básicos del Derecho español que regulan la sociedad española, se crea un «vacío legal». La situación privada internacional no puede ser regulada por la Ley estatal a la que conducía la norma de conflicto porque, en el fondo, dicha norma de conflicto ha localizado «de modo incorrecto» la situación privada internacional en un Estado extranjero y en una Ley extranjera (= pues ha sujetado a un Derecho extranjero la regulación de los fundamentos jurídicos básicos de la sociedad española). Pues bien, descartada mediante el orden público internacional español la aplicación de las disposiciones del Derecho extranjero que comportan efectos nocivos para la organización jurídica fundamental de la sociedad española, debe ahora precisarse qué Ley estatal será aplicable en lugar de las disposiciones legales del Derecho extranjero que han sido

⁵⁵ H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)», t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 407-441.

⁵⁶ P. MAYER, «La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *RCDIP*, 1991, pp. 651-665; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, pp. 147-148.

⁵⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, vol.III, París, Sirey, 1944, pp. 166-197.

descartadas. El artículo 12.3 CC nada establece al respecto. Ante la laguna legal, pueden apuntarse diversas soluciones (K.H. Neumayer, E. Vitta)⁵⁸. Las más relevantes y seguidas en la práctica son las que se relacionan a continuación.

51. A) *Sistema subsidiario: normas de conflicto con varios puntos de conexión*. En este caso, si el Derecho extranjero designado por el punto de conexión principal resulta contrario al orden público internacional español, puede entonces acudir al Derecho designado por el punto de conexión «sucesivo» (SAP Madrid 28 septiembre 2000, SAP Castellón 6 marzo 2007 [divorcio entre cónyuges iraníes, aunque es, realmente, un caso de falta de prueba del Derecho iraní]). Esta solución se sigue en Italia (art. 14.2 de la Ley de Derecho internacional privado de Italia 31 de mayo de 1995). Esta solución proporciona una «nueva localización» del caso, con la esperanza de que la aplicación en España de tal nueva Ley aplicable no vulnere el orden público internacional español.

52. B) *Sistema latino: normas de conflicto con puntos de conexión únicos*. En este caso, debe aplicarse el Derecho sustantivo español (*Lex Fori*). Se trata de una solución sencilla y lo cierto es que parece la única posible (E. Vitta, J. M. Bischoff, S. SCHWUNG, C. FOCARELLI)⁵⁹. Esta solución se basa, además, en el «principio de proximidad»: si los vínculos del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto justifican la «no aplicación» del Derecho extranjero, esos mismos vínculos justifican la aplicación de la *Lex Fori*. Es el llamado «sistema latino». Este sistema tiene la ventaja de asegurar al 100 por 100 que la organización jurídica básica de la sociedad española quede sujeta a la Ley española. Aunque, en ocasiones, puede conseguir ese loable objetivo con armas de excesivo calibre, ya que puede comportar costes de transacción conflictuales muy elevados e innecesarios para las partes. Una nueva localización puede ser todavía posible antes de recurrir sistemáticamente a la *Lex Fori* (= por ejemplo, mediante la elaboración jurisprudencial de una norma de conflicto construida sobre el principio de proximidad).

53. Los tribunales españoles, sin demasiadas sutilezas, no diferencian entre normas de conflicto con puntos de conexión subsidiarios o únicos y acuden, directamente, en el caso de rechazo de una Ley extranjera por vulneración del orden público español, a la aplicación de la Ley sustantiva española (STS 5 de abril de 1966, RDGRN [3.ª] 18 de marzo de 1994, RDGRN 5 de noviembre de 1996, RDGRN 3 de diciembre de 1996, RDGRN [3.ª] 20 de febrero de 1997, RDGRN 5 de febrero de 1998, RDGRN [1.ª/2.ª/3.ª] 14 de febrero de 1998, RDGRN [1.ª/2.ª/3.ª] 16 de febrero de 1998, RDGRN 25 de marzo de 1998, RDGRN [1.ª] 31 de marzo de 1998, RDGRN [2.ª] 10 de junio de 1998, RDGRN 8 de abril de 1999, RDGRN [1.ª] 10 de junio de 1999, RDGRN 30 de septiembre de 1999, RDGRN [2.ª] 2 de noviembre de 1999, STS 5 de abril de 1966, STS 13 de febrero de 1974, STS 12 de marzo de 1970, STS 29 de septiembre de 1961, STS 16 octubre 1940, STS 11 mayo 1989, STS 23 marzo 1994). Esta «solución directa en favor de la *Lex Fori*» se sigue, entre otros países, en Austria (art. 6.2 Ley de Derecho internacional privado 1978) y también en Francia.

⁵⁸ K. H. NEUMAYER, «Zur Positiven Funktion der Kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel», *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dollé*, vol.II, Tübingen, 1963, pp. 179-208; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 174-175.

⁵⁹ J. M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, París, LGD], 1959, pp. 40-43; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, pp. 174-175; S. SCHWUNG, *Die Rechtsfolgen aus der Anwendung der ordre public-Klausel im internationalen Privatrecht*, Diss.Mainz, 1983; ID., «Das Ersatzrecht bei einem Vertoss des ausländischen Rechts gegen den ordre public», *RabelsZ.*, 1985, pp. 407-425; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, p. 70.